



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

La lucha por el comportamiento ético

DOCTRINA

- | | |
|-------------------------|---|
| COMADIRA, Julio | La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima |
| COUSILLAS, Marcelo | Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento |
| LANGÓN, Miguel | Cumplimiento de la ley como causa de justificación: el uso de la fuerza y de las armas por parte de funcionarios policiales |
| MONTANO GÓMEZ, Pedro | La dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho Penal |
| OLIVERA GARCÍA, Ricardo | El derecho de receso: cinco lustros después |

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- | | |
|----------------------------|---|
| EHEVARRÍA PETIT, José Luis | Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense |
| ORTELLS RAMOS, Manuel | Proceso y nuevas tecnologías en los países de la Unión Europea |
| MARTÍNEZ, Carlos E. | Acceso a los mercados internacionales de capital |

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno N° 20 de 4 de marzo de 2002

- | | |
|----------------------|--|
| DELPIAZZO, Carlos E. | De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa |
|----------------------|--|

INFORMACIONES

- | | |
|------------------|--------------------------------------|
| HOWARD, Walter | Grupo de Derecho de Familia (GDF) |
| LABANDERA, Pablo | Grupo de Comercio Exterior (GE) |
| BUGALLO, Beatriz | Grupo de Propiedad Intelectual (GPI) |

TESINAS DE MASTERS

- | | |
|-------------|--|
| VERO, Ramón | Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo e inconstitucionalidad: la legitimación activa, sus objetos y los efectos de la sentencia |
|-------------|--|

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- | | |
|----------------------------|---|
| OLIVERA AMATO, Juan Martín | La partición de paquetes accionarios: el aporte de la teoría de la valuación de acciones |
| PECOY TAQUE, Martín | Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia incapacidad |

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

La lucha por el comportamiento ético 2

DOCTRINA

Comadira, Julio

La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima 5

Cousillas, Marcelo

Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento 23

Langón, Miguel

Cumplimiento de la ley como causa de justificación: el uso de la fuerza y de las armas por parte de funcionarios policiales 37

Montano Gómez, Pedro

La dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho Penal 45

Olivera García, Ricardo

El derecho de receso: cinco lustros después 55

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Echevarría Petit, José Luis

Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense 73

Ortells Ramos, Manuel

Proceso y nuevas tecnologías en los países de la Unión Europea 85

Martínez, Carlos E.

Acceso a los mercados internacionales de capital 95

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno N° 20 de 4 de marzo de 2002

DeCapizzo, Carlos E.

De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa 113

INFORMACIONES

Walter Howard

Grupo de Derecho de Familia (GDF) 127

Pablo Labandera

Grupo de Comercio Exterior (GE) 129

Beatriz Bugallo

Grupo de Propiedad Intelectual (GPI) 131

TESINAS DE MASTERS

Vero, Ramón

Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo e inconstitucionalidad: la legitimación activa, sus objetos y los efectos de la sentencia 137

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Olivera Amato, Juan Martín

La partición de paquetes accionarios: el aporte de la teoría de la valuación de acciones 185

Pecoy Taque, Martín

Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia incapacidad 191

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Modos de adquirir el dominio 207

El Valor en Aduana 209

Ars Iuris N° 27/2002 210

Ius Publicum N° 9/2002 212

MENSAJE DEL DIRECTOR

La lucha por el comportamiento ético

En los últimos meses, nuestra sociedad se ha visto conmovida por noticias relativas a personas que ejercían la abogacía sin haber obtenido título profesional alguno, y a magistrados y curiales envueltos en episodios de corrupción.

Paralelamente, tanto en el país como en el exterior, es perceptible que la Ética se ha puesto de moda: los gobiernos promueven normas anticorrupción, los bancos y los medios de comunicación impulsan la adopción de reglas de conducta uniformes, y los colegios profesionales estudian y ponen en práctica códigos de ética actualizados.

Dicenvidas sean tales iniciativas. Pero ellas no son suficientes para mejorar la percepción social de las profesiones del Derecho ni para inclinar hacia una mayor sensibilidad ética. El cambio debe venir desde más abajo y desde antes, desde la formación humana y académica de los futuros operadores jurídicos. Y allí le cabe un rol fundamental a las Universidades y, dentro de ellas, a los Profesores de Derecho: a todos y no sólo a quienes enseñen Ética o Deontología.

Es que lo ético es un estilo de ser y de actuar que se inspira en la fidelidad a los valores humanos y a sus derechos fundamentales, proponiendo lo que hace bien al hombre y a la sociedad. La experiencia del comportamiento ético se traduce en una conducta honrada de quien llamamos "hombre de bien" u "hombre a carta cabal" porque actúa en función de valores por los que vale la pena vivir, luchar o morir.

Cuando se reflexiona en torno a la Ética, es necesario tener presente que se trata -aunque no nos demos cuenta- de desarrollar virtudes humanas. A su vez, cada una de ellas tiene una contracara que es un defecto o vicio contra el que hay que luchar.

Según la enseñanza aristotélica, las virtudes son hábitos operativos buenos, por lo que nadie nace virtuoso sino que las virtudes se van alcanzando mediante esfuerzo, sacrificio y educación. En ese proceso personal y diario cabe un rol fundamental al docente en su sentido más pleno y acabado, cualesquiera sea la disciplina que imparta.

Siendo así, es necesario que los docentes superemos la mera transmisión de información, coadyuvando a la formación de nuestros alumnos mediante la jerarquización de los valores, la promoción de las virtudes y la lucha contra los adversarios modernos de la Ética. Entre ellos, es necesario poner en guardia a los jóvenes contra el refugio en lo colectivo ("si todos lo hacen..."), contra el consumismo que conduce a mirar sólo lo inmediato, útil o a corto plazo, sin que importen las consecuencias en el mediano o largo plazo ("que el problema lo resuelva otro..."), y contra la trivialización de los comportamientos virtuosos (riéndose de la lealtad por considerarla aburrida, despreciando la honestidad como perimida y propia de fracasados, burlándose de la laboriosidad por considerarla síntoma de inmadurez, y ridiculizando todo valor de signo positivo).

Es preciso encarar una verdadera cruzada de reivindicación del comportamiento ético, apostando a los jóvenes que habrán de sucedernos, para que sean mejores que nuestras generaciones.

Carlos E. Delpiazzo
Director



Revista de DERECHO

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

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

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

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho,
Universidad de Montevideo
Prudencio de Peña 2440
11600 Montevideo - Uruguay

Impresión

mastergraf srl

Gral. Pagola 1727

CP 11600 - Tel. 203 47 60+

Montevideo - Uruguay

E-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal - 330.280

Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

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

Año II (2003), Nº 3



DOCTRINA

- *Comadira, Julio* - «La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima».
- *Cousillas, Marcelo* - «Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento».
- *Langón, Miguel* - «Cumplimiento de la ley como causa de justificación: el uso de la fuerza y de las armas por parte de funcionarios policiales».
- *Montano Gómez, Pedro* - «La dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho penal».
- *Olivera García, Ricardo* - «El derecho de receso: cinco lustros después».

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA

PRINCIPIO DE JURIDICIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

JULIO RODOLFO COMADIRA

Profesor de Derecho Administrativo

Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (Argentina).

SUMARIO

I. EL PROPÓSITO DEL PRESENTE TRABAJO. II. EL ENFOQUE SISTEMÁTICO. III. ESQUEMA SUMARIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CONCEPTO. LOS DOS ÁMBITOS: CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. IV. LOS DATOS COMUNES. V. LAS DIFERENCIAS. VI. LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL. VII. LA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO CIVIL. VIII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA EXCEPCIÓN AL MOLDE TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. IX. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN PUEDEN SER IMPLÍCITAS. X. EL CRITERIO CLASIFICATORIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. APLICACIÓN DEL SISTEMA CIVIL. XI. EN EL DERECHO CIVIL SE PRIVILEGIA LA EXISTENCIA O NO DE UN CONTRATO, POR SOBRE LA NATURALEZA LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD. XII. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CORRESPONDE PRIVILEGIAR LA ÍNDOLE LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD. XIII. LA COMPETENCIA PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN. XIV. EL FUNDAMENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. XV. MI PUNTO DE VISTA. LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS. MEDIANTE DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATA DE LA LEY. XVI. PRIORIDAD CRONOLÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL. SENTIDO DE SU APLICACIÓN ORIGINARIA Y ALCANCES DE SU VIGENCIA ACTUAL RESPECTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. XVII. APLICACIÓN MEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATA DE LA LEY ADMINISTRATIVA LOCAL. XVIII. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILÍCITA. XIX. LA DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD ILÍCITA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. XX. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA. XXI. LA INCOHERENCIA DE LA CORTE EN "LAPLACETTE". XXII. EL DERECHO CIVIL ACEPTA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD; EMPERO POR CAUSALES DISTINTAS DE LAS PÚBLICAS. XXIII. LA LÍCIDA REMISIÓN DEL CODIFICADOR. EL ARTÍCULO 2611 DEL CÓDIGO CIVIL. XXIV. LA INAPLICABILIDAD DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. XXV. EL ESTADO NO NECESITA DE CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN. XXVI. EL EVENTUAL SÍMIL CON EL DERECHO CIVIL: EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS. XXVII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA. ENJUICIAMIENTO CRÍTICO. XXVIII. LA CUESTIÓN DEL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN. XXIX. LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA INDEMNIZACIÓN JUSTA, PERO DIFIERE SU DETERMINACIÓN AL LEGISLADOR. XXX. LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN Y 21, INCISO 2, DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. XXXI. LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD. XXXII. INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE UN RÉGIMEN ORGÁNICO EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN

POR ACTIVIDAD LÍCITA. XXXIII. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY DE EXPROPIACIONES COMO PARADIGMA. XXXIV. EL CONCEPTO LEGAL EXPROPIATORIO: NUTRIENTE DEL SISTEMA LEGAL

La causa final del Estado es el bien común. Por mi parte, adhiero a la idea que concibe a éste como el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. Si esto es así, en un Estado de Derecho Democrático y Republicano la sumisión de éste a la juridicidad es una condición indispensable para la gestión justa de aquel bien.

La sujeción del Estado al ordenamiento jurídico es una idea que se expresa normalmente con el principio de legalidad, al cual, por mi parte, prefiero designar como principio de juridicidad toda vez que éste nomina mejor el fenómeno que se intenta describir.

El sometimiento del Estado al Derecho no implica, en efecto, sólo la subordinación a la ley formal —como podría hacer pensar, quizás, la locución *legalidad*— sino a todo el orden jurídico, desde los principios generales del Derecho hasta los precedentes en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando, desde luego, por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes formales, los reglamentos y ciertos contratos administrativos.

Pues bien, el principio de juridicidad no sería más que una ilusión, la expresión esperanzada de juristas vocacionales, la explicación ingenua o hipócrita de los docentes en Derecho Administrativo o, en todo caso, la aspiración siempre incumplida de una comunidad ávida de creer en la República, si la responsabilidad del Estado, y de los funcionarios, no operaran como garantía de la juridicidad.

La vigencia efectiva de la responsabilidad del Estado construida, por supuesto, desde una perspectiva equilibrada, es, pues, esencial para que el Estado de Derecho sea una realidad efectiva y no una quimera.

I. EL PROPÓSITO DEL PRESENTE TRABAJO

En este estudio me habré de referir, exclusivamente, a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita y trataré, en ella, de volcar, por un lado, algunas humildes reflexiones que, espero, puedan contribuir a la consolidación de la ubicación del instituto en el ámbito del derecho público —en especial administrativo— y, por otro, de reformular algunas cuestiones que, ya en la propia esfera pública, merecen cierto replanteo.

II. EL ENFOQUE SISTEMÁTICO

No se puede encarar el estudio de ninguna institución jurídica sino desde una visión unitaria del derecho, porque el derecho es uno, más allá de las diversas realidades y valores a los que debe responder y adecuarse. El sentido mismo de las diferenciaciones no se comprende adecuadamente sino es a partir de una consideración universal —global, diríamos ahora— del fenómeno jurídico.

Por eso, considero indispensable partir, en primer lugar, de una relación sumaria, por cierto, pero necesaria, del esquema básico de la responsabilidad en el ámbito del derecho civil. Y estimo, asimismo, no menos necesario, realizar alguna consideración igualmente breve sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado en general, incluso por su actividad ilícita o ilegítima.

III. ESQUEMA SUMARIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. EL CONCEPTO. LOS DOS ÁMBITOS: CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Así, pues, responder significa dar cada uno cuenta de sus actos y la responsabilidad civil implica el deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado. Ahora bien, ese deber existe sea que el daño se genere en el incumplimiento de un contrato, o bien que resulte de un acto ilícito. Es cierto que en los dos casos concurre la antijuridicidad, pero, conforme con la terminología tradicional en la materia —que corresponde, por otra parte, al criterio del Código Civil⁽¹⁾— reservo la denominación de acto ilícito para aquel que fuera de la relación convencional causa un daño jurídicamente atribuible a su autor⁽²⁾.

1 Cazeaux, Pedro N-Trigo Represas, Félix A, Derecho de las Obligaciones, t. III, La Plata, 1970, p.5.

2 Bustamante Alsina, Jorge Teoría General de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1987, ps. 57,59,85; Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, Buenos Aires, 1960, p.30, n.3; en contra: Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, Buenos Aires, 1971, T.I, p. 25; Gesualdi, Mariana, De la antijuridicidad a las causas de justificación, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Buenos Aires, 1997, dirección de Alberto José Bueres y Aida Kemelmajer de Carlucci, p. 145; Bueres, voto citado en el artículo anterior, nota 15.

Existen, entonces, dos ámbitos de responsabilidad civil: el del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) y el del acto ilícito (responsabilidad extracontractual), caracterizados por regímenes normativos distintos ⁽³⁾, los cuales, sin embargo, no afectan la trascendencia del daño como elemento común y tipificante del fenómeno resarcitorio ⁽⁴⁾.

IV. LOS DATOS COMUNES

Los datos comunes que configuran los presupuestos del deber de reparar están dados por la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad entre el daño y el hecho y los factores de atribución ⁽⁵⁾, siendo dable diferenciar, respecto de estos últimos, entre los que reconocen una configuración subjetiva -a partir de la imputabilidad moral del sujeto autor del hecho (dolo o culpa)- y objetiva, que prescinde de la persona del autor (la garantía, el riesgo, la equidad, el abuso del derecho y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos) ⁽⁶⁾.

V. LAS DIFERENCIAS

Las diferencias, respecto de las cuales se ha señalado por parte de la doctrina ⁽⁷⁾ su carácter real pero contingente en algunos casos y su índole especiosa o falsa en otros, devienen, entre otros aspectos, de regulaciones diversas en materia de prueba de la culpa, extensión del resarcimiento, constitución en mora, prescripción, discernimiento, dano moral, atenuación de la responsabilidad y, en parte, factores de atribución ⁽⁸⁾.

VI. LA ANTIJURIDICIDAD COMO PRESUPUESTO FUNDAMENTAL

Ahora bien, en el esquema expuesto la antijuridicidad es un presupuesto básico de la responsabilidad, aun cuando ésta se base en factores objetivos de atribución.

En efecto, incluso en estas últimas situaciones la antijuridicidad no se excluye, sea porque el hecho en sí es ilícito y causa un daño (abuso del derecho o violación de la normal tolerancia entre vecinos), sea porque la ilicitud resulte meramente *potencial* y en todo caso configurada si el daño no se indemnizara (garantía, riesgo o actuación involuntaria de un sujeto inimputable) ⁽⁹⁾. Como indica López Olaciregui subyace aquí la idea de Planiol, quien, al ubicar al enriquecimiento sin causa entre los actos ilícitos, sostiene que hay ilicitud en el agente que se niega a restituir lo que, por azar, llegó a su patrimonio aunque aquélla no se diera antes del evento ⁽¹⁰⁾.

La antijuridicidad es, por lo demás, el resultado de una relación de contradicción entre el acto o hecho y el ordenamiento jurídico considerado como un todo coherente y sistemático. Y esto implica por lo menos dos consecuencias:

En primer lugar que, sin perjuicio del principio de libertad que rige en el derecho privado, la disconformidad con la norma como génesis de la antijuridicidad no es sólo medible en relación con la ley formal, sino con todo el sistema normativo ⁽¹¹⁾.

Y en segundo, que, como bien se ha dicho, la imaginación de los depredadores impide encorsetar la ilicitud civil en tipos absolutamente cerrados ⁽¹²⁾. Como afirma Alterini el sistema legal no puede dejar sin repudio toda una serie de conductas no expresamente vedadas, pero cuya prohibición surge de la consideración del sistema jurídico como un plexo normativo ⁽¹³⁾.

3 Bustamante Alsina, op.cit, p.71.

4 Bustamante Alsina, El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX, en Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio, citada, p. 18.

5 Bueres, Alberto J, Derecho de Daños, Buenos Aires, 2001, p.444; Bustamante Alsina, Teoría..., p.86.

6 Bustamante Alsina, Teoría...cit, ps.276 y ss y 327 y ss.

7 Bueres, op.cit, p.444.

8 Bustamante Alsina, Teoría... ps73/75.

9 Bustamante Alsina, Teoría...ps. 90/91, 413 y 416 quien sigue en esto, y cita, a López Olaciregui, José M, Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil, Balance de un siglo, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1964-I-IV, p. 68. Al decir de Alterini en la responsabilidad por riesgo basta con la transgresión objetiva que importa la lesión de un derecho subjetivo, Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1970, p.106.

10 López Olaciregui, art.cit, p.68.

11 Boffi Boggero, Luis María, Tratado de las Obligaciones, t.2. Buenos Aires, 1973, p.90; Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, cit, t.III, p. 3; Mosset Iturraspe, Responsabilidad..., cit, t.I: ps.26 y ss. y 37 y ss;

12 Echevesti, Carlos, El lenguaje y la ciencia jurídica del daño, en La responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, 1995, p.79. Ya en su momento Luis María Boffi Boggero había señalado que en Derecho Civil falta, al menos con los caracteres del Código Penal, la tipicidad, de modo que la prohibición puede ser específica o genérica (Tratado, cit, t.2, p.93).

13 Alterini, Atilio A, Responsabilidad Civil, cit, p.73.

VII. LA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO CIVIL

El deber de reparar, sin embargo, no está hoy en día, en el derecho privado, sólo ligado a la antijuridicidad, porque él es admitido incluso en supuestos en los que ésta no concurre. Y ello sucede, sustancialmente, cuando gravitan causas de justificación, es decir circunstancias que excluyen la relación de contradicción entre el acto y el ordenamiento jurídico.

VIII. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. LA EXCEPCIÓN AL MOLDE TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Estas circunstancias, cuya teorización fue realizada originariamente por la doctrina penal alemana y después por la civil, que eliminan la antijuridicidad sea porque se considere que convierten lo ilícito en lícito¹⁴, sea porque se entienda que, cuando ellas concurren, el acto es *ab initio* legítimo⁽¹⁵⁾, no excluyen, sin embargo, en el sentir de la mayoría de la doctrina, el deber de reparar que es derivado, según las diversas opiniones, del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos, la expropiación privada, la equidad, la solidaridad social o de otras causales que atienden antes que a la culpabilidad del autor del daño en sí como eje de la responsabilidad⁽¹⁶⁾.

Esta alternativa —la reparación sin antijuridicidad— viene, así, a excepcionar el molde tradicional de la responsabilidad civil y a recoger de ese modo valores que lo trascienden porque constituyen principios generales del derecho o bien porque anidan en el derecho público; no obstante, los casos que por esta vía se admiten no alteran el carácter general del sistema que sigue montado, básicamente, sobre aquélla como uno de sus presupuestos fundamentales.

IX. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN PUEDEN SER IMPLÍCITAS

Con discrepancias más terminológicas que conceptuales se admiten, en general, como situaciones clásicamente configuradoras de la justificación a la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, el consentimiento del interesado, la autoayuda⁽¹⁷⁾ y, según algunos, el ejercicio regular de los derechos⁽¹⁸⁾. Y en general también se coincide en que, a partir del principio de la libertad y de la excepción que en relación con él significa la ilicitud, las causales de justificación, en tanto excepciones a la excepción importan una vuelta a la libertad y no necesitan, por ende, estar, en el derecho civil, expresamente previstas⁽¹⁹⁾.

Me interesa destacar que en el ámbito del derecho privado, Alterini, al enunciar las causales de justificación, se refirió, especialmente y en primer lugar, a la "facultad pública o privada para atacar un derecho subjetivo" (la cursiva me pertenece), lo cual indica la ubicación en el derecho público del instituto que hoy nos convoca²⁰.

X. EL CRITERIO CLASIFICATORIO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. APLICACIÓN DEL SISTEMA CIVIL

A esta altura del análisis cabe preguntar en qué medida el esquema trazado en relación con la responsabilidad civil es aplicable al ámbito público. Sostiene Kemelmajer de Carlucci que en la órbita de la responsabilidad, tanto pública como privada, se admiten dos ámbitos en la teoría del responder: contractual y

- 14 Belluscio, Augusto (Director)-Zanoni, Eduardo (Coordinador) y otros autores, Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Buenos Aires, 1194, t.5, p. 22; Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, citada, t.III, Buenos Aires, 1980, p.73.
- 15 Boffi Boggero, Tratado, op.cit, t.2, p.99; Orgaz, La ilicitud, Córdoba, 1974, p.48; Ossola, Federico Alejandro, La antijuridicidad (presupuesto de la responsabilidad civil?, Buenos Aires, p.87; parece ser también la opinión de Alterini, op.cit, p.76.
- 16 Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, citada, t.III, ps.80 y ss.
- 17 Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, citada, tomos I, ps. 38 y ss y tomo III, ps. 73 y ss; Orgaz, La ilicitud, cit, ps. 47 y ss; Bustamante Alsina, Teoría..., ps. 137 y ss.
- 18 Orgaz, La ilicitud, citada, ps. 61 y ss, en comita: Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, cit, t. I, p.38; también Belluscio, Augusto (director)-Zanoni, Eduardo (coordinador) y otros autores, Código Civil y leyes complementarias, Cit, t.5, p.22; Ossola, La antijuridicidad, cit, p.88.
- 19 Mosset Iturraspe, Responsabilidad...,cit, t.III, p.83; Orgaz, La ilicitud, cit, p.50.
- 20 Alterini, Responsabilidad civil, cit, p.75; en la actualidad se puede ver, en el mismo sentido Mosset Iturraspe, Responsabilidad del Estado, Revista de Derecho de Daños, n.9, especialmente p.11.

extrancontractual reguladas por las leyes en forma separada, más allá de los gustos del intérprete y de las diferencias conceptuales que en la doctrina moderna se nieguen ⁽²¹⁾.

XI. EN EL DERECHO CIVIL SE PRIVILEGIA LA EXISTENCIA O NO DE UN CONTRATO, POR SOBRE LA NATURALEZA LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD

Este criterio de clasificación de la responsabilidad que prioriza, como base de la sistematización, la existencia, o no, de un vínculo obligacional específico por sobre el que resulta de la antijuridicidad o juridicidad de la actividad, se justifica en el derecho privado por que en éste el presupuesto general de aquélla sigue siendo, como regla, la antijuridicidad -aunque sea de fuente objetiva- sin que, por otra parte, el vasto campo del ejercicio regular de los derechos genere responsabilidad, aun cuando cause daños.

XII. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CORRESPONDE PRIVILEGIAR LA ÍNDOLE LÍCITA O ILÍCITA DE LA ACTIVIDAD

Ese temperamento no es admisible, en cambio, en el derecho público pues aun cuando el ejercicio de las competencias por el Estado no es, por lo regular, fuente de indemnización para los particulares, al poseer aquél como competencia general la potestad de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común y, con ello, la correlativa posibilidad de comprometer responsabilidad sin antijuridicidad, ésta deja de ser un presupuesto general de la responsabilidad.

XIII. LA COMPETENCIA PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN

El concepto que subyace en la institución de la expropiación contemplada en el artículo 17 de la Constitución -sacrificio de intereses patrimoniales privados por razones de bien común- habilita una competencia estatal de ejercicio normal. Por eso, en el derecho administrativo la responsabilidad sin antijuridicidad no es, como se ha dicho de igual tenómeno en el derecho privado, un apéndice anormal de la responsabilidad ^(?).

Esto no significa sostener que la competencia del Estado se regule por el principio de la libertad propio del derecho privado e, invertir, entonces, de ese modo, el postulado que deriva esas competencias, inexcusablemente, de la norma previa habilitante, constitucional o legal.

No importa tampoco desconocer el carácter excepcional de la técnica expropiatoria ^(*); sólo implica, en realidad, afirmar que un contenido *normal* de aquella competencia, *en tanto no requiere de causal de justificación* para ejercerse, es el sacrificio lícito de derechos patrimoniales por razones de bien común.

En el campo privado, en cambio, aun cuando el particular tiene sí libertad *a priori* y no necesita, por ende, de una norma habilitante para actuar (artículos 19 de la Constitución Nacional y 53 del Código Civil), él no puede *normalmente* sacrificar derechos patrimoniales ajenos. Esta alternativa es, pues, para el particular excepcional y *sólo derivable de causales de justificación*, las que, ineludiblemente, deben concurrir aunque sea de modo implícito.

Así, pues, si la antijuridicidad no es presupuesto general de la responsabilidad del Estado, en tanto ésta también puede derivar de la competencia general que a éste le asiste para sacrificar derechos patrimoniales por razones de bien común, parece, entonces, razonable adoptar como criterio de clasificación primario respecto de su posible responsabilidad, la distinción que deviene de la ilicitud o licitud de su accionar, teniendo en cuenta, además, que, como antes recordé, las diferencias entre las categorías contractual y extracontractual están, hoy en día, discutidas (Ver *supra* notas 7 y 21).

En esta instancia considero, entonces, que es plausible plantear el fundamento general de la responsabilidad del Estado.

21 voto en la causa "Poder Ejecutivo de la Provincia-Torres Francisco c/Provincia de Mendoza P/D.Y.P. s/Inconst.-Casac", 4/4/89, RAP, n.130 p. 110.

22 De Cupis, El daño, p.538, citado por Ordoqui Castilla, Gustavo "Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas", en La responsabilidad, Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg, cit. p.336.

23 Marienhoff, Miguel S, Tratado..., op.cit, Buenos Aires, 1992, t.IV, n. 1283.

XIV. EL FUNDAMENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La obligación del Estado de responder por los perjuicios que cause, sea que ellos resulten de su accionar ilícito o lícito, deriva, como ya enseñara el querido maestro Marienhoff⁽²⁴⁾, del complejo de principios que inspiran y dan sentido al Estado de Derecho.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirma de algún modo esta concepción, porque sus fallos revelan invocaciones conjuntas o alternadas a las ideas de justicia, legalidad, equidad, inviolabilidad de la propiedad o igualdad antes las cargas públicas⁽²⁵⁾.

XV. MI PUNTO DE VISTA. LAS DISPOSICIONES INVOLUCRADAS. MEDIAJEZ DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATEZ DE LA LEY

Dentro del marco de estos principios son especialmente destacables, a mi juicio, las cláusulas constitucionales que reconocen el derecho de propiedad (artículo 14) y garantizan su inviolabilidad (artículo 17), como así también las que consagran la igualdad ante las cargas públicas (artículo 16) y los principios de libertad (artículo 19) y de razonabilidad (artículo 28), disposiciones ellas que gravitarán conjunta o alternativamente según las especies de responsabilidad de que se trate⁽²⁶⁾.

Siempre he pensado que, en definitiva, toda responsabilidad privada o pública remite su fundamento mediato a la Constitución y al Estado de Derecho Democrático y Republicano que ella instrumenta, constituyendo las leyes formales—el Código Civil, por ejemplo, en la esfera del derecho privado—la reglamentación, en ese nivel, es decir en el plano legal formal, de principios que, en rigor, la trascienden.

XVI. PRIORIDAD CRONOLÓGICA DEL CÓDIGO CIVIL. SENTIDO DE SU APLICACIÓN ORIGINARIA Y ALCANCES DE SU VIGENCIA ACTUAL RESPECTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Código Civil ha sido primero en el tiempo y el Derecho Administrativo reconoce respecto de él una elaboración tardía. Lo señalaba ya en 1936 André Hauriou⁽²⁷⁾ respecto de Francia. Por eso, acudir a sus previsiones para resolver situaciones relativas a la responsabilidad del Estado se explica históricamente en los tiempos embrionarios de éste.

24 Marienhoff, Miguel S, Tratado ..., op.cit., t: IV, ps.664 y ss.

25 En este sentido, los criterios utilizados por el Alto Tribunal en sus diversos fallos se podrían sintetizar del siguiente modo: *Justicia y equidad*. 22/06/09, "Ferrocarril de Buenos Aires y Puerto de Ensenada c/ Cob. Nacional", Fallos 111:339; 18/03/38, "Establecimientos Americanos Gratra S.A. c/La Nación", Fallos 180:107; *Justicia y equidad y Garantía de la inviolabilidad de la propiedad*: 26/02/43, "Laplacette, Juan c/ Bs.As., Pcia de", Fallos 195:66; *Principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro y sometimiento del Estado a una especie de "orden moral"*: 9/11/59, "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/ Gob. de la Nación", Fallos 245:146; *El Estado de Derecho, y en virtud del principio de legalidad, el Estado al representar al Derecho organizado no puede aparecer como violador de éste*: 31/10/89, "Ledesma S.A. Agrícola Industrial c/ Estado Nacional", Fallos 312:2022; *Garantía de propiedad*: 4/06/48, "Tabrué Noema Zavaleta de c/La Nación y Parodi Figini—daños y perjuicios—", Fallos 211:46; 2/03/78, "Cipollini, Juan S. c/ Dirección Nacional de Vialidad", Fallos 300:143; 15/05/79, "Cantón, Mario E. c/ Gobierno Nacional", Fallos: 301: 403; 11/03/80, "Heredia de Morales, Justiniana c/ Estado Nacional", Fallos 302:159; 14/05/87, "Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs.As.", Fallos 310:943; 13/6/1989 "Petruccelli, Fidel c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", Falos: 312: 956; 19/9/ 1989, "Tejedurias Magallanes S.A. c. Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 312: 1656; 21/12/89, "Cadessa S.A. c/ Estado Nacional", Fallos 312:343; 23/11/89, "Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.", Fallos 312: 2022; 27/8/91 "Miguel González y cía. c. Nación Argentina", Fallos: 314: 910; 16/06/93, "Cachau, Oscar J c/ Buenos Aires, Pcia.", Fallos 316:1336; 16/06/93, "Prada, Iván Roberto c/ Buenos Aires, pcia.", fallos 316:1465; 13/10/94, "Román SAC. c/ Estado Nacional /Mº de Educ. y Just.), Fallos: 317:1232; Fallos: 318:1531; 27/02/97, "Cia. Swift de la Plata c/ Estado Nacional"; Galanti, Carlos Alberto c/ Municipalidad de Buenos Aires", Fallos 310:2824 (sumario); 13/5/97 "Manzi Carlos c. Ministerio de Economía", Fallos: 320:955; 25/8/98 "Toll Enrique y otros c. Asociación de Obras Sociales y Ora", Fallos: 321: 2345, *Garantía de propiedad o lesión de atributos esenciales*: 23/12/86, "Juillera, Milton Enrique c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs.As.", Fallos 308:2626; 9/5/1989 "Beccan Manuel de Jesús c. Municipalidad de Buenos Aires", Fallos: 312: 648; *Pérdida o sacrificio de derechos e intereses incorporados al patrimonio*: 2/8/2000, "Columbia Cia. Financiera c. Estado Nacional (Ministerio de Economía)", Fallos:323:1897; *Garantía de propiedad y principio de igualdad ante las cargas públicas*: 22/12/75, "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; 8/09/92, "García, Ricardo M. c/ Bs.As. pcia.", Fallos 315:1892; 15/08/95, "Revestek S.A. c/ Banco Central de la República Argentina y otro", Fallos. 318:1531; 19/10/1995 "Balda, Miguel Angel c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990; 11/6/1998 "López, Juan de la Cruz y otros c. Provincia de Corrientes", Fallos: 321: 1712; *Igualdad ante las cargas públicas*: 10/12/1998 "Azzetti, Eduardo N c. Estado Nacional /Estado Mayor General del Ejército", Fallos: 321; 3363; a *Perjuicio particular para conseguir—a través de él—finalidades de interés general o colectivo*: 30/03/93, "Buenos Aires Eximport s.a. c/ estado nacional", Fallos 316:397; *Lesión a una situación jurídicamente protegida*: 12/11/96, "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la vivienda c/BCRA.", Fallos 319:2658.

26 Graciela Reiriz tunda la responsabilidad del Estado en general, en el principio de igualdad ante las cargas públicas, la garantía del derecho de propiedad y el respecto de los derechos adquiridos (Responsabilidad del Estado, en El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, 225.

27 Hauriou, André, La utilización por el Derecho Administrativo de las normas y principios del Derecho Privado, LL, t4, sección doctrina. Y lo recuerda entre nosotros Horacio Rosatti en "La responsabilidad extracontractual del Estado en base a normas del Código Civil: una crítica, Revista de Derecho de Daños, n.9, Responsabilidad del Estado, p. 82 y 83.

En la actualidad sólo se justifica cuando se trata de valorar normas que, más allá de su localización formal en aquél⁽²⁸⁾, importan, en realidad, la recepción de principios generales del derecho, de normas de derecho público –como ocurre con el artículo 1112 dinámicamente interpretado como propone Cassagne⁽²⁹⁾–, de prescripciones privadas aplicables *analogicamente* al derecho administrativo⁽³⁰⁾ o implican, lisa y llanamente, cláusulas de reenvío como sucede con el artículo 2611, disposición ésta cuya fuerza expansiva no ha sido suficientemente destacada por la doctrina.

Por eso aun cuando las disposiciones del Código Civil se puedan considerar aplicables en la esfera del Derecho Administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de este último, la indagación acerca de la pertinencia de tal analogía resulta desde todo punto de vista innecesaria cuando la propia ley administrativa regula directamente los hechos materia del caso⁽³¹⁾.

XVII. APLICACIÓN MEDIATA DE LA CONSTITUCIÓN E INMEDIATA DE LA LEY ADMINISTRATIVA LOCAL

Las circunstancias llevan, pues, a que, como antes dije, la responsabilidad del Estado deba hallar su fundamento mediato en la Constitución Nacional e inmediato en la legislación administrativa que la reglamente en coherencia con los principios de aquélla; sin perjuicio de que estos principios deban operar de modo directo e inmediato, con exclusión de la legislación común, cuando aquella normatividad genérica o específica no exista. Bien entendido que, cuando me refiero a la legislación administrativa, estoy aludiendo a la legislación federal o provincial, según sea el caso, habida cuenta del carácter local de esta disciplina⁽³²⁾.

Y si bien escapa al objeto de este trabajo profundizar la temática relativa a la jurisdicción competente para disciplinar la responsabilidad del Estado, no puedo dejar de aludir a la impropiedad en que ha incurrido el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código Comercial de 1998 al incluir en su ámbito la regulación de la responsabilidad del Estado⁽³³⁾.

XVIII. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD ILÍCITA

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita deriva su fundamento mediato de la inviolabilidad de la propiedad (artículos 14 y 17 de la CN) y del principio de libertad (artículo 19 de la CN). Como es obvio la ley formal no es título idóneo para imponer la obligación de soportar conductas dañosas ilegítimas aunque éstas provengan de aquél. El principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, como ha dicho la Corte con fundamento en la segunda cláusula citada⁽³⁴⁾.

No creo, por otra parte, que, en esta hipótesis, corresponda invocar la igualdad ante las cargas públicas toda vez que no se puede considerar una carga pública la obligación de soportar conductas dañosas ilegítimas del Estado⁽³⁵⁾ y, además, porque de ser así, bastaría para justificar la ilegalidad su distribución igualitaria.

28 Agustín A. Gordillo en su Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1966, segunda edición corregida y aumentada, p. 163, al estudiar las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo, recordaba ya la existencia de principios generales propios de la ciencia del derecho y de la lógica jurídica comunes a ambas disciplinas, como así también la inclusión en el Código Civil de normas administrativas y la aplicación, adaptada, de las disposiciones de aquél al derecho administrativo; asimismo Reiriz, Responsabilidad, cit, p.223.

29 Cassagne, Juan, C. Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p.35; Bustamante Alsina, Teoría..., cit, p.327.

30 Reiriz, I a Responsabilidad, cit, p. 224

31 CSJN, "S.A. "Organización Coordinadora Argentina c. Secretaría de Inteligencia de Estado", considerando 5, suplemento de Derecho Administrativo de El Derecho, 13/3/98.

32 Ferrino, Pablo, Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, 2001, p.69; Salomoni, Jorge, La responsabilidad del Estado en el proyecto de reforma al Código Civil, Jornadas..., cit, p.137.

33 En relación con la responsabilidad por actividad ilícita el artículo 1675 dispone que, con los alcances del artículo anterior –que consigna la responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de quienes los dirigen o administran, realizados en ejercicio o con ocasión de sus funciones– el Estado responde de los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados, mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor. Y respecto de la actividad lícita el artículo 1676 del proyecto establece que el Estado debe responder por sus actos lícitos que sacrifiquen intereses de los particulares en beneficio del interés general. El artículo también determina que la responsabilidad sólo comprende, en este caso, el daño emergente; pero que, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

34 5/8/1986 "Luis Federico Santa Coloma y otros", Fallos: 308:1160

35 En la causa citada en la nota anterior el Alto Tribunal también sostuvo que no figura entre las potestades constitucionales de un Estado imponer a los habitantes cargas que superen a las requeridas por la solidaridad social (considerando 8).

XIX. LA DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD ILÍCITA EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, no obstante que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima no existen diferencias absolutas en relación con la responsabilidad ilegítima disciplinada por el derecho privado respecto de los particulares, sí concurren las suficientes como para imponer matices conceptuales que excluyen la identidad.

Hay datos comunes -las exigencias del daño, causalidad e imputabilidad jurídica- pero, como ha indicado Cassagne, es en el factor de atribución constituido, en lo fundamental, por la *falta de servicio* de base objetiva donde radica la diferenciación esencial, pues mientras en el derecho privado aquel factor es, en principio, subjetivo, y el objetivo requiere de consagración legal expresa, en el derecho administrativo la regla se invierte⁽³⁶⁾.

De todos modos, el sentido de este artículo no es el estudio en particular de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, sino, precisamente, en la consideración de tal responsabilidad por la actividad lícita, motivo por el cual pasaré, a continuación, a considerar lo relativo a esa materia.

XX. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA

Adelanto desde ahora, sin perjuicio de volver sobre el punto posteriormente al considerar el factor de atribución, que, en mi opinión, el fundamento de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita radica en las garantías de la propiedad, igualdad, libertad y razonabilidad consagradas por la Constitución Nacional (artículos 14, 17, 16, 19 y 28, respectivamente) conjuntamente consideradas.

No es por ello procedente acudir para explicar la situación de responsabilidad sin antijuridicidad, cuando por hipótesis no exista norma administrativa expresa, genérica o específica, a la aplicación analógica de las disposiciones civiles que reglamentan el derecho de propiedad privada y las relaciones que a partir de él se generan entre los particulares⁽³⁷⁾.

XXI. LA INCOHERENCIA DE LA CORTE EN "LAPLACETTE"

No es, por eso, coherente, el razonamiento de la Corte en la causa "Laplacette" (considerando 5, citada en nota 25), en la que después de afirmar, correctamente, que la responsabilidad del Estado nace, en casos como ese, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional, busca, en cambio, inadecuadamente, el modo de efectivizarlas en ausencia de ley expresa, en los principios del derecho común.

Ello, porque como en su momento señaló Fleiner⁽³⁸⁾, de cita inexcusable en esta materia, frente al Estado actuando conforme a derecho fallan todos los preceptos sobre actos ilícitos.

XXII. EL DERECHO CIVIL ACEPTA RESPONSABILIDAD SIN ANTIJURIDICIDAD; EMPERO POR CAUSALES DISTINTAS DE LAS PÚBLICAS

Es cierto que, como recuerdan algunos civilistas⁽³⁹⁾, el derecho civil también reconoce la existencia de actos lícitos generadores del deber de reparar⁽⁴⁰⁾, pero no lo es menos que los fundamentos y las circunstan-

36 Cassagne, op.cit, O p.40. Señalan Belluscio-Zanorri (Código, cit, t.5, p.32, nota 22) que para la mayoría de los autores la responsabilidad por culpa es el sistema general de nuestra ley, mientras que los factores objetivos con excepciones a la regla y recuerdan, asimismo que el IV Congreso Nacional de Derecho Civil declaró por mayoría que no obstante las reformas introducidas por la ley 17711 sigue rigiendo como principio general, la idea de que no hay responsabilidad sin culpa del responsable.

37 Amplió, así, el fundamento que en su momento radiqué sólo en "el derecho de propiedad, a la luz del principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas" (Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, ps. 420-421).

38 Fleiner, Filitz, Instituciones de Derecho Administrativo, traducción de la octava edic. alemana, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1923, p. 235.

39 Por todos, Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, cit, t.I, p.50 y t.III, ps. 80 y ss; asimismo Boffi Boggero, Tratado, op.cit, t.2, p.

40 Por eso comparto, en este aspecto, la idea de Patricio Sammartino en el sentido de que la aplicación analógica del Código Civil a la responsabilidad del Estado por su actuación lícita no lleva, necesariamente, a la irresponsabilidad del Estado (La Responsabilidad de los Poderes Públicos en la ciudad de Buenos Aires, en Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Jornadas..., cit, p. 513).

cias que los justifican son, en verdad, diferentes. Más aún: de acuerdo con alguna doctrina estas situaciones se desplazan del ámbito de la responsabilidad civil (41).

XXIII. LA LÚCIDA REMISIÓN DEL CODIFICADOR. EL ARTÍCULO 2611 DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro lúcido codificador civil ya lo avizoró en el siglo XIX al contemplar en el artículo 2611 que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público son regidas por el derecho administrativo. Esta disposición legal civil de reenvío recoge, a mi juicio, un principio que trasciende la esfera específica de las restricciones y límites al dominio y se expande a todo el ámbito de los sacrificios a la propiedad por razones de interés público.

XXIV. LA INAPLICABILIDAD DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como ya recordé, en el derecho civil se acude, para evidenciar la responsabilidad sin antijuridicidad, a las causas de justificación, entre las cuales se incluye, a veces, el ejercicio regular de los derechos.

Pero ¿qué causal de justificación se deberá aplicar al Estado para legitimar su actuación cuando expropia, revoca actos o contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; cambia su política económica o genera perjuicios a causa de obras públicas?

Antes expresé que en el derecho civil se acude, para evidenciar la responsabilidad sin antijuridicidad, a las causales de justificación, entre las cuales se incluye, a veces, el ejercicio regular de los derechos. Y, como también indiqué, no es simple la cuestión relativa al fundamento de la reparación.

¿El estado de necesidad? Como es sabido él se plantea cuando una persona para salvarse a sí misma o a otra o a sus propios bienes o los ajenos, daña a un tercero. Esta causal demanda para su configuración la inexistencia de culpa del autor del hecho, la inevitabilidad por otro modo del mal inferido, la actualidad e inminencia del perjuicio y la superioridad cuantitativa y cualitativa del bien que se procura salvar (42).

Es indudable que el interés público será siempre cualitativamente preponderante respecto del individual y por tal razón no sería, en principio, inviable aceptar que, en la búsqueda de un encuadre civil para la situación en estudio, éste podría hallarse, quizás, en la exclusión de la antijuridicidad que resulta del estado de necesidad (43).

Pero entonces cabe interrogar: Si el *mal* a inferir no intenta responder a un perjuicio actual e inminente ¿no se puede revocar o expropiar? ¿será la urgencia inaplazable la única causal habilitante de la revocación y de la expropiación?

¿La legítima defensa? Esta requiere en principio, a diferencia del estado de necesidad, que el daño se cause a quien ataca y exige para su configuración la concurrencia, entre otros elementos, de una agresión ilegítima, no provocada, comenzada y no terminada (44).

En ese marco cuando el Estado revoca por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia ¿se defiende frente al administrado?

¿Cómo se encuadra en esta causal la decisión de construir una obra pública con el fin de prevenir la repetición de perjuicios ya producidos? ¿se deberá excluir la indemnización si la obra se hace después del daño? La no inminencia de futuros daños ¿justifica la irreparabilidad?

¿La autoayuda? Su parentesco próximo con las causales antes enunciadas determina que se reproduzcan en ella iguales reparos. Pero, más allá de esa circunstancia cabe consignar que cuando el Estado actúa no lo hace en defensa de un interés propio, sino de uno ajeno que lo trasciende: el público; por ello tampoco esta figura serviría para explicar la actuación dañosa del Estado y si se pretendiera que la comunidad es el tercero, entonces reviven las objeciones realizables al estado de necesidad.

41 López Cabana, art. cit, p.273.

42 Bustamante Alsina, Teoría General.,cit, ps. 137/138.

43 Así lo pensé, inicialmente, en Derecho Administrativo, cit, p.448. Ahora, sin embargo, nuevas reflexiones me llevan a cambiar el enfoque en este aspecto, más allá de mantener las conclusiones que siento en ese estudio sobre el alcance de la indemnización en la actuación lícita del Estado.

44 Bustamante Alsina, Teoría General, cit, 138/139.

XV. EL ESTADO NO NECESITA DE CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN PARA SACRIFICAR DERECHOS PATRIMONIALES POR RAZONES DE BIEN COMÚN

Ninguno de estos supuestos explica satisfactoriamente la situación que se genera cuando el Estado sacrifica derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de interés público, porque cuando el Estado así procede no necesita para legitimarse de la concurrencia de causales de justificación⁽⁴⁵⁾ Su actuación es, en esos casos, intrínsecamente legítima aunque resulte dañosa⁽⁴⁶⁾

Por eso sí acierta la Corte en el citado caso "Laplacette" (citada en nota 25), al sostener que en ausencia de ley expresa procede indagar la solución en los principios generales del derecho y en las disposiciones que rigen situaciones análogas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, no siendo otras, en la especie, que las contempladas en la ley de expropiaciones paradigma de la actuación lícita dañosa, idea ésta recogida, en lo sustancial, en las causas "Motoronce" y "Petruccelli" (citadas en nota 25).

XXVI. EL EVENTUAL SÍMIL CON EL DERECHO CIVIL: EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS

Si la actuación lícita del Estado que causa daños debiera asimilarse o aproximarse a algún supuesto del derecho civil él debería ser el del ejercicio regular de los derechos, el cual, con razón, no es considerado por parte importante de la doctrina civil como causal de justificación⁽⁴⁷⁾ porque cuando se ejerce un derecho la conducta que se desarrolla es una actividad en sí misma lícita.

Y digo que la situación se aproxima por dos razones.

En primer lugar porque en el derecho civil el ejercicio regular de un derecho no compromete responsabilidad alguna, mientras que en el derecho administrativo esa idea es predicable sólo *en principio* porque, como ha dicho la Corte, el ejercicio por el Estado de sus poderes propios no constituye, normalmente, fuente de indemnización para los particulares⁽⁴⁸⁾, la cual, cuando se genera responde, precisamente, a principios públicos constitucionales.

Y en segundo término porque en el campo del derecho público el ejercicio de la competencia no constituye, en verdad, un derecho en el sentido técnico privado del término sino, conforme ha enseñado la doctrina italiana, una potestad, esto es, una atribución-deber cuyo sentido radica en la satisfacción de un interés ajeno⁽⁴⁹⁾.

Cuando el Estado desarrolla, pues, una actividad lícita dañosa ejerce regularmente su competencia, la cual es obligatoria e irrenunciable, de modo que si no lo hiciera podría, eventualmente, configurarse un supuesto de responsabilidad ilegítima por omisión, sin perjuicio de las concurrentes responsabilidades políticas, administrativas, disciplinarias, patrimoniales y, en su caso, penales de los funcionarios pertinentes.

XXVII. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LÍCITA O LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA. ENJUICIAMIENTO CRÍTICO

Escapa a las posibilidades de este estudio realizar un análisis de la evolución de la jurisprudencia sobre el tema. Por lo demás, es esa una tarea ya realizada, con erudición, por Cassagne y, más recientemente, por Coviello en trabajo especialmente dedicado al tema⁽⁵⁰⁾.

45 La justificación supone que de no mediar ella, la conducta sería ilícita. El ejercicio regular de un derecho es, en cambio, en sí, un acto lícito (Belluscio-Zanonni, Código Civil, cit. t.5, p.22).

46 La actuación lícita puede devenir, sin embargo, en ilícita, si tratándose, por ejemplo, de una obra pública ésta causa perjuicios a raíz de su defectuosa ejecución ("Elsa Margarita Urrutí de González Cane y otros c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 315: 2857 -sumario; "Juan Bernardo Ciddio v. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 316: 1601-sumario; voto del Ministro Adolfo Vazquez en la causa "Salvatore de López, Amelia c. Buenos Aires, Provincia de", 17/4/1997 Fallos: 320: 568).

47 Mosset Iturraspe, Responsabilidad por Daños, cit. t.I, p.38; Belluscio-Zanonni, op.cit. p.22.

48 29/05/64, "Suñe, Eduardo c/Segba", Fallos 258:322; 9/08/83, "Winkler, Juan L. c/Gobierno de la Nación", Fallos 305:1045; 13/10/94, "Román SAC. c/ Estado Nacional/M^o de Educ. y Just.", Fallos: 317:1232 y J.A-1995-I-266.

49 Santi Romano, *Fragments de un dictionnaire juridique*, Buenos Aires, 1964, p. 297 y ss. especialmente p. 309

50 Cassagne, La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo, ED, 100: 986; id, Las grandes líneas..., op.cit.; Coviello, Pedro J, La responsabilidad del Estado por su actividad lícita, en ED, suplemento de Derecho Administrativo, 29/8/00.

Sólo cabe, aquí, señalar que según surge de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los requisitos que deben concurrir serían los siguientes:

- a) Existencia de un daño cierto;
- b) Relación de causalidad entre el accionar estatal y el perjuicio;
- c) Posibilidad de imputar jurídicamente los daños al Estado;
- d) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño ⁽⁵¹⁾ y
- e) Existencia de un sacrificio especial en el afectado.

A) El daño

La existencia del daño es referida a la producción de un perjuicio patrimonial cierto y actual ("Tejedurias Magallanes", "Cadesa", "Revestek", citadas en la nota 25) o futuro, aunque no meramente hipotético o conjetural; las meras expectativas son descartables ⁽⁵²⁾. Desde mi punto de vista es discutible que deba comprender el daño moral, pues éste, en principio, no se debería generar cuando el sacrificio se origina en un deber comunitario ⁽⁵³⁾.

Un presupuesto fundamental del daño es que exista lesión a una situación jurídicamente protegida ("Revestek", citada en nota 25) pues la admisión de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actividad lícita no se debe interpretar como la institucionalización de un régimen de responsabilidad objetiva en el marco de la cual bastaría acreditar el nexo causal entre la actividad del Estado y el perjuicio para suscitar la obligación de indemnizar ("Román", citada en nota 25).

Cuándo esa situación se configura no es, sin embargo, una cuestión que se pueda resolver *a priori* porque su determinación sólo es posible efectuarla judicialmente en cada situación y con arreglo a las particularidades que ella presente, como indica Bianchi en un agudo estudio sobre el tema ⁽⁵⁴⁾.

En cualquier caso es oportuno puntualizar que la reforma constitucional de 1994 ha otorgado carta constitucional a la protección de los derechos de incidencia colectiva en general.

B) La relación de causalidad

La relación de causalidad se ha calificado en algunos casos como *directa e inmediata* ("Galanti", citada en nota 25), no se le ha calificado especialmente ("Cadesa", citada en nota 25) o se ha requerido su carácter *directo, inmediato y exclusivo* ("Ledesma", citada en nota 25; también "Revestek", citada en nota 25, según Muratorio) o bien *directo y relevante* ("García", "Gómez", ambas citadas en nota 25).

Se ha indicado la necesidad de que, tratándose de responsabilidad por actividad lícita del Estado, el requisito en análisis se debe ponderar con suma prudencia ⁽⁵⁵⁾, propiciándose, incluso, un criterio restrictivo (disidencia de Barra en "Prada" y de Fayt en "Cachau", ambas citadas en la nota 25; línea compartida por Tawil y Muratorio ⁽⁵⁶⁾).

Desde mi punto de vista no existe razón para extremar en el caso la valoración de la causalidad, pues en el derecho administrativo a diferencia de lo que sucede en el derecho privado la admisión de la responsabilidad sin antijuridicidad no es excepcional, sino, simplemente, una alternativa normal en el contenido de las competencias del Estado. La presunta "severidad" del Derecho Administrativo no debería hallar, al menos aquí, un ejemplo ⁽⁵⁷⁾.

51 Así la resume la sentencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa "American Airlines Inc. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", publicada en ED, suplemento de Derecho Administrativo del 29/9/00. Ver también Cassage, art. Cit. ps 37/38.

52 Monti de Hitzfelder, Laura, La responsabilidad del Estado por actividad normativa a la luz de la jurisprudencia, en Revista de Derecho Administrativo, n. 19/20, p.489 texto y nota 29.

53 Ghersi, Carlos Alberto, La responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos, Jurisprudencia Argentina, 8/10/86, p.12.

54 Bianchi, Alberto, Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Buenos Aires, 1998, p.145. Laura Monti de Hitzfelder recuerda importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el artículo citado anteriormente.

55 "Osvaldo Carvallosa c. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", Fallos: 311: 1668.

56 Tawil, Guido, Omisión, guerra y Responsabilidad del Estado, LL, 1991-D-370/372; Muratorio, Jorge, Factores de atribución en la Responsabilidad del Estado por actividad lícita, en Jornadas...,cit, p.80.

57 CSJN, "Revestek", citada en nota 25. En este fallo la Corte sostiene que es particularmente severa la aplicación de los principios del derecho administrativo que hacen a las consecuencias patrimoniales de la revocación por la Administración de un acto de alcance general y a la responsabilidad por actos estatales normativos.

C) La imputabilidad jurídica del daño al Estado.

El Estado es una persona jurídica pública y, como tal, los criterios de imputación a él referidos deben guardar correlación con esa naturaleza. En ese sentido, no es dudoso que, hoy en día, la atribución de una conducta al Estado se basa en la relación orgánica, esto es, en la consideración de que sus agentes son órganos de aquél y no representantes ni mandatarios.

Desde esa perspectiva, la persona física que expresa la "voluntad" del Estado subsume su voluntad psicológica en la orgánica, de modo que al actuar *por y para* la organización, en la cual se *incrusta*, permite que ésta, por su intermedio, *actúe ella misma* de modo directo ⁽⁵⁸⁾.

El órgano imputa, así, su actuación al Estado.

Cabe, entonces, preguntar ¿cuál es el límite de esa imputación? Ciertamente, no puede coincidir con el ejercicio regular de la competencia porque si así fuera todos los actos viciados en ésta no serían imputables. Como bien se ha señalado cabe estar, en este aspecto, a la *recognoscibilidad* exterior del acto ⁽⁵⁹⁾.

Por lo dicho, y en tanto ni los concesionarios, ni los licenciatarios de servicios públicos son órganos del Estado, coincido en este aspecto con Ferrino en que los daños causados por éstos no se pueden, en principio, imputar al Estado ⁽⁶⁰⁾.

D) Ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

Este requisito aparece en la causa "Columbia" (citada en nota 25) e implica, a mi modo de ver, una confusión conceptual.

En efecto, si por daño entendemos al perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria —como lo define el Código Civil en el artículo 1068— no es dudoso que él no debe ser soportado por el particular tampoco en la responsabilidad por actividad ilícita; y, siendo así, no se comprende, entonces, por qué se enuncia esta circunstancia como elemento propio de la responsabilidad por actividad lícita.

Lo que sucede, en mi opinión, es que el concepto que debe ser aprehendido no es, en realidad, el del deber de soportar el daño —en el sentido antes indicado— sino, en todo caso, el de la obligación de soportar, o no, la *conducta dañosa*, es decir, el acto, omisión o hecho generador del perjuicio. No se debe confundir la *conducta* que origina el daño con el *daño* mismo ⁽⁶¹⁾.

Por ejemplo: el contratista no tiene la obligación de tolerar el *acto rescisorio* ilegítimo, motivo por el cual si éste se emite y lo daña debe ser indemnizado. Si tiene, en cambio, el deber de aceptar la *decisión revocatoria* por oportunidad, mérito o conveniencia porque no sería coherente que al ejercicio de una potestad no le correspondiera el deber público de admitir el acto que la instrumenta ⁽⁶²⁾, con arreglo a la indemnización que, en ese supuesto, garantiza la Constitución Nacional y reconoce la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

El expropiado se puede resistir al despojo estatal de su propiedad, pero no a la *ley expropiatoria válida* y, consecuentemente, a la entrega de la cosa motivo por el cual podría decirse —sin que esto importe, por supuesto, considerar a la expropiación como una compraventa forzosa— que, de algún modo, aquél tiene, como señala el artículo 1324, inciso 1, del Código Civil, la necesidad jurídica de "vender".

Por lo dicho, en el supuesto de la responsabilidad derivada de actuación ilícita debería consignarse como presupuesto comprendido en la antijuridicidad la inexistencia de soportar la conducta dañosa, mientras que en el caso de la responsabilidad por actividad lícita correspondería enunciar, por el contrario, la obligación de soportar aquella conducta.

E) El sacrificio especial

Este requisito que importa en realidad el verdadero factor de atribución gravitante en el caso, indica en su formulación que el daño para ser indemnizado debe ser sufrido por una persona en particular o un número determinado de ellas ⁽⁶³⁾.

58 García Trevijano Fos, José A, Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, 1957, ps. 72/76.

59 Escola, Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, Volumen I, p. 255, quien cita, en ese sentido, el caso "José María Ferrugia c./Pcia. De San Juan", Fallos: 163: 155.

60 Ferrino, Pablo, Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado, en Jornadas, cit. p. 61

61 De algún modo atisbé esta idea en Derecho Administrativo, cit. p. 436 cuando expresé que cuando el Estado responde por su actividad lícita el afectado está obligado a soportar la actividad lícita estatal, pero no los daños que ella ocasione.

62 Garrido Falla, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1971, t. II, p. 244, nota 9.

63 Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán, Buenos Aires, Tº IV, 1954, 217; Forsthoff, Ernest, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1958, p. 451/452.

Entre nosotros su exigencia aparece, como lo puntualiza Marienhoff⁽⁶⁴⁾, en la mayor parte de la doctrina -resultando de la jurisprudencia de la Corte en los casos "Gratry", "Los Pinos", "Motoronce", "García", "Columbia", "Bs.As. Eximport" y "Azzetti"⁽⁶⁵⁾ y se vincula, en mi opinión, con la ubicación del fundamento de esta responsabilidad en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas, habida cuenta de que con la singularidad o particularidad del daño se comprometería esa igualdad si él no se generalizara a través de la indemnización.

Marienhoff ha sido en nuestro país quien siempre cuestionó este fundamento. Además de vincular la idea con sistemas constitucionales distintos del nuestro, señaló lo inaceptable, a su juicio, de no admitir la indemnización cuando el daño sea general, sin perjuicio de destacar que, en realidad, es casi imposible que una ley, por ejemplo, afecte en forma universal a todos los habitantes⁽⁶⁶⁾.

Desde mi punto de vista el recaudo en examen se debería referir a la razonabilidad ("Ledesma", considerando 17, citada en nota 25) del perjuicio experimentado por el administrado, apreciable, en cada caso, en función de la proporcionalidad que aquél guarde con la cuota normal de sacrificios que supone la vida en comunidad ("García", considerando 5, citada en nota 25).

A la luz de esta perspectiva la reparación no procedería cuando el perjuicio fuera consecuencia normal y necesaria de la actividad lícita desarrollada ("Román", citada en nota 25); por eso bien se dice que la "especialidad" del daño se debe referir al sufrimiento del perjuicio "de manera desigual y desproporcionada respecto del conjunto social"⁽⁶⁷⁾.

En definitiva, el daño se deberá indemnizar si él, por sus características, constituye una afectación irrazonable de la propiedad por imponer un sacrificio superior al exigible igualitariamente a raíz de la vida en comunidad. El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actividad lícita, no puede conducir, sin embargo, a garantizar la obtención de ventajas económicas conjeturales ni a la neutralización de la actividad del Estado en la prosecución de sus fines esenciales.⁽⁶⁸⁾

Claro está que la valoración de la existencia del sacrificio indemnizable se debe considerar predeterminada cuando la ley impone la indemnización excluyendo, en esos casos y en ese aspecto, la valoración judicial, como ocurre con la expropiación (artículos 10 y ss. de la Ley 21499) y la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (Artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), sin perjuicio de los límites que la propia legislación impone.

De lo hasta ahora expuesto se desprende que, a mi juicio, *la responsabilidad del Estado por su actuación lícita exigiría la convergencia de cuatro recaudos: daño, causalidad, imputabilidad y obligación de soportar la conducta dañosa, debiendo valorarse como factor de atribución a la irrazonabilidad del perjuicio, valorada esta en relación con las exigencias de sacrificios igualitarios impuestos por la vida en comunidad y sin perjuicio de considerarlo predeterminado legalmente cuando exista una norma expresa que así lo imponga.*

XXVIII. LA CUESTIÓN DEL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN

Abordaré aquí en particular la debatida cuestión relativa a la procedencia de inquirir, o no, el lucro cesante en la indemnización cuando ésta es debida por el Estado a causa de su accionar lícito.

XXIX. LA CONSTITUCIÓN GARANTIZA INDEMNIZACIÓN JUSTA, PERO DIFIERE SU DETERMINACIÓN AL LEGISLADOR

A mi juicio, cuando la Constitución contempla el derecho de propiedad, verdadero derecho natural que el Estado no crea sino que simplemente reconoce y garantiza, procura asegurar que, cuando él es afectado, el damnificado reciba una indemnización justa, pero difiere la determinación del contenido de ésta a la reglamentación legal.

Por tal motivo, compete al ámbito de la reglamentación legal, en su variado contenido público o privado, determinar el alcance de la reparación debida cuando el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado es violado, o, en su caso, sacrificado lícitamente.

64 Marienhoff, Tratado, op.cit, t.IV, p.678.

65 Causas citadas en la nota 25.

66 Marienhoff, Tratado, op.cit, t.IV, ps. 678 y ss. y 720.

67 Lima, Fernando Juan y Sama, Miguel Alberto, La responsabilidad del Estado por el accionar lícito: los requisitos para su procedencia, ED, 150:97.

68 "Manzi" (considerandos 10 "in fine" y 11 "in fine"), "Toll" (considerando 9) y "Columbia" (considerando 15), citadas en nota 25.

XXX. LOS ARTÍCULOS 14 Y 15 DE LA CONSTITUCIÓN Y 21, INCISO 2, DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

No es ocioso recordar, en este aspecto, que el artículo 14 de la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el goce de los derechos que enuncia, entre ellos el de usar y disponer de la propiedad, conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio.

Y que el artículo 17, al consagrar la inviolabilidad de la propiedad, remite, en definitiva, su posible privación al fundamento que brinde la ley, a la cual también atribuye la calificación de utilidad pública de la expropiación, sin definir el contenido de la previa indemnización que requiere.

Por su lado, la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) determina en su artículo 21, inciso 2, que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

El *quantum*, pues, de la indemnización no se identifica en el plano constitucional, necesariamente, con la reparación integral, en el caso, con la inclusión del lucro cesante.

XXXI. LA EVENTUAL INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Si la protección constitucional de la propiedad requiriera siempre y en todo caso la reparación integral del daño sería inconstitucional cualquier norma legal o interpretación doctrinaria—incluso civil— que limitara ese alcance en cualquier supuesto⁽⁶⁹⁾.

Sería, por ejemplo, en ese sentido inaceptable el artículo 1069 del Código Civil en tanto autoriza al Juez para que, en el caso de los actos ilícitos, atenúe la indemnización en atención a la situación patrimonial del deudor, excepto el caso de dolo.

Por eso, se impone aceptar que es razonable que en ciertos casos la reparación justa abarque, en lo que aquí interesa, tanto el daño emergente como el lucro cesante; y que en otros, en cambio, la tutela justa pueda quedar limitada.

XXXII. INEXISTENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE UN RÉGIMEN ORGÁNICO EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN POR ACTIVIDAD LÍCITA

Ahora bien, en el derecho civil no existe una normativa que en forma expresa y sistemática regule el alcance de la indemnización en los excepcionales casos en que ella procede como derivación de la actividad lícita.

Y si se toma, por ejemplo, el caso del estado de necesidad, se puede decir que, más allá de los fundamentos expuestos para justificar la indemnización, hay un pensamiento uniforme en que ésta debe ser limitada y no plena⁽⁷⁰⁾.

XXXIII. LA SITUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY DE EXPROPIACIONES COMO PARADIGMA

¿Cuál es la situación en el plano administrativo? ¿Existe alguna legislación específica sobre el tema?

La respuesta es positiva porque el instituto expropiatorio consagrado por la Constitución ha sido reglamentado legalmente y la expropiación es, sin duda, un paradigma conceptual de la actuación estatal lícita generadora de obligación indemnizatoria.

69 La propia doctrina civil señala objeciones a la presunta existencia de un principio de "reparación integral", pues si bien ello puede consistir en "una aspiración de máxima", "no siempre sucede que la totalidad del daño sea erigido con la indemnización consiguiente" dado que la víctima "debe soportar, en ocasiones, total o parcialmente, la carga de asumir el menoscabo que implica el daño", en la obra colectiva *La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, op. cit. p. 273 con cita, en apoyo de lo transcrito, de Alterini, Atilio Anibal - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto, *Curso de obligaciones*, Bs.As., 1980, nro. 590 p. 285 y Alterini, Atilio A. *Responsabilidad Civil*, Bs. As., 1987, nro. 7 p. 20.

70 Compagnucci de Caso, Rubén, *Daños causados en estado de necesidad*, en *La Responsabilidad, Homenaje*, cit. p. 223. Remito, asimismo, a mi libro *Derecho Administrativo*, cit. p. 449/51.

La reglamentación legal de la expropiación y del concepto que le da fundamento - sacrificio de derechos patrimoniales por razones de bien común- está, así, destinada a tener en este aspecto, como enseñó Marienhoff, una fuerza expansiva suficiente como para considerar incluida en ella, genéricamente, todo supuesto de responsabilidad estatal por actividad lícita (71).

Y como es sabido la ley de expropiaciones actual, coherente con las anteriores (72) excluye de la indemnización el lucro cesante, como lo hacen, en general, todas las leyes provinciales de expropiación, excepto las de Río Negro y San Juan, como se informa en una tesina presentada para acceder a la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (73).

La aplicación de la ley de expropiaciones se objeta, sin embargo, desde dos ángulos.

Por un lado y en relación concretamente con la revocación por oportunidad, mérito o conveniencia se ha expresado que aquella norma no puede ser extendida porque supone una restricción constitucional al derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio. Lo dijo la mayoría de la Corte Suprema al resolver respecto de una revocación de aquella índole, de un contrato administrativo (74).

Este argumento parece suponer que, en razón de la garantía formal implicada en la ley, sólo con fundamento directo, inmediato y específico en ésta se puede revocar por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia un acto o contrato administrativo. Y ya Marienhoff señaló que de la Constitución y de la interpretación que de ella ha hecho la Corte únicamente se desprende de la exigencia de que tal clase de sacrificios no se disponga graciosamente y sin responsabilidad para el Estado (75).

Por otro, se afirma que la aplicación del principio que surge de la ley de expropiaciones, importa limitar, por analogía, la protección del derecho constitucional a la reparación integral entendida ésta como reparación comprensiva, *siempre y en todo caso, de todo el daño* (76).

Pero esta posición implica, a su vez, partir de una afirmación, a mi juicio, indemostrada: el otorgamiento de ese derecho en el plano constitucional. Demostración que, de darse, implicaría atribuir a la Constitución el reconocimiento de un derecho absoluto y, por tanto, el acogimiento de una concepción antisocial como calificó la Corte a los derechos así concebidos (77).

La determinación del contenido indemnizatorio compete, pues, al legislador. Y éste lo ha hecho en la ley de expropiaciones. Y ya vimos que en el Código Civil no existe norma alguna que regule la situación del daño lícito provocado por el Estado. Es más, considero que de aplicarse aquel Código se debería excluir la indemnización habida cuenta de que, en él, el ejercicio regular de los derechos no genera obligación reparatoria. O, en todo caso, también en su ámbito la reparación debería ser limitada.

- 71 Además de ocuparse de la denominada fuerza expansiva de la noción jurídica de la expropiación en su Tratado de Derecho Administrativo, T. IV, 5ta. de. act., Bs. As., 1992, p. 123; T. I, 4ta. edic. act., Bs. As., 1993, p. 634 y ss; T. III-A, 4ta. de. act., Bs. As., 1994, p. 560, dedicó varios artículos a la cuestión específica que hoy nos ocupa. En tal sentido, pueden citarse los siguientes estudios: "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", E.D., 114-949; Responsabilidad extracontractual del Estado derivada de su actividad pública y distinción de las obligaciones como de "medio" o de "resultado", E.D., 157-749; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", L.L. 1993-E, 912. El prof. Marienhoff complementó, luego de su formulación inicial, la teoría de la expansión de la noción jurídica de la expropiación, remitiendo, para arribar a idénticas conclusiones, "a las referencias generales a la *justicia distributiva*, dentro de cuyo ámbito queda también comprendido lo que la ley nacional de expropiación dispone respecto al alcance de la indemnización", Marienhoff, Miguel, Nuevamente acerca del lucro cesante...op.cit.
- 72 Como recuerda Marienhoff, la originaria ley sobre la materia (ley 189 del año 1866) establecía que, a los efectos indemnizatorios "no se considerarán las ventajas o ganancias hipotéticas" (art. 16). La ley 13.264, antecedente inmediato de la ley 21.499, disponía, en su art. 11, que "no se pagará el lucro cesante", Marienhoff, Miguel, Nuevamente acerca del lucro cesante...op.cit.
- 73 Sólo las provincias de Río Negro y San Juan harían excepción al criterio general de excluir el lucro cesante. Pereyra, Rubén A., "Alcance de la indemnización en la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", tesina inédita presentada para optar al título de Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Bs. As., 1994, p. 51.
- 74 CSJN, 20/09/84, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A c/Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 306:1409, (considerando 8, del voto mayoritario).
- 75 Marienhoff, Revocación del acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, LL, 1980-B- sección doctrina, especialmente punto V.
- 76 Barra, Rodolfo C, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, 122:589. Afirma Bianchi que el lucro cesante está incorporado al patrimonio del acreedor y goza de la protección que el artículo 17 brinda al derecho de propiedad con la misma fuerza que el daño emergente. Como tal, sostiene, no reconocerlo supone una limitación que en todo caso puede admitirse sólo en forma excepcional. Por eso, a su juicio, limitar la indemnización al daño emergente porque la expropiación lo imponga implica contraria la regla de hermenéutica jurídica que prohíbe aplicar en forma extensiva o analógica los institutos limitativos de derechos como aquella (Responsabilidad...cit, ps.170/171).
- 77 CSJN, 28/4/22, "Ercolano, Agustín c/Lanteri Renshaw, Julieta", Fallos 136:161; 27/06/62, "Partido Obrero-Capital Federal", Fallos 253:133; 15/10/62, "Font, Jaime y otros c/Estancias y Carnicerías Galli", Fallos 254:56; 26/06/74, "Brunella vda de Weiser, Edda L. c/Fisco Nacional (DGI)", Fallos: 289:67.

XXXIV. EL CONCEPTO LEGAL EXPROPIATORIO: NUTIRENTE DEL SISTEMA LEGAL

El derecho público positivo se nutrió, a la hora de determinar los alcances de la indemnización debida por el Estado a causa de su actividad estatal lícita dañosa, de la fuerza expansiva del criterio fijado por la ley de expropiaciones.

Así, el artículo 5 de la ley 12.910 dispuso, en su momento, que, en caso de paralización de obras, es procedente la rescisión de los contratos sin aplicación de penalidades no correspondiendo, en esa situación, reconocer al contratista ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la parte de la obra que se deja de ejecutar.

La ley 13064 de Obras Públicas, por su lado, determina que la alteración del proyecto a causa de la reducción de los costos o de los trabajos contratados (art. 30) o la supresión total del un ítem del contrato por parte del Estado (art. 38, *in fine*), no genera indemnización por los beneficios dejados de percibir por la parte reducida, suprimida o modificada.

En su momento el Reglamento de Contrataciones del Estado (aprobado por el Decreto 5720/72) estableció en el inc. 88) -reglamentario del art. 61 de la derogada Ley de Contabilidad- que cuando el Estado rescindiera un contrato por una causa justificada, no prevista en el reglamento el adjudicatario tendría derecho a que se le reconozcan los gastos directos e improductivos en que probare haber incurrido con posterioridad a la adjudicación y con motivo del contrato, pero no se haría lugar a reclamación alguna por lucro cesante o por intereses de capitales requeridos para la financiación.

En la muy interesante sentencia de primera instancia dictada en el mencionado caso "Sanchez Granel", el juez, el siempre recordado Juan Ramón de Estrada, al rechazar la procedencia del lucro cesante, dijo "La aplicación analógica de esta norma -el inc. 88 del dec 5720/72- al caso es indudable, ya que está referida genéricamente a los principales contratos que celebra el Estado. En efecto, se trata de la reglamentación al capítulo sobre contrataciones de la ley de contabilidad, aplicable a las compras, ventas, arrendamientos, locaciones y suministros que realice el Estado" (78).

Actualmente sigue igual criterio el Decreto delegado 1023/01(79) al preceptuar en su artículo 12, inciso a), último párrafo, que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.

También la Ley 16.970, de Defensa Nacional, consignó, en su momento, al regular requisiciones militares, la improcedencia del pago del lucro cesante (art. 37, *in fine*) y actualmente la ley 23.554, que sustituyó a aquella, reproduce igual principio (art. 35).

Asimismo, ley de emergencia 25.344(80) establece en su artículo 26 que cuando se revoquen por razones de oportunidad, mérito o conveniencia contratos del sector público nacional, ya sean de obra, de servicio, de suministros o de consultoría, la indemnización que corresponda abonar al contratista no incluirá el pago de lucro cesante ni gastos improductivos." Y, siguiendo esta misma línea, la ley 25.453(81) -denominada de *déficit cero*- en su artículo 11 determina que los contratos de ejecución afectados por las reducciones dispuestas en el artículo 34 de la ley 24.156 podrán revocarse por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en el caso de que los contratistas o proveedores no acepten la reducción de la contraprestación a cargo del sector público nacional, siendo de aplicación, en ese caso, lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 25.344.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, no es posible afirmar que de ella se derive una conclusión clara e inequívoca. Se puede, sí, sostener la existencia de una tendencia a reconocer la indemnización amplia cuando se trata de actividad contractual(82), siendo oscilante la situación en los casos de actividad unilateral pues mientras en algunos casos se ha fijado un temperamento restringido(83) en otros se ha admitido una reparación amplia (84).

78 "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.",

79 Decreto 1023/01, del 13/08/001; publ. 16/08/001, en L.A. 1era. entrega, septiembre 2001, nro. 785, p. 9 y ss

80 Ley de emergencia económica, 25.344, sanc. 19/10/00, promul. 14/11/00; publ., 21/11/00; L.A 2000-D-4482

81 Ley 25.453, sanc. 30/07/01, promul. 30/07/001; publ., 31/07/001; L.A., 2a. entrega, agosto 2001, nro. 783, p. 4 y s.s.

82 CSJN, 20/09/84, "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.", cit., Fallos: 306:1409.

83 22/12/75, "Corporación Inversora Los Pinos S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 293:617; 15/05/79, "Cantón, Mario E. c/Gobierno Nacional", Fallos: 301: 403; 9/05/89, "Motor Once S.A. c/Municipalidad de Bs.As.", Fallos 312:659.

84 23/11/89, "Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.", Fallos 312: 2022; 16/06/93, "Cachau, Oscar J c/Buenos Aires, Pcia.", Fallos 316:1336; 16/06/93, "Prada, Iván Roberto c/Buenos Aires, pcia.", fallos 316:1465; 16/6/1993 "Estancias Marré SALAF e Y c. Provincia de Córdoba, La Pampa y Buenos Aires", Fallos: 316: 1428.

El proyecto de Código Civil Unificado con el Código Comercial de 1998, por su parte, limita, en principio, la responsabilidad del Estado por actos lícitos, a la indemnización del daño emergente pero al habilitar la posibilidad de compensar el valor de las inversiones no amortizadas en cuanto hayan sido razonables en su giro, en los casos en que se afecte la continuidad de una actividad, abre una alternativa resarcitoria del lucro cesante de consecuencias imprevisibles⁽⁸⁵⁾.

Son muchas las cuestiones que plantea el tema en estudio. Y, como todo el contenido del Derecho Administrativo, exige una elaboración muy cuidadosa en la búsqueda del equilibrio, lo cual supone, en el caso, no atribuir al Estado tanta responsabilidad como para agotarlo o inhibirlo en la gestión del interés público, ni tan poca como para expropiar al particular bajo la apariencia del interés público.

85 Salomoni, La responsabilidad...cit, en Jornadas...cit, ps.438 y 439.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS Y DE LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

MARCELO J. COUSILLAS

Profesor de Derecho Ambiental, Universidad de la República,
Profesor de Derecho Ambiental, Universidad de Montevideo.

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN. II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS. III. LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO. IV. ANÁLISIS INSTITUCIONAL EN LA MATERIA.

I. PRESENTACIÓN

El presente trabajo busca analizar dos regímenes jurídicos muy relacionados pero diversos y perfectamente diferenciados, que sin embargo en muchas oportunidades se confunden o mezclan.

Por ello, en primer lugar nos referiremos al conjunto normativo específico aplicable a las aguas en general, esto es, a lo que suele denominarse como "agua bruta" o recursos hídricos y que forma parte fundamental del Derecho ambiental moderno. Donde incluiremos la disponibilidad y calidad del agua, atendiendo tanto a las normas sobre el dominio o propiedad de las mismas y a las regulaciones relativas a sus posibles usos, como a las disposiciones relativas a los vertimientos que en ellas se realicen, como forma de protección de su calidad.

En segundo término, analizaremos las normas relativas a los servicios de agua potable y saneamiento en nuestro país, propias del cumplimiento de uno de los cometidos reconocidos a la Administración.

En una tercera y última parte, abordaremos las normas relativas a los aspectos institucionales relacionados con el agua, incluyendo las atribuciones y facultades asignadas a las entidades que integran el sector del agua potable y el saneamiento, en sus diferentes roles (formulación de políticas, regulación y control de los servicios y prestación de los mismos).

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS

A) Introducción

En nuestro país, el régimen jurídico de las aguas, se centra en el Código de Aguas (Decreto-Ley N° 14.859, de 15 de diciembre de 1978), cuyo artículo 1° así lo dispone, sin perjuicio de lo prescripto por el Código Civil, leyes especiales, tratados y otras normas internacionales.

En consecuencia, es posible sostener que el Código de Aguas alcanza tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas, especialmente en virtud de la exclusión de estas últimas del régimen minero, según lo establecido por el artículo 6° del Código de Minería (Decreto-Ley N° 15.242, de 8 de enero de 1982).

Con casi veinticinco años de existencia, el Código de Aguas ha demostrado ser una norma armónica y completa, basada en criterios avanzados para la época, que no necesariamente resultaron coartados por el excepcional período de gobierno que atravesaba el país. Tales criterios, en buena medida se mantienen actualizados, respondiendo a lo que la doctrina actualmente denomina "gestión integrada del agua". (1)

1. Andrei Jouravlev y Axel Dourojeanni, "Gobernabilidad de los recursos hídricos a nivel nacional", GWP SAMTAC-Uruguay, Montevideo, s/f (2002, aprox).

B) Dominio o propiedad de las aguas

El Código de Aguas contiene un importante número de disposiciones de corte patrimonial, que buscan definir los derechos y las obligaciones de los titulares y usuarios de las aguas y sus álveos, sean éstas del dominio público y fiscal o susceptibles de apropiación privada.

Son del **dominio privado o fiscal**:

- a) las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio, mientras escurren por él ⁽²⁾, pudiendo el propietario en consecuencia, construir dentro de su propiedad ⁽³⁾ las obras necesarias para su captación, conservación y aprovechamiento (artículo 19);
- b) las aguas manantiales que nacen continua o discontinuamente en terrenos de ese dominio (artículo 26), aunque pueden estar sujetas a aprovechamiento y prescripción por propietarios de predios inferiores por los que corran (artículo 26);
- c) las aguas de los lagos, lagunas, charcas y las aguas embalsadas que ocupen terrenos de propiedad particular (artículo 39 inciso 2º); y,
- d) las aguas subterráneas que se extrajeren de un predio particular (artículo 43) y, en cierta medida, las halladas por los titulares de una concesión minera y mientras conserven la misma (artículo 44).

En cuanto a las aguas del **dominio público** ⁽⁴⁾, el Código establece que son:

- a) las aguas pluviales que escurren por torrentes y ramblas cuyos cauces sean del mismo dominio (artículo 20);
- b) las aguas manantiales que nacen continua o discontinuamente en terrenos de ese dominio aunque salgan de ellos, aunque pueden estar sujetas a aprovechamiento por propietarios de predios inferiores por los que corran o aun por cualquier persona (artículo 25);
- c) las aguas de los ríos y arroyos navegables o flotables en todo o en parte de su curso (artículo 32); ⁽⁵⁾
- d) las aguas de los lagos, lagunas, charcas y embalses que ocupan terrenos de propiedad del estado y se alimentan con aguas públicas (artículo 39 inciso 2º); y,
- e) las aguas subterráneas existentes o que se alumbren en terrenos del dominio público (artículo 42), salvo los derechos que pudieran haberse adquirido con anterioridad de conformidad con las disposiciones anteriormente vigentes del Código Rural de 1875.

Por otra parte, el Código contempla una disposición residual (artículo 15), en virtud de la cual se establece que integran el dominio público o el fiscal en su caso, las aguas que no estuvieren incorporadas al patrimonio de los particulares a la fecha de vigencia de la norma (1º de marzo de 1979).

No obstante, como lo ha señalado la doctrina ⁽⁶⁾, pueden resultar más trascendentes que el régimen de titularidad de las aguas, las normas que otorgan poderes al Estado para la regulación y control de sus usos.

C) Uso de las aguas

1. Aspectos generales

Es obligación del Estado promover el uso de las aguas, así como lo es también, la promoción de su conservación y defensa contra los efectos nocivos. El concepto de uso subyacente al Código de Aguas es amplio, tendiendo siempre a que el aprovechamiento ⁽⁷⁾ sea integral, simultáneo o sucesivo (artículo 2º).

Evidentemente, la mayor parte de las disposiciones del mismo refieren al uso de las aguas del dominio público y fiscal (Título VI del Código), aunque se establecen algunas reglas para el aprovechamiento de las aguas del dominio privado, más allá del realizado por su dueño, especialmente cuando su utilización tiene como fin el consumo humano o doméstico.

2. Y mientras mantengan su individualidad, según la interpretación aprobada por la Ley Nº 17.142, de 23 de julio de 1999; la que también excluye de este tipo las cañadas, que se consideran una modalidad de río o arroyo no navegable ni flotable.

3. Tal posibilidad fue reglamentada por Decreto 432/995, de 29 de noviembre de 1995.

4. Cuya titularidad se reserva al Estado persona jurídica mayor, salvo el caso de los Gobiernos departamentales, respecto de las aguas que por sus características o por disposición de la ley deben considerarse del dominio público de los Municipios (artículo 16).

5. Parece ciertamente discutible que se pueda aplicar el criterio contrario, esto es, que sean del dominio fiscal o privado, los ríos y arroyos no navegables ni flotables, en relación a la titularidad del dominio sobre el terreno en que se encuentran (vé. Carlos Labaure, "Aspectos jurídico-administrativos del Código de Aguas", FDCA, Montevideo, 1988, pág. 16 y ss.).

6. Cfm. Adolfo Gelsi Bidart, "Código de Aguas concordado y anotado", AMF, Montevideo, pág. 68.

7. No consideramos aquí relevante la distinción entre uso y aprovechamiento; por lo que, como en buena medida lo hace el Código de Aguas, las utilizaremos en forma indistinta.

Así, las aguas manantiales y las de los ríos y arroyos que se encuentren en predios de propiedad particular o fiscal, igualmente pueden ser utilizadas por cualquier persona para "bebida e higiene humanas" (artículos 25 y 28) o para las "primeras necesidades de la vida" (artículo 32), siempre que existieran posibilidades de acceso mediante camino público. En el caso de las aguas subterráneas, se elimina el requisito de la autorización previa para la perforación y extracción en predios privados -por sus propietarios o con su consentimiento, agregamos nosotros- cuando se destine a las necesidades de la bebida e higiene humanas, a la bebida del ganado o a otros fines domésticos que establezca la reglamentación (artículo 49).

Para regular el aprovechamiento de las aguas dominiales y fiscales, el Código de Aguas cambia el enfoque que presentaba el Código Rural de 1875, que diferenciaba los tipos de uso ⁽⁸⁾ y estructuraba la reglamentación conforme a las normas de cada uno. La regulación actual es menos casuística pero más abstracta e incluso evolutiva, estableciendo:

- a) Algunas disposiciones sobre los llamados **usos comunes legítimos**, es decir, aquellos que se caracterizan por estar abiertos a todos los habitantes, que preexisten al Estado mismo y que pueden realizarse en forma directa, sin necesidad de habilitación expresa.

El artículo 163 dispone que todos los habitantes podrán usar las aguas del dominio público para la bebida e higiene humana, la bebida del ganado, la navegación y flotación, el transporte gratuito de personas y bienes, la pesca deportiva y el esparcimiento; siempre que para ello no deriven, extraigan mecánicamente o contaminen las aguas.

Otros usos podrían agregarse por vía reglamentaria, autorizándolos el Poder Ejecutivo en forma genérica ⁽⁹⁾.

- b) Con mayor abundamiento, la determinación de los **requisitos y formalidades de los permisos y concesiones** que el Estado puede otorgar para el uso privativo de las aguas ⁽¹⁰⁾; esto es, para aquellos usos especiales que tienen un destinatario específico y que excluyen al común de los habitantes.

No entraremos en los detalles de la regulación, pero señalemos que el Código de Aguas establece preceptos diferenciales para uno y otro tipo de acto, aunque no existe acuerdo en la doctrina respecto de cual de ellos constituye el elemento esencial y caracterizante. Permisos y concesiones integrarían un mismo género de actos jurídicos, opuesto al de las autorizaciones, sólo diferenciados por una cuestión de grado o de dimensiones.

Sin perjuicio de esas asimetrías, ambos actos deberían ser considerados -en principio- onerosos y sólo excepcionalmente gratuitos, según el canon o las contribuciones que deberían pagarse al tenor del inciso final del artículo 167 y del numeral 8º del artículo 178 ⁽¹¹⁾.

2. Conflictos de uso

Aun cuando el análisis de los principales usos posibles de las aguas (como el riego, la pesca no meramente recreativa o la provisión de agua potable a las poblaciones, entre otras), ameritaría el estudio de leyes especiales, conviene especificar según surge de lo ya expuesto, que el propio Código de Aguas establece algunos criterios para dirimir posibles conflictos de uso; los cuales agruparemos en tres clases:

a) Criterios derivados de las reglas de dominialidad.

Es el caso del aprovechamiento sucesivo de las aguas manantiales de propiedad particular o fiscal, por propietarios de terrenos inferiores, permitido (artículo 26) e incluso protegido, cuando alguno de esos propietarios tuviere a su favor un derecho adquirido aun por prescripción (artículo 27), salvo el caso de disminución o empobrecimiento temporal, que no afecta al propietario del agua en beneficio de los usuarios inferiores.

8. Distingúa: industria pesquera (tanto pesca, propiamente, como viveros o criaderos), transporte (navegación, especialmente), abastecimiento doméstico y de las poblaciones, servicio agrícola (riego, especialmente) y servicio industrial y de ferrocarriles.
9. Podría ser el caso de lo sucedido en otros regímenes con el camping en álveos del dominio público o la práctica de deportes náuticos.
10. Aunque el Código de Aguas parece no especificarlo, creemos que tal competencia corresponde al "Ministerio competente", salvo en el caso de las concesiones o permisos de uso privativo de las aguas del dominio público con destino a riego (artículo 3º de la Ley 16.858), donde expresamente se reservan tales facultades al Poder Ejecutivo, actuando en acuerdo -únicamente- con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (posteriormente, delegado al MTOP o quien actúe como tal, Decreto 578/998, de 22 de julio de 1998).
11. La práctica administrativa parece haber sido otra, ya que en ningún caso se habría aplicado el canon, por lo que concesiones y permisos habrían sido gratuitos (Labaure, ob. cit., pág. 45).

Algo similar se establece en cuanto a los ríos o arroyos no navegables ni flotables, cuyos nuevos aprovechamientos por el predio superior no podrán menoscabar derechos anteriormente adquiridos por el propietario inferior (inciso 2º del artículo 34).

Para el ello, el Código reconoce el principio de libre discusión de las aguas, previsto en el artículo 74, bajo la servidumbre natural a la que se encuentran sujetos predios inferiores, a los efectos de "recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre fluyen de los superiores".

b) Criterios previstos en la regulación de los permisos y concesiones de uso de las aguas del dominio público y fiscal.

En el momento de otorgamiento y para el caso de concurrencia de solicitudes (¹²), deberá procurarse conciliarlas, y, si fueran excluyentes, se deberá preferir aquellas que mejor satisfagan los principios generales de conservación y aprovechamiento integral de las aguas y que ofrecieren mayores seguridades técnico-financieras de ejecución y funcionamiento (artículo 183).

Con los permisos o las concesiones ya vigentes, resulta de esencia la revocabilidad de los primeros (¹³), la cual podrá disponerse en cualquier momento (numeral 2º del artículo 167); o la facultad del Poder Ejecutivo de revocar -por razones de interés general- cualquier concesión de uso, aunque debiendo indemnizar los perjuicios que en este último caso se causaren (artículo 174).

c) Criterios contenidos en las facultades otorgadas a la Administración, sin perjuicio del análisis que habrá de realizarse en el numeral correspondiente.

La competencia del Poder Ejecutivo para decretar reservas sobre aguas del dominio público o privado, por períodos no mayores de dos años, por las que se impidan ciertos usos o la constitución de determinados derechos (numeral 2º del artículo 3º); para establecer prioridades para el uso de las aguas (¹⁴), por regiones, cuencas o partes de ellas, asignándole la primera prioridad al abastecimiento de agua potable a las poblaciones (numeral 3º del artículo 3º); o para suspender el suministro de agua a determinados concesionarios, en caso de extraordinaria sequía, e indemnizando ciertos perjuicios que ello causare (artículo 188).

La potestad del Ministerio competente de obligar al concesionario -por razones fundadas- a abastecerse de otra fuente equivalente de agua (artículo 169); o de establecer turnos o restricciones cuando el caudal de la fuente del dominio público se torne insuficiente para abastecer a todos los permisarios o concesionarios (artículo 186).

3. El riego

Una mención especial requiere el riego, como una de los aprovechamientos potenciales de las aguas, comprendido dentro de los usos privativos de las del dominio público.

Con posterioridad a la vigencia del Código de Aguas, fue dictado el Decreto-Ley Nº 15.239, de 23 de diciembre de 1981 (conocido como "Ley de conservación de suelos y aguas") y su reglamentación, el Decreto 284/990, de 21 de junio de 1990; de alguna manera previsto en el propio Código por la remisión contenida en el numeral 2º del artículo 152 a la ley anterior en la materia (Ley Nº 13.667, de 18 de junio de 1968).

La Ley de Suelos y Aguas, declaró de interés nacional promover y regular el uso y la conservación de los suelos y de las aguas pluviales destinadas a fines agropecuarios, imponiendo al Estado y a los habitantes de la República, el deber de colaborar en la conservación, uso y manejo adecuado de las mismas. A tales efectos, establece la obligación de los titulares de explotaciones agropecuarias de aplicar técnicas básicas para asegurar la conservación de las aguas pluviales (artículo 2º) y dispone que los proyectos de riego deben adecuarse a la disponibilidad del recurso agua otorgada para dicho fin por la autoridad competente (inciso 1º del artículo 4º).

12. Tal posibilidad se materializa por los mecanismos de publicidad y participación de la tramitación, previstos en el artículo 177 del Código de Aguas (publicación en el Diario Oficial y en un diario del departamento, de un resumen de la solicitud y de la convocatoria a una audiencia pública).
13. Salvo respecto de los permisos de uso especial correspondientes a la prestación de servicios públicos (artículo 190 del Código de Aguas). Sólo el Poder Ejecutivo podrá revocarlos, por razones fundadas de interés general, debiendo en el mismo acto, disponer las medidas necesarias para asegurar la continuidad del servicio.
14. Ejemplo del ejercicio de esta facultad fue el Decreto 160/980, de 19 de marzo de 1980, por el que se estableció la prioridad de uso de las aguas de las represas del Río Negro a UTE, aunque fue recientemente modificado por el Decreto 212/998, de 5 de agosto de 1998.

Más recientemente, fue aprobada la Ley N° 16.858, de 3 de setiembre de 1997 (Ley de riego), que declaró de interés general el riego con destino agrario y estableció el derecho de todo productor rural de utilizar los recursos hídricos de los que pueda disponer legalmente, para desarrollar su actividad (artículo 1º).

Esta ley regula con mayor detalle que el Código de Aguas, los permisos y concesiones para el uso privado de las aguas del dominio público con destino al riego, así como las obras hidráulicas para riego con fines agrarios ⁽¹⁵⁾, coordinando los Ministerios involucrados y recreando las sociedades agrarias de riego. Sin lugar a dudas, su clara finalidad es la de promover, incentivar y desarrollar el riego en el sector agropecuario ⁽¹⁶⁾, aunque desde el punto de vista estricto de nuestro análisis, no parece alterar sustancialmente la sistemática del régimen jurídico de las aguas hasta ahora vigente.

Específicamente la norma no contiene ningún criterio de prelación del riego con otros usos que pudieran resultar competitivos, ni tampoco se refiere al régimen de fijación del canon de uso previsto por el Código de Aguas.

D) Calidad de las aguas

1. Generalidades

En cuanto a la calidad de las aguas, tanto superficiales como subterráneas, el Código de Aguas establece un principio o regla general prohibitiva y una excepción permisiva.

El principio general establecido en el artículo 144 del Código de Aguas, prohíbe la introducción a las aguas o la colocación en lugares desde los cuales puedan derivar hacia ellas, sustancias, materiales o energía susceptibles de poner en peligro la salud humana o animal, deteriorar el medio ambiente natural o provocar daños. Para el efectivo cumplimiento de dicha regla, se faculta al Ministerio competente (artículo 144 inciso 21), a dictar las providencias y aplicar las medidas necesarias. ⁽¹⁷⁾

Sin perjuicio de ello y a vía de excepción, el artículo 145 habilita al Ministerio competente, a permitir las actividades contenidas en la prohibición, "cuando el cuerpo receptor permita los procesos naturales de regeneración o cuando el interés público en hacerlo sea superior al de la conservación de las aguas", adoptando las medidas necesarias para prevenir el daño o advertir el peligro.

Si tales operaciones fueran permitidas, dispone el artículo 146, el Ministerio competente podrá establecer los límites máximos dentro de los cuales los cuerpos receptores podrán ser afectados, así como imponer el tratamiento previo de los efluentes para regenerar las aguas. Adviértase como claramente en la sistemática del Código de Aguas, los vertimientos aun permitidos, no conforman un "uso" posible de las aguas.

Todo ello fue dispuesto por el Decreto 253/979, de 9 de mayo de 1979, y decretos modificativos posteriores ⁽¹⁸⁾, que genéricamente estableció los criterios de clasificación de los cuerpos receptores (artículo 31), así como los estándares de calidad de los cursos de aguas (artículo 51) y los estándares de vertido a los que deben ajustarse los efluentes (artículo 11).

2. Clasificación de los cuerpos receptores y estándares

El criterio de clasificación de los cuerpos receptores ⁽¹⁹⁾, es el de los usos preponderantes actuales o potenciales, según cuatro clases: abastecimiento de agua potable riego de productos agrícolas y cultivos, recreación de contacto directo con el cuerpo humano, preservación de los peces en general y otros integrantes de la flora y de la fauna hídrica; y, los cursos o tramos de cursos de agua que atraviesan zonas urbanas o suburbanas y que deban mantener una armonía con el medio.

En base a la clasificación de los cursos de agua según sus usos predominantes, la normativa establece los estándares o patrones de calidad de esos cuerpos, tomando en cuenta parámetros físico-químicos o biológicos, de tipo numérico o narrativo. Tales estándares deberían permitir detectar cuando un cuerpo de agua no

15. Único aspectos reglamentado hasta la fecha, por Decreto 404/2001, de 11 de octubre de 2001.

16. Lo que surge también de otras normas, como el Decreto 212/998, de 5 de agosto de 1998, modificativo del Decreto 160/980, de 19 de marzo de 1980, ya referidos, invocando que "el Poder Ejecutivo ha instrumentado una política que tiende a fomentar el riego agrícola en el país" (considerando II).

17. Consistentemente, el artículo 1º de la Ley N° 17.283, de 28 de noviembre de 2000 (Ley General de Protección del Ambiente), incluye la protección de la calidad de las aguas dentro de la declaración de interés general establecida en el artículo 47 de la Constitución de la República, en la redacción dada por la reforma constitucional aprobada por la Ley Constitucional de 14 de enero de 1997.

18. Una versión del texto actualizado del Decreto 253/979 puede verse en el apéndice al "Código de Aguas actualizado y complementado", Librería Técnica, Montevideo, 1998, pág. 93 y ss.

19. Con la exclusión de los cuerpos de aguas destinados al tratamiento o transporte de aguas residuales (artículo 4º).

cumple con los requerimientos necesarios para su uso predominante; haciendo necesario según la norma, el establecimiento de programas de recuperación (artículo 10 del Decreto 253/979, en la redacción dada por el artículo 41 del Decreto 579/989, de 11 de diciembre de 1989).

Sin embargo, hasta el momento no se ha realizado efectivamente la clasificación de todos los cuerpos de agua del país⁽²⁰⁾, razón por la cual continúa siendo de aplicación la solución prevista en el artículo 21 del Decreto; en mérito a la cual, mientras no se efectúe la clasificación de los cursos de agua, los vertimientos se admitirán transitoriamente, siempre que cumplan con los parámetros que se establecen en el artículo 11.

3. Efluentes

Los vertidos que se realicen a los cuerpos de agua, deben ajustarse a los estándares de efluentes del artículo 11 del Decreto 253/979 (en la redacción dada por el artículo 61 del Decreto 579/989).

Los valores de los estándares de vertido, se diferencian según hacia donde se producen los desagües (a colector del alcantarillado público, directamente a cursos de agua o mediante infiltración al terreno) y sin perjuicio de las condiciones que con carácter general para los vertidos, surgen del artículo 12:

- a) no producir o dejar en libertad gases tóxicos, inflamables o explosivos;
- b) no contener elementos gruesos eliminables por rejas de entre 10 y 15 milímetros de separación entre barras, según los casos;
- c) no contener elementos fibrosos, como lana, pelo, paja, estopa, tejidos, etc.;
- d) no tratarse de residuos provenientes de la depuración de líquidos residuales; y,
- e) no contener otra sustancia o elemento que pueda producir directa o indirectamente inconvenientes a las redes de alcantarillado o en los lugares de desagüe.

Si bien se establece la prohibición de dilución del efluente con aguas no contaminadas (inciso final del artículo 11), también se prevé la posibilidad para el Ministerio competente de flexibilizar los estándares de vertimiento (artículo 15 del Decreto 253/979 en la redacción dada por el artículo 91 del Decreto 195/991).

Sin perjuicio del cumplimiento de los estándares a los que están sujetos, el Decreto 253/979 otorga diferente tratamiento administrativo a los vertimientos, tomando un criterio subjetivo⁽²¹⁾, según se trate de:

- a) Los efluentes provenientes de actividades de organismos públicos, quedan sujetos a un mecanismo convencional; por cuanto deben proceder a la ejecución de las obras necesarias para que sus vertidos cumplan con el artículo 11, en los plazos que se acuerden con el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (artículo 22).
- b) Las industrias de cuyos procesos se deriven aguas residuales de cualquier naturaleza, requerirán contar con la autorización de desagüe industrial (ADI) del MVOTMA (artículo 29), la que siempre tendrá carácter precario y revocable y no podrá ser concedida por un plazo mayor de 8 años (artículos 20, 23 y 24).

La ADI implica además, una aprobación de la planta de tratamiento de aguas residuales que, en base al proceso productivo, sea necesaria para que el efluente cumpla los parámetros físico-químicos establecidos y no altere la calidad prevista para el curso de agua. Por ello, la solicitud de autorización, deberá ser acompañada de la memoria descriptiva del proceso industrial y memoria descriptiva y planos de la planta de tratamiento que resulte necesaria (artículo 29).

Los proyectos de plantas de depuración de líquidos residuales industriales deben ser ejecutados por profesional competente, con título habilitante (artículo 26) e inscripto en el registro previsto al efecto. Una vez en funcionamiento, dichas plantas serán mantenidas en operación bajo la responsabilidad del proyectista u otro profesional habilitado (artículo 27).

- c) Todos los demás vertimientos, que no procedan de procesos industriales o de actividades de organismos públicos⁽²²⁾, tales como los derivados de predios agropecuarios o complejos habitacionales, pueden realizarse sin más trámite; salvo los destinados a cursos de agua de la clase 1 (artículo 8º) o que se constate que perjudican la calidad de las aguas de un cuerpo receptor (inciso 11 del artículo 91), en cuyo caso el MVOTMA podrá requerir las autorizaciones que correspondan (inciso 21 del artículo 19).

20. Aunque la Dirección Nacional de Medio Ambiente se venía manejando con un documento técnico similar, denominado "Objetivos de Calidad de Aguas para el año 2000" (Programa OCA 2000). Vé. considerando II de la Resolución del MVOTMA del 11 de agosto de 1998, de clasificación de la Laguna del Sauce.

21. Cfm. Mariela E. Castaño y Marcelo J. Cousillas, "Fundamentos de Derecho ambiental uruguayo", CEJU/IFCA, Montevideo, 1996, pág. 8.

22. Deben excluirse también las barométricas, ya que por Decreto 497/988 de 3 de agosto de 1988, se prohíbe "la descarga en las aguas o en lugares desde los cuales puedan derivar hacia ellas, de cualquier tipo de barométrica, tanto de carácter público como privado", estructurándose un sistema de permisos precarios y revocables, así como un sistema de multas, originalmente bajo la jurisdicción del MTOP (artículos 2º a 5º), actualmente en la competencia del MVOTMA.

Una norma posterior, la Ley Nº 16.688, de 22 de diciembre de 1994, buscó establecer un régimen específico de prevención y vigilancia ante la posible contaminación de las aguas de jurisdicción nacional, proveniente de agentes contaminantes provenientes de buques, aeronaves y artefactos navales (artículo 1º).

Asimismo, creó un denominado "Sistema nacional de control de derrame(s) de contaminantes" (artículo 15 y ss), que gira en torno del Comando General de la Armada y la Prefectura Nacional Naval, además de una participación residual del MTOP, a través de la Dirección Nacional de Hidrografía, en cuanto corresponda a las áreas portuarias bajo su jurisdicción.

La diferenciación de disposiciones no es menor, ya que un derrame será considerado bajo las disposiciones del Código de Aguas o de la Ley de 1994, dependiendo de su origen terrestre o que provengan de fuentes navales, en tanto éste último prevé un régimen de responsabilidad objetiva. (23)

III. LOS SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

A) Antecedentes

El marco legal del agua potable y el saneamiento en nuestro país, se encuentra hasta el momento fragmentado y disperso, no existiendo una norma general en la materia ni una regulación integral en el Código de Aguas, por ejemplo. Aunque tales servicios no escapan al régimen jurídico general reseñado, su regulación específica es altamente dependiente de la estructura orgánica del sector y de los cometidos y facultades de las entidades prestadoras.

Hasta 1952, los servicios de agua potable y alcantarillado eran prestados en Uruguay por (24):

- a) la compañía inglesa The Water Works Limited, que funcionaba desde 1871 con la denominación de Compañía de Aguas Corrientes Limitada y cuyas prestaciones estaban restringidas a la prestación del servicio de agua potable en el departamento de Montevideo;
- b) la Dirección de Saneamiento del Ministerio de Obras Públicas, que era responsable desde 1907 de los servicios de agua potable y alcantarillado en el interior del país; y,
- c) la Intendencia Municipal de Montevideo, que ya en aquel momento era competente en la prestación del servicio de alcantarillado en el departamento.

Con la Ley Nº 11.907, de 19 de diciembre de 1952, se creó la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE), cuyos cometidos principales fueron la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en todo el territorio de la República (literales "a" y "b" del artículo 2º), incorporando el patrimonio adquirido a la Compañía de Aguas Corrientes y los bienes anteriormente afectados a la Dirección de Saneamiento. Sin embargo, la prestación de los servicios de alcantarillado tiene como excepción el departamento de Montevideo, en el cual se mantuvo en la órbita del Gobierno departamental.

B) Obligatoriedad de conexión

Ya a comienzos del siglo XX, la Ley Nº 6.884, de 26 de febrero de 1919, en la redacción dada por la Ley Nº 9.539, de 31 de diciembre de 1931, obligaba a que todo predio que tuviera "edificio o construcción habitable, de cualquier clase que sea, situado con frente a las tuberías de distribución de agua deberá ser conectado con dichas tuberías, mediante una conexión por lo menos".

El artículo 4º de la Ley Nº 10.690, de 20 de diciembre de 1945, declaró obligatoria la construcción de las obras sanitarias interiores para el uso del agua potable y la evacuación de las aguas servidas, así como la conexión de aquellas con las redes exteriores de cloacas y cañerías de distribución de agua, en todo edificio particular, nacional o municipal, por cuyo frente pasara la cañería ya construida o que se construyera en el futuro.

Posteriormente se estableció la obligación de conectar separadamente los vertimientos de cloacales y de pluviales, donde existiera sistema de alcantarillado separativo (Decreto-Ley Nº 14.440, de 14 de octubre de 1975, y, Decreto 216/976, de 22 de abril de 1976).

23. Así lo reconoció el Profesor Jorge Gamarra, en su intervención como Senador de la República, durante la aprobación del proyecto de ley en esa Cámara (Diario de Sesiones de 13 de diciembre de 1994, pág. 581).

24. Análisis Sectorial de Agua Potable y Saneamiento, OPS/OMS, Versión preliminar, 1999, pág. 26

Tales disposiciones fueron complementadas más recientemente, por la Ley Nº 17.555, de 18 de setiembre de 2002 (denominada Ley de Reactivación Económica), que estableció la obligatoriedad de pago de una tarifa para "todas los propietarios que no se conecten a las redes de servicio de saneamiento", así como un plazo de dos años para la conexión y una multa pecuniaria por el incumplimiento; además de otras importantes facultades para OSE.

C) Obligatoriedad de previsión

La Ley Nº 13.493, de 14 de setiembre de 1966, complementaria de la llamada Ley de Centros Poblados (Leyes Nros. 10.723 y 10.866, de 21 de abril y 25 de octubre de 1946), prohíbe la autorización de fraccionamientos por las autoridades competentes (artículo 1º), así como el ofrecimiento de terrenos en nuevos fraccionamientos (artículo 3º), en los cuales no se hubiera previsto el abastecimiento de agua potable.

Para ello, se ha sostenido que los primeros fraccionadores estarían facultados para brindar esos servicios en las áreas fraccionadas, mediante un proyecto que deberá contar con la autorización de OSE.

Sin perjuicio de ello, el artículo 10 de la misma norma establece que en los nuevos fraccionamientos deberá preverse según la determinación que efectúe OSE, las áreas necesarias para el emplazamiento de las instalaciones de agua, las que serán cedidas en forma gratuita en el momento en que dicho organismo lo determine. Creemos nosotros, que la norma sería de aplicación en caso que el servicio de agua potable lo preste directamente OSE.

D) Naturaleza jurídica del servicio

Tradicionalmente, a la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado -por lo menos- se le ha atribuido la naturaleza jurídica de servicio público; es decir, se los ha considerado actividades realizadas por entidades estatales o por su mandato, con el objeto de satisfacer necesidades colectivas esenciales, bajo un régimen de Derecho público.⁽²⁵⁾

El artículo 3º de la Ley de OSE, establece el criterio para la prestación de los servicios de obras sanitarias y los cometidos del organismo, con una orientación fundamentalmente higiénica, "anteponiéndose las razones de orden social a las de orden económico"; aunque el artículo 229 de la Ley Nº 13.737, de 9 de enero de 1969, le otorgó a OSE la calidad de ente comercial o industrial del Estado.

En consecuencia, se ha sostenido que no nos encontraríamos ante actividades libradas al mercado y a su prestación por particulares, sino en el campo de los cometidos propios de las entidades estatales que actúan con exclusividad, salvo las autorizaciones que se otorguen mediante concesiones.⁽²⁶⁾

Así, el artículo 750 de la Ley Nº 16.736, de 5 de enero de 1996, autorizó a OSE, con la previa aprobación del Poder Ejecutivo, a otorgar, bajo el régimen de concesión de obra pública, la realización de obras y la prestación del servicio de saneamiento y de suministro de agua potable en el interior del país. Ya la Ley Nº 16.361, de 26 de abril de 1993, había facultado en el mismo sentido pero puntualmente para el suministro de agua potable y saneamiento al este del arroyo Maldonado.

No obstante, se ha entendido que la Ley de Centros Poblados posibilitó aun antes -en ciertos casos- la existencia de servicios privados de provisión de agua potable, puesto que en fraccionamiento nuevos, se estaría facultado para brindar ese servicio por particulares, mediante un proyecto que deberá contar con la autorización de OSE.

IV. ANÁLISIS INSTITUCIONAL EN LA MATERIA

A) Autoridad nacional de aguas

El Poder Ejecutivo es la autoridad nacional en materia de aguas (artículo 3º del Código de Aguas), correspondiéndole la formulación de las políticas en la materia, el ejercicio de la potestad reglamentaria y aquellas intervenciones de carácter más general o relevante, incluyendo las correspondientes a los servicios de agua potable y saneamiento.

Entre sus principales competencias, le corresponde al Poder Ejecutivo:

- a) La formulación de la política nacional de aguas y su concreción en programas correlacionados e integrados con la programación general del país.

25. Cfm. Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 57).

26. Cfm. Informes varios del Dr. Guillermo Chiribao al Directorio de OSE.

- b) El establecimiento de reservas sobre las aguas del dominio público y aun del privado, así como priorizar los usos de las aguas por regiones, cuencas o partes de ellas, aunque debiéndole asignar la primera prioridad al abastecimiento de agua potable a las poblaciones.
- c) La suspensión del suministro de agua en caso de sequía (artículo 188) y revocar las concesiones (artículo 174) y permisos de uso (artículo 190).
- d) El establecimiento de cánones para el aprovechamiento de las aguas públicas destinadas al riesgo, usos industriales o de otra naturaleza.
- e) El dictado de los reglamentos que específicamente se prevén (artículo 4º, 19, 33, 51, 54, 164, 165 y 167), además de la potestad reglamentaria general (numeral 4º del artículo 168 de la Constitución de la República).
- f) La autorización de las actividades a realizarse en la atmósfera, susceptibles de modificar el régimen pluvial (artículo 23).
- g) La declaración de los ríos y arroyos que deban considerarse navegables o flotables en todo o en parte de su curso (artículo 31).
- h) La clausura temporal o definitiva de un establecimiento comercial o industrial, en caso de infracciones graves o reiteradas a las disposiciones sobre calidad de las aguas (artículo 148).

Para el cumplimiento de los cometidos reseñados, el Poder Ejecutivo podrá actuar mediante el Consejo de Ministros o en acuerdo del Presidente de la República con el o los Ministros respectivos, entre los cuales deberán encontrarse uno o ambos Ministerios competentes a los efectos de la aplicación del Código de Aguas.

En efecto, actualmente revisten esa condición, el MTOP y el MVOTMA; sin perjuicio de las competencias sectoriales específicas o generales pero residuales de otros ministerios y organismos.

B) Ministerio de Transporte y Obras Públicas

El MTOP fue la Secretaría de Estado originalmente designada como "Ministerio competente" a los efectos de la aplicación del Código de Aguas (artículo 201); competencia que actualmente mantiene en cuanto a la gestión cuantitativa del recurso y sus usos. Dadas sus características legales, se trata de una competencia desconcentrada, que ejerce a través de la Dirección Nacional de Hidrografía (DNH).

La organización y cometidos de la DNH, después de la reestructura impulsada en el marco de la llamada Reforma del Estado, surgen del Decreto 90/997, de 18 de marzo de 1997.

Aun considerando las amplias competencias del MTOP, sus facultades sancionatorias se encontraban ciertamente limitadas hasta la aprobación del artículo 251 de la Ley N° 16.320, de 1º de noviembre de 1992 y su reglamentación, por Decreto 123/999, de 28 de abril de 1999.

Esas normas establecen la posibilidad de sancionar con multa de entre 100 y 5000 UR (unidades reajustables) y, acumulativamente, con la caducidad del permiso o concesión de uso, en caso de:

- a) captación y/o uso de aguas de una obra de almacenamiento o la extracción de aguas de ríos, arroyos o lagunas con fines de riego, industrial u otros usos privativos sin permiso, concesión o autorización;
- b) construcción de obras de defensa, encauzamiento o derivación cualquiera sea su finalidad y destino, que produzca la variación o interrupción del escurrimiento natural de las aguas sin la debida aprobación;
- c) otros incumplimientos a las condiciones impuestas en el permiso, concesión o autorización y, en general otras infracciones que refieran a la materia de competencia del MTOP.

C) Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente

Con la creación del MVOTMA, por Ley 16.112 del 30 de mayo de 1990, se transfirieron a la nueva Secretaría de Estado las atribuciones asignadas al "Ministerio competente" por el Código de Aguas, en lo relativo a la calidad de las aguas (especialmente, los artículos 4º, 6º y 144 a 148, según el artículo 457 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990).

Dadas sus características legales, al igual que con relación al otro "Ministerio competente", se trata de competencias desconcentradas, que ejerce a través de la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA). La organización y cometidos de la DINAMA, después de la reestructura impulsada en el marco de la llamada Reforma del Estado, surgen del Decreto 257/997, de 30 de julio de 1997.

Adicionalmente, el artículo 456 de la Ley 16.170 dispuso que en todos los casos en que el "Ministerio competente" designado por el Código de Aguas no fuera el MVOTMA, aquél deberá recabar su opinión

previa, cuando la materia a considerar esté relacionada con la protección del medio ambiente o pudiera provocar efectos en relación al mismo.

En lo que respecta a la aplicación del Decreto 253/979, tal transferencia de competencias operó a partir del Decreto 195/991, de 4 de abril de 1991.

Las medidas que corresponde adoptar al MVOTMA ante la violación de las normas de protección de la calidad de las aguas, son amplias.

Así, puede disponer la suspensión preventiva de aquellas actividades que resultaran presuntamente peligrosas para la calidad de las aguas, mientras se realicen los estudios o trabajos dirigidos a impedir la contaminación; incluso recurriendo a la suspensión de las obras o a la clausura de establecimiento que iniciara las obras o las operaciones de una nueva planta industrial, sin contar con la aprobación del proyecto de la planta de tratamiento de sus efluentes (inciso 3º del artículo 147).⁽²⁷⁾

Sin embargo, el régimen sancionatorio propiamente dicho, no difiere sustancialmente del régimen general en materia ambiental (artículo 6º de la Ley 16.112, complementado por los artículos 15 y 16 de la Ley Nº 17.283)

En lo que específicamente interesa destacar (artículo 147 del Código, en la redacción dada por el artículo 194 de la Ley Nº 15.903, de 10 de noviembre de 1987), consiste en la aplicación de multas graduadas según la gravedad de la infracción (artículo 32 del Decreto 253/979, en la redacción dada por el artículo 1º del Decreto 232/988), entre 10 y 5.000 UIR: aun en forma conjunta, con la caducidad del permiso o concesión de uso de las aguas que se hubiere otorgado al infractor, además de la obligación de recomposición del daño ambiental producido (artículo 4º de la Ley Nº 16.466, de 19 de enero de 1994).⁽²⁸⁾

D) Administración de las Obras Sanitarias del Estado

La Ley Nº 11.907, de 19 de diciembre de 1952 creó la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE), organizada como un servicio descentralizado del entonces Ministerio de Obras Públicas, actualmente sujeto a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo a través del MVOTMA (Decreto 387/990, de 22 de agosto de 1990). A OSE se le cometió la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en todo el territorio de la República (literales "a" y "b" del artículo 2º), aunque respecto de éste último, con excepción del departamento de Montevideo.⁽²⁹⁾

La creación de OSE fue realizada bajo la forma jurídica de servicio descentralizado del entonces Ministerio de Obras Públicas. Su relacionamiento con el Poder Ejecutivo se realizó a través de distintas Secretarías de Estado, según los cambios que se fueron operando en la estructura ministerial; variando en 1974 al Ministerio de Vivienda y Promoción Social y en 1977 al MTOP. Actualmente OSE está sujeto a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo y se relaciona con éste a través del MVOTMA (Decreto 387/990, de 22 de agosto de 1990).

El artículo 3º de la Ley de OSE, estableció el criterio básico con que deben ser prestados sus servicios, disponiendo textualmente que *"la prestación de los servicios de obras sanitarias y los cometidos del organismo, deberán hacerse con una orientación fundamentalmente higiénica, anteponiéndose las razones de orden social a las de orden económico"*⁽³⁰⁾. No obstante, el artículo 229 de la Ley Nº 13.737, de 9 de enero de 1969, le otorgó a OSE la calidad de ente comercial o industrial del Estado, aunque ello solamente determina el procedimiento para la elaboración y aprobación de sus presupuestos (artículo 221 de la Constitución de la República).

La dirección y administración de OSE esta a cargo de un organismo de 3 miembros (numeral 2º de las Disposiciones Transitorias y Especiales de la Constitución de la República, letra "F"), designados por el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros, previa venia de la Cámara de Senadores, tomando en cuenta las condiciones personales, funcionales y técnicas (artículo 187 de la Constitución de la República).

27. Tomando como fuente esta disposición, las facultades del MVOTMA se extendieron a la protección del ambiente en general, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 de la Ley Nº 17.283 (Ley General de Protección del Ambiente).
28. Todo ello, sin perjuicio de la sanción penal que correspondiere cuando el hecho constituyere delito, por envenenamiento o adulteración en forma peligrosa de aguas destinadas a la alimentación pública (artículos 218 y 225 del Código Penal).
29. A esos cometidos principales, la Ley Nº 17.277, de 17 de noviembre de 2000, agregó al artículo 2º, dos literales: el literal "f", para el suministro oneroso de agua sin potabilizar para ser destinada a finalidades diversas del consumo humano, siempre que resulte *excepcional* la disponibilidad necesaria para atender el servicio de agua potable; y, el literal "g", construir y enajenar a título oneroso a terceros dentro y fuera del país, ingenios para la potabilización de aguas y para el tratamiento de efluentes cloacales cuya tecnología de fabricación le pertenezca.
30. Aunque pueda entenderse que con ello se acercan las características de OSE a las de los llamados servicios sociales, no creemos sin embargo, que se cambie sustancialmente su naturaleza de servicio público.

Originalmente la ley le atribuyó a OSE ciertas facultades tanto respecto la disponibilidad como la calidad de los recursos hídricos, al prever que:

- a) sería "parte necesaria" en todas las gestiones que se tramiten para el aprovechamiento de cursos de agua de uso público, aunque reservando la autorización para el aprovechamiento por particulares al Poder Ejecutivo (inciso final del artículo 2º); y,
- b) efectuaría el contralor higiénico de todos los cursos de agua que utilice directa o indirectamente para la prestación de sus servicios (literal "e" del artículo 2º).

Con la aprobación del Código de Aguas, resulta de muy dudosa vigencia la primera de esas facultades, aunque claramente debe sostenerse la vigencia de la segunda. En efecto, cuando el Código estableció las competencias del "Ministerio competente" en calidad de aguas, lo hizo "sin perjuicio de las atribuciones que competen a otros organismos públicos" (inciso 2º del artículo 144).

Es por ello, que el Decreto 253/979 da intervención a OSE -entre otros organismos- para la clasificación de los cuerpos de agua de la Clase 1 (artículo 6º), la autorización de los lanzamientos de efluentes en los mismos (artículo 8º) o a colectores de redes que dependan del instituto (artículo 25), y, la realización de inspecciones y controles, aun respecto de los desagües de líquidos industriales provenientes de procesos industriales (artículo 30).

Debe sin embargo recordarse, que OSE en tanto prestador de los servicios de agua potable y de alcantarillado, puede requerir el aprovechamiento de las aguas del dominio público, así como ser titular de diversos vertimientos a cursos o cuerpos de agua. En tal sentido, OSE debería:

- a) adecuar y amparar sus usos privativos a las disposiciones del Código de Aguas, en especial al régimen de permisos especiales del MTOP (artículo 190); y,
- b) ajustar sus desagües a los estándares previstos en el artículo 11 del Decreto 253/979, conviniendo la ejecución de las obras necesarias en los plazos que se acuerden con el MVOTMA (artículo 22).

E) Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua

Entre las modificaciones más recientes introducidas en el sector del agua potable y el saneamiento, se encuentra la creación de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), por la Ley Nº 17.598, de 13 de diciembre de 2002, como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, con funcionamiento formal en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto prevista por la Constitución de la República.

Sin embargo, esa norma no modifica en modo alguno, el régimen jurídico de las aguas, entendidas como agua bruta o recursos hídricos, ni las atribuciones reseñadas al respecto. Según la exposición de motivos que acompañó al proyecto de ley, la intención del Poder Ejecutivo estaba centrada en la separación de los distintos roles institucionales en el sector, esto es, la fijación de las políticas, la regulación y la actividad empresarial, incluso ejercida por el propio Estado.

Como se ha señalado, "la fijación de las políticas sectoriales corresponde, en el marco de la Constitución de la República, al Poder Ejecutivo, que ejercerá dicha potestad en cualquiera de sus formas de actuación, fundamentalmente en la forma del acuerdo del Presidente de la República con el Ministro respectivo. En el sector del agua, la voluntad del Poder Ejecutivo se conformará con la refrenda del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente".⁽³¹⁾

En lo que aquí importa, se le asigna competencia a la URSEA en las actividades referidas a:

- a) la aducción y distribución de agua potable a través de redes en forma regular o permanente en cuanto se destine total o parcialmente a terceros, y la producción de agua potable, entendida como la captación y tratamiento de agua cruda y su posterior almacenamiento, en cuanto su objeto sea la posterior distribución; y,
- b) la recolección de aguas servidas a través de redes, la evacuación de éstas y su tratamiento, en cuanto sean prestados total o parcialmente a terceros en forma regular o permanente.

Constituyen cometidos generales de la URSEA, incluidos en el artículo 14: controlar el cumplimiento de las normas sectoriales, establecer requisitos para el desarrollo de las actividades reguladas, dictar normas que aseguren el funcionamiento de los servicios, atender reclamos de usuarios respecto a dichos servicios, constituir Tribunal Arbitral para dirimir conflictos entre partes, examinar tarifas, aplicar sanciones, y, prevenir conductas anticompetitivas.

Además, en forma específica para el sector, le corresponde (artículo 15):

- a) Formular regulaciones en materia de calidad y seguridad de los productos y de los servicios así como de los materiales, instalaciones y dispositivos a utilizar.

31. Cristina Vázquez, "URSEA: el rol regulatorio en el sector agua", en Foro del Agua 2003, organizado por la Fundación Centro de la Comunicación, con el apoyo del Global Water Partnership y la DNH, el 3 de abril de 2003, Montevideo.

- b) Determinar reglas y procedimientos técnicos de medición y facturación de los consumos, así como de control y uso de medidores y reconexión de servicios.

La posición institucional asignada a la URSEA, como a otras unidades reguladoras, en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto, parece ciertamente discutible, al no incluirlas administrativamente dentro de las estructuras ministeriales del Poder Ejecutivo, aun con cometidos desconcertados, ni atribuírseles el carácter de ente autónomo o servicio descentralizado. A pesar de las limitaciones propias de cada tipo, esas son las figuras que han sido previstas por la Constitución de República.

F) Otros organismos

Otros órganos u organismos sectoriales poseen competencias específicas de relevancia para el adecuado conocimiento del régimen aplicable a las aguas y a los servicios de agua potable y saneamiento. (32)

1. Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca

Corresponden al Ministerio de Ganadería Agricultura y Pesca (MGAP), algunas atribuciones específicas en cuanto a ciertos usos posibles de las aguas, en aplicación de la llamada Ley de Conservación de Suelos y Aguas (Decreto-Ley Nº 15.239) y su reglamentación (Decreto 284/990), así como de la Ley de Riego (Ley Nº 16.858) en lo pertinente.

Recordemos que las dos primeras normas establecen un conjunto de mecanismos de intervención del MGAP, para prevenir y controlar la erosión y la degradación de los suelos y para la conservación de las aguas pluviales con fines agropecuarios, en especial:

- la determinación y fiscalización de las normas técnicas básicas que deberán aplicarse en el manejo y conservación de suelos y aguas y recuperación de suelos (numerales 5º y 6º del artículo 3º);
- la autorización de los proyectos de riego o drenaje, de forma de asegurar la adecuación de los mismos a la disponibilidad del recurso otorgada por la autoridad competente (artículo 4º).

En tanto, de conformidad con la Ley de Riego, corresponde al MGAP la aprobación del plan de uso de suelos y aguas:

- en forma previa y como requisito indispensable para el otorgamiento de la concesión o del permiso de uso privativo de las aguas del dominio público con destino a riego (numeral 2º del artículo 4º); y,
- concomitante con la autorización del MTOP o del MVOTMA que pudiera corresponder, para la construcción de obras hidráulicas para riego con fines agrarios (artículo 21).

No obstante el amplio régimen general de sanciones aplicables por el MGAP (artículo 285 de la Ley Nº 16.736, de 5 de enero de 1996), incluso remitido por el artículo 6º de la Ley de Riego, la misma prevé la imposición de multas que se graduarán entre 10 y 10.000 UR (artículo 26), conjuntamente con la caducidad de la concesión otorgada.

Las competencias del MGAP en cuanto a la cantidad y calidad de las aguas son ciertamente marginales, y, aun competitivas, en lo que respecta al agua con destino al consumo de las poblaciones. Las mismas son ejercidas a través de la Dirección General de Recursos Naturales Renovables (RENARE), cuya organización y cometidos, después de la reestructura impulsada en el marco de la llamada Reforma del Estado, surgen del Decreto 24/998, de 28 de enero de 1998.

Sin embargo, recordemos que en materia de conservación de las aguas, corresponde al MGAP prevenir y controlar la sedimentación en cursos de agua y en lagos y lagunas, tanto naturales como artificiales (inciso 2º del artículo 1º), facultándolo incluso a "prohibir la realización de determinados cultivos o prácticas de manejo de suelos y aguas en las zonas que corresponda" (numeral 8º del artículo 3º).

2. Ministerio de Salud Pública

Con carácter general, pero también residual, pueden mencionarse las competencias atribuidas al Ministerio de Salud Pública (MSP) por la Ley Nº 9.202, de 12 de enero de 1934 (Ley Orgánica de Salud Pública).

Dicha norma establece como cometido del MSP, "ejercer la policía higiénica de los alimentos y atender y controlar el saneamiento y abastecimiento de agua potable en el país" (numeral 7º del artículo 2º); a cuyos efectos

32. No creemos necesario analizar un Grupo de Trabajo dudosamente denominado "asesor permanente del Poder Ejecutivo" en materia de recursos hídricos, creado por Resolución Nº 178/000, de 16 de febrero de 2000, e integrado por representantes del MTOP y MRREE, y, modificado en dos oportunidades, para incorporar representantes del MIEM y del MVOTMA.

-entre otros- podrá adoptar *"todas las medidas que estime necesario para mantener la salud colectiva (...), dictando los reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial"* (numeral 1º del mismo artículo).

Después de la aprobación del Código de Aguas, puede considerarse ciertamente dudoso que se mantenga la competencia del MSP en materia de saneamiento, pero sí podría decirse que han existido ejemplos recientes del ejercicio de esas facultades en lo que respecta al agua potable. Así, el Decreto 547/992, de 10 de noviembre de 1992, dictado por el *"alerta sanitario ante la aparición del cólera en los países limítrofes"*, estableció para las empresas dedicadas a la limpieza y desinfección de tanques de agua, que deberán estar habilitadas por la División Salud Ambiental del MSP.

No obstante lo expuesto, no se han ubicado otras disposiciones al respecto.

Sin embargo, ante las denuncias de OSE, con referencia a los servicios de agua potable del llamado sistema de Laguna del Sauce, que abastece Punta del Este, dicho Ministerio asumió competencias por resolución del Poder Ejecutivo de 11 de abril de 2002.

Restaría señalar, que de las remisiones del propio Código de Aguas a la autoridad sanitaria, corresponde aquí señalar la del artículo 56; por la que se establece que compete al MSP señalar las aguas medicinales o mineralizadas, determinando la naturaleza de sus aplicaciones terapéuticas o dietéticas y si su uso requerirá vigilancia médica.

3. Gobiernos Departamentales

La Ley Orgánica Municipal (Ley Nº 9.515, de 28 de octubre de 1935) previó, entre los cometidos de los Intendentes Municipales (artículo 35), el de ejercer la policía higiénica y sanitaria de las poblaciones (numeral 24), siendo de su cargo:

- a) *"la desinfección del suelo, del aire, de las aguas y de las ropas de trabajo"* (literal "B");
- b) *"la vigilancia y demás medidas necesarias para evitar la contaminación de las aguas"* (literal «C»);
- c) aunque *«sin perjuicio de la competencia que corresponda a las autoridades nacionales y de acuerdo con las leyes que rigen en la materia»* (inciso 1º del numeral 24).

El Código de Aguas, especificó la existencia de competencias nacionales en calidad de aguas, aunque al establecer las competencias del "Ministerio competente", lo hizo *"sin perjuicio de las atribuciones que competen a otros organismos públicos"* (inciso 2º del artículo 144); dejando subsistentes otras.

A nivel municipal, genéricamente prevé la LOM (numeral 30 del artículo 19, en la redacción dada por el artículo 210 de la Ley Nº 15.851, de 24 de diciembre de 1986), que las transgresiones a los decretos departamentales se sancionarán, en todos los gobiernos departamentales, con multas de hasta 350 UR.

Hasta 70 UR las aplica el Intendente Municipal por resolución propia; las superiores, sólo puede aplicarlas con la autorización del órgano legislativo departamental, otorgada por mayoría absoluta de votos entre las 70 UR y 210 UR o con el voto favorable de los dos tercios de votos del total de componentes para las mayores de 210 UR.

4. Organismos específicos por cursos o cuerpos de agua

En nuestro país existen además, algunos organismos generalmente pluripersonales e interinstitucionales, de muy diverso tipo y jerarquía, a los que se asignan competencias múltiples relacionadas con un curso o cuerpo de agua o con su cuenca; incluso algunas de ellos tienen carácter binacional.

El análisis de los mismos desborda los alcances de este trabajo, pero limitémonos a señalar que los mismos se encuentran lejos de reunir las características de los que la doctrina denomina en el Derecho comparado comisiones o autoridades de cuenca. (33)

33. A. Jouravlev y A. Dourojeanni, *"Gobernabilidad..."*, cit.

CUMPLIMIENTO DE LA LEY COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN: EL USO DE LA FUERZA Y DE LAS ARMAS POR PARTE DE FUNCIONARIOS POLICIALES (*)

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Profesor de Derecho Penal, Universidad de la República
Profesor de Derecho Penal, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. TIPOS PERMISIVOS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. II CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y LEGÍTIMA DEFENSA. III. EL ROL DEL POLICÍA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY. IV. EL USO DE FUERZA Y PARTICULARMENTE DE LAS ARMAS POR PARTE DEL PERSONAL POLICIAL. V. LA PRESUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY A CARGO DE MILITARES CUSTODIOS DEL PERÍMETRO DE UN ESTABLECIMIENTO DE DETENCIÓN. VI. EL DECRETO REGLAMENTARIO N° 110/2002 SOBRE ACTUACIÓN POLICIAL.

I. TIPOS PERMISIVOS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Como es sabido existen normas de permiso y de mandato que autorizan, en ocasiones, la realización de conductas típicas, que por ello pierden la nota de antijuricidad que indiciariamente porta, de regla, la realización del tipo.

En general se denominan "tipos permisivos" a las conductas que el artículo 28 del C.P. engloba bajo el rubro de "cumplimiento de la ley", como tercera causa de justificación, tanto por la realización de "actos permitidos por la ley" atento a la ayuda que le presta a la Justicia, por ejemplo el sujeto que realiza un "arresto ciudadano" en caso de sorprender in fraganti a un delincuente, cuanto por la ejecución de "actos ordenados por la ley" en vista de la profesión a que se dedica el sujeto actuante, como es el caso que nos ocupa ahora respecto de la actuación de funcionarios policiales.

En concreto se sostiene, con total claridad, que la ley no puede al mismo tiempo prohibir y mandar una conducta, porque contra ello se alzan el orden lógico y los postulados unitarios de la juridicidad.

El derecho es uno solo y no puede prohibir y mandar al mismo tiempo, de modo que la conducta mandada no es ilícita, sino legítima, ajustada y querida por el derecho, a cuyo servicio está el que cumple el mandato.

El que cumple un deber realiza una conducta lícita, al punto de ser tan obvio que en algunos Códigos europeos recientes no se incluye esta eximente (como es el caso notorio del derecho penal alemán), por considerarla absolutamente superflua.

El verdugo que ejecuta la sentencia capital de condena dispuesta legalmente por los jueces (en los países en que tal pena es admitida), el soldado que mata en guerra, el policía que detiene a un sospechoso en la forma que determina la ley, no la viola sino que la cumple, actúa justificadamente, en forma totalmente legítima, no hay antijuricidad en su conducta no solo autorizada sino aún mandada realizar por la norma, de forma y modo que en definitiva no realiza un acto criminal, y él mismo, por eso mismo no puede ser calificado como delincuente, sino como servidor público que cumplió con su deber.

(*) Conferencia pronunciada en el Seminario sobre "La policía en el estado de derecho y sus relaciones con el Poder Judicial y el Ministerio Público y Fiscal, en el Paraninfo de la Universidad de la República, el 25 de abril de 2002, especialmente adaptada para su publicación en esta Revista de la Universidad de Montevideo.

Tanto el permiso como el mandato desvanecen el indicio de ilicitud que deriva de la realización de la conducta típica.

En ese caso concreto (y si se dan los elementos objetivos y subjetivos exigidos), la conducta típica no queda desvalorada, atento a que se ha empleado un medio adecuado para la realización de un fin justo, según la clásica fundamentación genérica de todas las causas de justificación que proporcionara en su momento Graff zu Dohna.

Pero en general, como señala CERESO MIR, el fundamento de la justificante especial se halla en el principio del interés preponderante, complementado por la resolución de un verdadero conflicto de deberes, que se soluciona sosteniendo la prevalencia del deber de rango superior, con el límite de la licitud puesto en la gravedad del atentado contra la dignidad de la persona humana que en ningún caso puede justificar la conducta del agente.

Como es evidente, actúe como actúe el policía, en la situación en que se halla, infringirá un deber: el funcional de intervenir actuando o el general de no realizar (de omitir) la acción prohibida, por ejemplo la de lesionar o matar.

Por eso es importante y no superfluo, incluir disposiciones especiales que regulen la actividad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, especialmente de los policías y los militares, de forma de establecer un marco confiable de actuación, tanto para la población en general, cuanto respecto de los funcionarios públicos intervinientes.

El policía que actúa en cumplimiento de la ley cumple con el deber que se le ha impuesto, en ciertas circunstancias, de actuar típicamente, y el que cumple la ley no delinque sino que la honra.

El que cumple un deber actúa lícitamente hasta el límite de la utilización de un ser humano como instrumento al servicio de otra finalidad (por ejemplo ejemplarizante), o hasta que se atente gravemente contra su dignidad, lo que obliga, como indica toda la doctrina, a una interpretación restrictiva de la justificante, sobre la base del principio del respeto a la dignidad de la persona humana, por lo que cada caso debe juzgarse dentro del sistema global de derechos y garantías, que enmarcan y legitiman la actividad estatal.

Por eso la legitimidad de la actuación se enmarca en el sistema global que establece la Constitución de la República, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, las leyes y los reglamentos, y en general todo el orden jurídico nacional.

II. CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y LEGÍTIMA DEFENSA

El cumplimiento de la ley es la causa de justificación por antonomasia al punto de considerarse por muchos como verdaderamente superflua su inclusión dentro del catálogo de las mismas, toda vez que quien cumple con su deber no puede violar la ley.

Pero como contrapartida es si se quiere la más ajustada, ceñida y limitada estrictamente a lo mandado, dependiente en grado sumo de las formalidades exigidas en la actuación administrativa, cuidadosa de no incurrir en desviación o abuso de poder, en no extralimitarse de lo necesario a efectos del cumplimiento de sus deberes específicos, es en definitiva, la más estricta y limitada de las causas de justificación.

La situación es si se quiere todavía más radical que cuando existe un mero permiso, como en la legítima defensa o en el estado de necesidad, sino que en este caso no es que se tolere la realización del supuesto de hecho, sino que la conducta descripta por el tipo es exigida o mandada por la norma.

No es que al soldado meramente se le permita o se le tolere matar, sino que se le exige, en ciertas circunstancias, en general en situación de guerra, dar muerte al enemigo.

Va de suyo que, aunque nosotros, en doctrina dividida, entendemos que el policía, que sigue siendo un individuo de la especie humana, puede legítimamente defenderse de un ataque contra su propia persona, son diferentes los requisitos de uno y otro instituto, apareciendo como mucho más estrictos los del cumplimiento de la ley que los de la legítima defensa y los de las demás causas de justificación.

El que se defiende debe emplear para ello medios racionalmente necesarios para la defensa, lo que no equivale exactamente a medios proporcionales, de forma y modo que, en ciertas circunstancias, que no vamos a detallar ahora, puede, por ejemplo, quitar la vida o atacar la integridad física de alguien para defender su propiedad o su libertad, bienes ontológicamente inferiores a los vulnerados por el defensor.

El agredido en legítima defensa, se ha dicho, puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión.

En cambio, en el caso del cumplimiento de la ley (y en el estado de necesidad), se requiere obligatoriamente la proporcionalidad, y una serie de requisitos que rodean de garantías el actuar de la administración.

En la legítima defensa, enseña JAKOBS, existe espontaneidad en la defensa de un bien, mientras que en el cumplimiento de la ley, hay una preordenación estatal vinculada no tanto a un bien jurídico puesto en riesgo, sino a la necesaria preservación del orden público.

De modo, y en lo que importa sustancialmente ahora, dice, que si el disparo como consecuencia de la actuación policial puede determinar la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad, sólo es admisible en la medida en que se emplee para repeler el peligro para la vida o graves lesiones.

El ciudadano que se defiende puede tener más autorización para intervenir que un agente de policía (en el caso paradigmático puede matar para defender la propiedad), mientras que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no pueden hacerlo de igual modo, sino con requisitos más exigentes, por cuanto su actuación es metódica, preordenada a conservar el orden y la seguridad, y su finalidad es la de preservar la vida de todos los integrantes del conglomerado social, por lo que, quitar la vida es un contrasentido con ese deber genérico de protección que, como cometido esencial, tiene el instituto policial.

Que exista un mandato de la ley que ordena un determinado accionar al funcionario público, por otra parte, es lo que da tanta fuerza a los sostenedores de la teoría del tipo total de injusto, que consideran que, cuando actúan los elementos negativos del tipo, en realidad lo que decae es la nota de tipicidad de la conducta, de forma que no puede decirse siquiera que lo que ha ocurrido es un homicidio justificado, sino que simplemente no hay siquiera conducta típica.

Yo participo de esta opinión, pero reducida a excluir la legítima defensa de terceros por parte del policía (en esta circunstancia actúa en cumplimiento de la ley), y reservo, como dije la posibilidad de legítima defensa, solo a la defensa propia contra ataques realizados en perjuicio del mismo policía (conformes MAURACH-ZIPE, AMELUNG y otros), pues su condición personal no le priva de su naturaleza humana.

La regla es muy clara en nuestro derecho en cuanto a excluir la actuación policial del estado de necesidad, tanto por tener el deber de afrontar el mal, cuanto por actuar en favor de terceros, salvo el caso de los parientes mencionados en el art. 27 C.P., o cuando, fuera del ámbito funcional, se encontrare a sí mismo en estado necesitado (por ejemplo por naufragar la embarcación en que pescaba junto a otras personas).

III. EL ROL DEL POLICÍA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

La regla es que el policía tiene por tarea proteger el Estado de Derecho, y no es posible confundir los roles, de forma y modo que, cuando está actuando en su calidad funcional, no puede alegar legítima defensa o estado de necesidad, sino precisamente cumplimiento de la ley, cuyas exigentes condiciones le imponen una actuación conforme a la finalidad que tiene el monopolio de la fuerza por parte de la autoridad.

Entre las obligaciones del estado policial (art. 34 de la Ley 13.963 de 22.5.71) se encuentran las de defender contra las vías de hecho la libertad, vida, y propiedad de todos los habitantes, mantener el orden público y la seguridad, prevenir y reprimir el delito, y obedecer al superior (literales a), b), y c) art. cit.).

El policía debe defender y no perturbar el orden público, definido (art. 2) como el estado de hecho en el que se realizan los valores de tranquilidad y seguridad públicas", la normalidad de la vida corriente en los lugares públicos y el libre ejercicio de los derechos individuales y de las competencias de las autoridades públicas.

Esto tendrá importantes consecuencias para juzgar con acierto los resultados colaterales de una actuación funcional, por ejemplo víctimas inocentes abatidas durante un tiroteo con criminales, transeúntes embestidos por la patrulla policial que persigue a delincuentes en fuga, daños a la propiedad producidos durante un procedimiento, etc.

Tales actos estarán también "exentos de responsabilidad" solo si resultan ordenados o permitidos por la ley, de forma y modo que todo exceso, resultará también punible, probablemente imputado a dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual según los casos, visto la exclusión del tipo culposo en nuestro derecho en razón de la base objetiva que tiene el grado en nuestro sistema (art. 18 C.P.).

La justificante del cumplimiento de la ley se estructura igual que las demás causales de justificación, en forma compleja exigiéndose desde un punto de vista objetivo el actuar en situación justificante (de cumplimiento de la ley), y subjetivamente, con conocimiento de esa situación objetiva y con voluntad de cumplir la ley actuando "en vista" de las funciones públicas que desempeña.

Cuando se dan incompletas las condiciones objetivas, esto es cuando el sujeto actúa por error en la interpretación de la ley, la responsabilidad queda atenuada (art. 46 No. 3), mientras que si falta el requisito subjetivo, esto es si no actúa con intención de cumplir la ley, sino por cualquier otra razón, no hay ni justificación ni atenuación, sino responsabilidad plena, por actuar fuera del ámbito del permiso o mandato de la ley.

Claro que si el error es sobre los presupuestos de hecho (por ejemplo si abate a una persona, porque cree que ésta le va a disparar, y extrae una cigarrera en vez de un arma del bolsillo), la situación se resuelve conforme a la teoría del error, incurriendo en un error de hecho que exime de pena, porque recayó sobre una circunstancia constitutiva del delito, en la medida en que fuera invencible (art. 22), dejando subsistente la culpa si este grado se imputara (art. 19), y el error fuera vencible (art. 22).

En el caso del empleo de armas por parte de un funcionario policial, el agente bien puede querer actuar conforme a derecho (elemento subjetivo de la justificante), pero hacerlo en forma objetivamente incorrecta, por no estar amparado en realidad por la justificante, por ejemplo por disparar a matar al que fuga inermemente.

Actúa con error: cree estar amparado por el art. 28 y no lo está, porque excedió los parámetros lícitos de actuación, ha actuado fuera del riesgo permitido, ha creado un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico que además se ha concretado en el resultado, lo que mantiene su accionar dentro del campo de la antijuridicidad, si bien el policía que dispara y mata creyendo estar mandatado para ello, puede en definitiva resultar inculpable, incurriendo teóricamente en error de prohibición, y para nuestro sistema en error de hecho (art. 22 C.P.), que deja subsistente la responsabilidad para el que eventualmente hubiera emitido el mandato (art. 25 C.P.), para el que tuvo el dominio del hecho y el poder de disposición.

IV. EL USO DE FUERZA Y PARTICULARMENTE DE LAS ARMAS POR PARTE DEL PERSONAL POLICIAL

Ahora bien: el policía tiene no solo el derecho, sino el deber de portar armas, conforme al art. 35 lit. a) de la ley orgánica policial, que precisamente considera un derecho inherente al estado policial, el "uso del armamento correspondiente a cada grado", y al art. 38, que consagra la permanencia e indivisibilidad de su función, que lo acompaña todos los días y a toda hora.

Como todo funcionario público el policía debe actuar dentro del "haz de jurisdicción", dentro del marco estricto establecido, en una materia que es naturalmente, de reserva exclusiva de la ley.

Por tanto a la pregunta de cuándo cumple la ley el policía, la respuesta es apodíctica: cuando actúa dentro de los márgenes que la ley ha establecido, cuando ésta lo autoriza o le ordena resistir empleando la fuerza, o cualquier tipo de coacción, y obviamente le permite la resistencia armada dándole, en esas circunstancias, la posibilidad de lesionar o de matar.

La regla, hasta ahora no contradicha, uniforme en todo el desarrollo de nuestra civilización, en toda la historia del derecho nacional, conforme además con la mejor doctrina extranjera y con los postulados enunciados reiteradamente por diferentes pronunciamientos de los órganos competentes de las Naciones Unidas, es muy clara: los funcionarios policiales solo tienen derecho a emplear la fuerza (y ni qué hablar de usar las armas de fuego que portan), cuando corra peligro inminente su vida o la de terceros, de forma que se pueden señalar dos normas de actuación complementarias una de la otra y que son:

- a) la resistencia sin armas debe ser dominada sin ellas, y,
- b) **no es lícito disparar al que fuga por ese solo hecho, si la evasión no está acompañada de las vías de hecho a que refiere el art. 34 de la Ley Orgánica Policial.**

Como corolario de estas normas básicas se señalan otras no menos importantes a saber:

- c) Las armas que porta el personal encargado de la vigilancia externa de un establecimiento de detención, tienen por finalidad exclusiva impedir y repeler un ataque armado desde el exterior (para liberar o exterminar a los internos), y evitar una fuga cubierta a mano armada por los encarcelados.
- d) Las deficiencias de la administración en cuanto a la custodia y aseguramiento de los detenidos, no pueden ponerse a cargo de los administrados, (en el caso los reclusos), de forma y modo que es a la autoridad a la que compete tomar las medidas necesarias y eficaces para impedir fugas, sin que su defección en este aspecto modifique en modo alguno los principios y reglas legales que acabamos de señalar.

Los antecedentes nacionales al respecto son muy claros, y a ellos me he referido en otra ocasión, por lo cual ahora solo los menciono al pasar, pues marcan toda una honrosa tradición y son, entre otros la Guía Policial de 1883, el Manual del Agente de Seguridad de 1973 y el art. 2 de la propia Ley de Seguridad y Orden Público 14.068 de 1972, de todos cuyos instrumentos resulta a texto expreso lo que acabo de decir.

El permiso para usar la fuerza es un permiso restringido, que se limita al criterio de la necesidad de su empleo según el caso concreto de que se trate, pero pudiendo decirse en términos generales que su empleo debe ser subsidiario, debiendo preferirse siempre el uso menos agresivo o dañoso, de modo tal que los medios de coacción deben pasar de lo menos a lo más violento, reservándose el uso de armas, como es obvio, como último recurso cuando no pueden utilizarse eficazmente otros medios menos gravosos para el ciudadano y conforme al criterio de la importancia del bien jurídico que se trata de salvaguardar.

El recurso a toda forma de coacción o violencia y a las armas de fuego en particular es una medida extrema, excepcional y de carácter subsidiario, rigiendo plenamente los criterios normativo-valorativos de racionalidad y proporcionalidad, para juzgar con acierto de la corrección o no de lo actuado.

El funcionario policial por su entrenamiento y función está obligado a actuar con prudencia y serenidad, su deber funcional lo obliga, más que a cualquier particular, a afrontar los riesgos propios de la profesión que adoptó.

El art. 5 de la Ley Orgánica Policial en su redacción actual, proveniente de la ley de Seguridad Ciudadana de 1995 (No. 16.707 de 12.6.95) dice que para el logro de sus fines los servicios policiales emplearán, bajo su responsabilidad, medios razonablemente adecuados" y racionalmente oportunos y que además, el personal utilizará las armas y cualquier otro medio material de coacción, en forma racional, progresiva, y proporcional, debiendo agotar antes los medios disuasivos adecuados que estén a su alcance según los casos" (art. 3).

Pero además la ley ha ordenado al Ministerio del Interior que instruya al personal policial siguiendo las pautas contenidas en el Código de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, dado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17.12.79 (inc. 4 art. 5 LOP).

En el art. 2 de este instrumento internacional que forma parte de nuestra ley interior se establece, conforme a todo lo dicho que "en el cumplimiento de sus obligaciones, los oficiales encargados de hacer cumplir la ley, deben respetar y proteger la dignidad humana, y mantener y defender los derechos de todas las personas"; que deben usar la fuerza solo cuando fuere estrictamente necesario y en la extensión requerida para el cumplimiento de sus deberes.

El Estado debe proveer a sus funcionarios de un material diversificado que le permitan una reacción adecuada frente a una variada gama de situaciones, para lo cual deben contar con elementos defensivos o pasivos como cascos, escudos, chalecos antibalas, máscaras de gas, y una variedad de instrumentos agresivos como bastones, balas de goma antidisturbios, carros lanza agua, fusiles que proyecten gases de distinto tipo, y material con potencia de fuego conforme a las necesidades, desde revólveres hasta fusiles de combate, explosivos, granadas etc.

En lo que nos interesa ahora, si lo que se quiere es evitar las fugas de los penales, lo que corresponde es tomar todas las medidas preventivas necesarias para que ello no suceda (es una obligación del Estado proceder de este modo), y, si de todos modos ocurriera el in suceso, lo que debe hacerse, por lo menos en teoría, es proporcionar a los funcionarios encargados del perímetro externo de los elementos que les permitan, sin necesidad de usar las armas de fuego, lograr la recaptura inmediata de los que pretenden fugarse, y ello no parece muy difícil si se provee a los mismos de sistemas de iluminación, alarma y comunicación, que permita una respuesta inmediata ante la detección de una fuga en proceso, para frustrarla.

En definitiva el policía o encargado de la seguridad externa de un penal puede emplear violencias para reducir al interno que pretende fugarse, pero dentro del marco que hemos fijado, no siendo lícito el empleo de las armas, las de fuego en particular, si aquél no emplea las vías de hecho a que se refiere el art. 34 de la LOP.

V. LA PRESUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY A CARGO DE MILITARES CUSTODIOS DEL PERÍMETRO DE UN ESTABLECIMIENTO DE DETENCIÓN

Ahora bien: el art. 77 de la ley de Urgencia 17.243 de 29.6.2000 dispuso que: "se presumirá la existencia de la causal de justificación prevista en el art. 28 del C.F., cumplimiento de la ley, respecto de los actos cumplidos por personal militar asignado a tareas determinadas por el Poder Ejecutivo, de seguridad externa de establecimientos de detención (y otros), cuyo cometimiento estuviere realizado formalmente. Esta presunción regirá siempre que dichos actos se hubieren ejecutado en ocasión del cumplimiento de las funciones, y conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares".

Esta norma respondió a una coyuntura muy especial (de reiteradas fugas y pánico social por ello), así como a la necesidad de liberar funcionarios policiales para sus tareas específicas, suponiéndose que se trataba de disposiciones transitorias, que solo iban a aplicarse durante un corto lapso, en principio durante tres meses, hasta superar la coyuntura que imponía esa solución excepcional (D. 378/97 de 10.10.97; Resolución 883/92 de 17.11.92).

El problema crucial es determinar si esta norma contradice la tradición ya establecida y las reglas a que referimos antes, o no.

Se establece en primer lugar una presunción de carácter refutable, de forma y modo que si bien ampara en principio al funcionario militar actuante, puede luego, mediante la obligación que tiene el representante del Ministerio Público, y sobre todo, en el sistema procesal vigente, el propio Juez, acreditarse que en la especie no

se han dado las circunstancias objetivas o subjetivas que hemos referido antes, que no se actuó en cumplimiento de la ley, y que por el contrario se incurrió en delito, atenuado o no, conforme a la ley.

Se debe tratar de personal militar cometido formalmente a la tarea de seguridad externa de los establecimientos de detención, plataforma fáctica que debe probarse cabalmente y sobre la que se construye la presunción.

En lo sustantivo se requiere que los actos se hayan ejecutado:

- a) en ocasión del cumplimiento de las funciones militares dispuestas, y
- b) conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares

El problema esencial radica entonces en establecer cuales son esas "disposiciones vigentes" aplicables, porque de su análisis surgirá o no la ampliación o modificación de los conceptos que hemos formulado anteriormente.

Pues bien: en principio, y no obstante tratarse de una ley en blanco (en buena medida), hasta donde alcanzan mis conocimientos, no resultarían afectados gravemente los criterios expuestos de excepcionalidad, racionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad, y progresividad que rigen el empleo de la fuerza por parte de la autoridad.

Si bien no se me escapa lo diferente que es la organización militar respecto de la policial, no veo porqué, en tiempos de paz, los principios deban ser diferentes en una u otra situación.

Ello no impide, no obstante, que señale la inconveniencia, solo explicable para un período transitorio y excepcional, de que, para asuntos estrictamente civiles, se emplee personal castrense, con otra formación, orientada a la preservación de la soberanía nacional, en hipótesis de conflictos armados de tipo internacional, o situaciones de peligro extremo interior, naturalmente que fuera del caso de la custodia de un perímetro externo de una cárcel para presos comunes.

El CPM, como es sabido, casi ni menciona las causas de justificación, aplicándose en su caso la norma supletoria del artículo 7 que dice que las disposiciones del Código Penal Ordinario se aplican en todo aquello que no hubiere sido objeto de provisiones especiales en éste.

De lege ferenda ya sostenía BAYARDO la necesidad de contemplar causas de justificación específicas respecto de los militares, atento a la magnitud que tiene en esta esfera el principio de la autoridad y de la disciplina.

Es de esperar por ello, que si bien la ley autoriza por ahora el empleo de militares en la custodia de establecimientos de detención, el Poder Ejecutivo en algún momento cercano retire el cometimiento expreso a que refiere la ley, y disponga la suspensión de este servicio a cargo de la milicia, lo que puede hacer en cualquier momento.

El Código Penal Militar (art. 46) establece como delito contra la vigilancia militar a cargo de los centinelas, la conducta consistente en sustraerse al deber militar, entre otras, por "omisión o infidelidad en el cumplimiento de la consigna", figura que se castiga con 8 meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

De modo que si el centinela, militar asignado a esas tareas de vigilancia, de un perímetro establecido como militar, debe actuar como lo indiquen los reglamentos militares o conforme a las órdenes recibidas, so pena de incurrir en delito, lo que refuerza extremadamente su deber de actuar.

Con lo que tenemos que debe acatar el Reglamento No. 21 que no le permite disparar a matar sin antes formular claramente la advertencia de identificación hasta por tres veces, exigiendo la contraseña, o cumplir las órdenes, lo que hace emigrar la situación del art. 28 al 29 del C.P., planteando difíciles problemas en cuanto a determinar cual es el estatuto aplicable en este caso.

La ley no presume la obediencia debida ante un mandato particular, sino el cumplimiento en general de la ley impersonal. Pero que cumpla o no la ley, no impide, a mi juicio, en un segundo nivel de análisis, que se estudie si actuó o no en situación de obediencia debida, lo que se vino a complicar aún más en razón del Decreto 110 de 22.3.2002, pues bien puede ocurrir que el funcionario actuante quede exento de responsabilidad, sin perjuicio de que permanezca incólume la del "hombre de atrás", del que tuvo el poder de disposición (art. 60 inc. 2), del que indujo en error (art. 25 inc. 1).

VI. EL DECRETO REGLAMENTARIO Nº 110/2002 SOBRE ACTUACIÓN POLICIAL

El D. 110/02 pretende reglamentar el art. 5 de la LOP respecto del accionar de la guardia policial de los perímetros carcelarios, para "precisar en forma clara la misión y forma de proceder del funcionario en tales circunstancias", y sin mencionar para nada el art. 77 de la ley de Urgencia, por vía reglamentaria, extiende a

los funcionarios policiales lo establecido en ésta norma legal, para los militares encargados de igual tarea, conforme vimos con anterioridad.

El art. 1 del D. 110/02 realiza una combinación entre el art. 5 inc. 3 de la LOM (según Ley de Seguridad), y el art. 77 de la ley 17.243/00, que transcribe a la letra.

Luego de decir que "en la guardia perimetral de los Establecimientos carcelarios" los policías (como en cualquier otra situación y lugar) "utilizarán las armas y cualquier otro medio material de coacción en forma racional, progresiva y proporcional, debiendo agotar antes los mecanismos de disuasión adecuados que estén a su alcance" (art. 5 LOP), agrega (de la ley de Urgencia y *mutatis mutandi*) un segundo párrafo, que dice que "estos actos se deberán ejecutar en ocasión del cumplimiento de sus funciones, y conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad de instalaciones policiales".

Con la particularidad en este caso, de que las "disposiciones vigentes" resultan ser las que establece acto seguido el art. 2 del Reglamento, que a mi juicio se apodera de un asunto que es reserva de la ley.

En efecto, so pretexto de reglamentar el art. 5 de la LOP, el art. 2 del D. 110/02 en realidad dispone, ordena, manda con carácter general, al personal policial una cierta forma de actuación, con lo que el asunto deriva, a mi juicio, no ya en el cumplimiento o no de la ley, sino en la obediencia a un mandato de la máxima autoridad, pues deriva directamente del Poder Ejecutivo.

Este art. dispone que: "El guardia policial que esté apostado en el perímetro de los Establecimientos Carcelarios deberá cumplir para el buen desempeño de su misión, ante un intento de fuga o actividad anormal en el entorno, con los siguientes procedimientos:

- se dará la voz de ALTO y solicitud de identificación, en forma enérgica y clara
- de no acatarse la misma, se repetirá con la advertencia de que se hará uso del arma de fuego
- en caso de persistir en la actitud, se efectuarán dos disparos al aire con fines intimidatorios
- y si aún así la persona sospechosa continuara con su intención de fugarse se le disparará a los fines de su detención efectiva

Se asimila sin más la actitud del policía a la del centinela militar que guarda un perímetro de tal carácter, refiriéndose en general a la fuga de prisioneros, pero refiriendo además a la "actividad anormal en el entorno" términos y situaciones que ni por asomo describe el Reglamento, no pudiendo saberse a ciencia cierta a qué tipo de actividad se refiere la disposición.

Claro que podría aducirse que como la actividad anormal no es la de fugarse, y la autorización para dispararle a los fines de su detención está prevista solo para el que fuga, el policía jamás podría disparar contra alguien que realice una actividad anormal, cualquiera sea el concepto que de ella se tenga, diferente de la evasión.

Este Reglamento genera verdadera preocupación en el ámbito doctrinario, porque no está reglamentando la LOP, sino que está estableciendo ex novo un nuevo régimen de actuación policial, de gran trascendencia, que modifica una larga tradición durante la cual se había establecido bastante seguramente que no era lícito disparar contra alguien que fugara, (hay que recordar que la auto evasión no violenta no está considerada un acto criminal, excepto en la hipótesis de no regreso de una salida transitoria), agregándose ahora la posibilidad de interpretar que también se puede disparar contra el que realiza una actividad "anormal" en el "entorno" de un establecimiento de detención, actividad que seguramente no tiene que ser ni siquiera de naturaleza criminal.

Dicen MUÑOZ CONDE- GARCIA ARAN que "una reglamentación administrativa no puede justificar abusos de poder o arbitrariedades de las autoridades".

Conforme a lo establecido por este Decreto puede resultar muerto un individuo que no resiste a mano armada, y aun alguien que ni siquiera trata de quebrantar un estado de privación de libertad previamente dispuesta por autoridad competente (en el caso de estar en actitud sospechosa en el entorno).

Es de destacar que, al cabo de las advertencias verbales y de los disparos al aire, el Decreto no le deja al funcionario ninguna otra conducta alternativa menos violenta, pues ordena clara e imperativamente que en esos casos "se le disparará" a efectos de lograr su detención.

Este Reglamento (y el art. 77 de la Ley de Urgencia respecto de la milicia, así como la interpretación permisiva que le ha dado hasta ahora la Justicia, por interpretación del M. Público, no cuestionada por los Jueces actuantes, que se sepa), pueden llevar a los funcionarios involucrados a la falsa creencia de que sus acciones son legítimas, y aún a la convicción de que están actuando bajo órdenes de la máxima autoridad, como en el caso de los policías indudablemente lo es un Reglamento dictado por el Presidente de la República en acuerdo con su Ministro del Interior, lo que puede hacer emigrar esta cuestión del cumplimiento de la ley a la figura del art. 29 de obediencia al superior.

No se ha pretendido por el Reglamento que la asimilación evidente que hace entre militares y policías, suponga una presunción relativa a favor de éstos del cumplimiento de la ley, pero hace preceptivo un proce-

dimiento previo al disparo, de difícil constatación y prueba en los hechos, y altamente inconveniente, porque no parece cumplir con los requisitos de excepcionalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, racionalidad y progresividad que deben presidir el empleo de la fuerza por parte de la autoridad.

De todos modos, si lo que se quiere es dar una autorización para lesionar o matar en ciertas circunstancias, modificando la tradición nacional mencionada antes, me parece que la vía única para hacerlo, salvaguardando esenciales principios de seguridad y certeza jurídica, es a través de la ley y no por Decretos reglamentarios que solo pueden dar lugar a confusión y a inseguridad tanto de la población en general cuanto de los funcionarios policiales propiamente dichos.

Esto se podría hacer francamente, diciendo las cosas nítidamente, como se hizo en la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4.11.50 (art. 2 apartado 2), que determinó que no se considera homicidio la muerte producida para "detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente".

La población tiene derecho a conocer con anticipación, claramente, que puede esperar de su policía y los funcionarios tienen el suyo de conocer sus obligaciones y derechos, de forma que todos sepan sin lugar a dudas si se puede o no disparar al que fuga sin emplear violencia, o incluso al que realice "actividades anormales en el entorno" de un Establecimiento Penitenciario.

Por ahora diré que el policía que actúe conforme al Decreto no se halla en situación de cumplimiento de la ley, porque el C.P. se refiere a la ley propiamente dicha, la emanada del Parlamento Nacional, y no hay ninguna ley que, por ahora (con la excepción relativa del art. 77 de la Ley de Urgencia), le ordene o le permita lesionar o herir (ni disparar), en las circunstancias a que refiere el Decreto, que se transforma por esta vía en una orden genérica, emanada de autoridad competente para darla, dispuesta sobre personal sometido a jerarquía, y que tiene la obligación de cumplirla, lo que nos coloca más bien en las hipótesis del art. 29 del C.P., y no en las del art. 28, (aunque la relación entre ambas es de género a especie), con todo lo que ello significa y que mencionamos más arriba en cuanto al error, y la responsabilidad final, por parte de quien tuvo dominio del hecho, que puedan derivarse de las conductas realizadas por el subordinado.

Este Decreto es desafortunado, crea enormes problemas interpretativos y un gran riesgo social, atento a los intereses fundamentales que puede afectar (la integridad física, la vida), deseducar a la población y confundir y puede inducir en error a los funcionarios, por lo que entendemos que sería conveniente su derogación, sometiendo en todo caso las inquietudes que de él se desprenden, y que lo fundamentaron, a la majestad de la ley, estándose a lo que ésta decida.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO POR EL DERECHO PENAL

PEDRO J. MONTANO GÓMEZ

Profesor Agregado de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la República

SUMARIO

I. EL PORQUÉ DEL TEMA. II. ¿QUÉ ES LA DIGNIDAD HUMANA? III. ¿ACASO TODO EL DERECHO PENAL NO TIENE YA COMO OBJETIVO TUTELAR LA DIGNIDAD HUMANA? IV. ¿POR QUÉ EL TEMA DEBE SER TRATADO HOY? V. PROPUESTA.

I. EL PORQUÉ DEL TEMA

Muchos son los Tratados internacionales, las Constituciones y los ordenamientos penales que hacen referencia a la dignidad humana.

La Constitución alemana comienza precisamente con ese concepto, sin embargo no existen desarrollos penales directamente relevantes en Alemania.¹

Muchas veces se confunde el valor dignidad humana con especies del mismo. Se ha entendido en ocasiones como protección del honor, aunque los atentados contra el mismo suelen reservarse, aplicando el principio de mínima intervención al campo civil. En el caso de la violación, en jurisdicciones como la española, se ha abandonado el término del honor, para hablar en estos supuestos de delitos contra la libertad sexual. Honor, libertad sexual, aparecen como concreciones o síntomas de la dignidad humana, pero no se identifican con ella.

Es un concepto unificador y ese es uno de sus grandes méritos. Prácticamente todo el mundo está de acuerdo en que debe ser protegida y garantizada por los ordenamientos jurídicos. Inclusive puede considerarse la finalidad toda del Derecho.

Sin embargo, existen dos dificultades al respecto: a) parecería un concepto que, por su indeterminación carece de un significado concreto; es un tanto inasible y b) en los hechos y en el derecho, se le contradice.

Los momentos actuales son los de máximo ensalzamiento verbal y documental de la dignidad humana. El descubrimiento de los derechos humanos o fundamentales supuso ríos de tinta. Presenciamos una exaltación sin precedentes de la dignidad personal.

Pero las contradicciones son muy grandes. Así por ejemplo suele invocársela en el ámbito de los pacientes terminales. Los partidarios de la eutanasia activa se fundan, entre otros, en el argumento del derecho que tiene toda persona a una muerte digna². Los que se oponen a ella también se basan en el principio inquebrantable de la intangible dignidad del sujeto y de la vida humana. La dignidad humana serviría tanto como fundamento para el deber de respeto al hombre, así como para legitimar su destrucción.³

1 Art. 1o.: «(1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.

2 Por ej. Humphry, Derek «Dying with dignity. Understanding Euthanasia», 1992.

3 Ley holandesa de 30.11.93 y propuesta de recomendación europea de la Comisión de Medio Ambiente de 30.4.91 sobre asistencia a pacientes terminales, además de USA donde la Natural Death Act de California figura como la más antigua (1976).

Ejemplos similares podrían citarse con respecto a la manipulación y destrucción de embriones humanos⁴, a prácticas eugenésicas, a las maternidades de alquiler, al aborto, a la fecundación artificial, a la comercialización de tejidos fetales, a la clonación, etc.

Evidentemente hay una pérdida de unidad en cuanto al concepto de dignidad humana.

¿Cuáles son las razones que determinan esta paradoja?

El «cientificismo» parece explicarla en parte. Es indudable que la ciencia constituye una de las principales fuerzas configuradoras de la presente civilización. La tecnolatría niega a la ciencia toda importancia como saber, y hace derivar su grandeza, exclusivamente de sus aplicaciones prácticas. El saber es, sin embargo, un valor tan importante que encuentra su justificación en sí mismo, con independencia absoluta de cualquier utilidad posterior. Pero, hoy parecería que la única justificación de un saber consiste en la posibilidad que brinda de manipulación. De aquí que todo lo que no «sirva para», todo lo «no-relativo» a un determinado provecho o aplicación -como los valores absolutos de amistad, amor y dignidad- se transforman en sinsentidos. La cultura ni siquiera busca comprenderlos porque precisamente no imagina «para qué pueden servir»⁵, en un mundo que ve su único fin en organizar lo más científicamente posible el bienestar subjetivo, al decir del filósofo alemán Robert SPAEMANN⁶ quien incluso debió replantear que el fin no justifica los medios⁷.

Consecuencia de esta desviación es el reduccionismo que plantea. Lo que hoy denominamos «ciencia» representaría el único conocimiento válido para el hombre, o el prejuicio de que no existe otra realidad más que la aprehensible merced a instrumentos y procedimientos «científicos».

La dignidad humana no es objeto exclusivo de las ciencias positivas

Desde luego, si queremos saber si la dignidad humana merece ser una categoría tutelada por el Derecho Penal, debemos definirla, intentando superar los obstáculos señalados.

II. ¿QUÉ ES LA DIGNIDAD HUMANA?

No hay más remedio que acudir a la metafísica para poder fundamentar radicalmente el valor absoluto de la persona.⁸

Dignidad es bondad por sí misma; utilidad, bondad *para* otra cosa⁹. Es la superioridad o elevación en la bondad y, a su vez, la interioridad o profundidad de semejante realeza¹⁰. Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encumbramiento correlativos a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como *autónomo*: que se apoya o sustenta en sí mismo. Es sinónimo de «majestad» y de «realeza».

Se dice que una persona actúa con dignidad cuando sus operaciones no parecen poner en juego el núcleo constitutivo de su propio ser. No busca apoyo en exterioridades inconsistentes, ni las requiere.

Hay virtudes que, como la templanza, el desprendimiento de los bienes materiales, reflejan inmediatamente la idea de dignidad.

Como se ve, la «dignidad» es la bondad superior correspondiente a lo absoluto, a lo que es un fin en sí mismo, con independencia total de cualquier «uso» utilitario o gratificador.

La dignidad de la persona humana se manifiesta en la capacidad de captar la verdad en cuanto tal, de aprehender y querer lo bueno en sí y de apreciar y construir lo bello.

Esa independencia a la que referimos en el plano ontológico también se aprecia en el plano ético: el hombre es digno porque es libre.

Ello supone que sólo el ser humano puede dirigirse por sí mismo hacia su propia meta y, también, que puede determinar la dirección de toda su existencia: tiene capacidad para dirigirse a su fin último.

Los animales, más que moverse son movidos. Por ejemplo, en presencia del agua un perro sediento no tiene otra opción que la de calmar su sed. Al contrario, el hombre hambriento o sediento puede decidir, por razones de la más diversa índole, aplazar el momento en que esas apetencias fisiológicas sean satisfechas. Y como algo similar sucede en las distintas circunstancias que configuran su existencia, cabe afirmar que el

4 La Recomendación Europea Nro. 1.046 de 24.9.86 establece en su considerando 10o. que «el embrión y el feto humanos deben beneficiarse en toda circunstancia del respeto debido a la dignidad humana». Sin embargo su título reza «Recomendación para el uso de embriones y fetos humanos con propósitos diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales» (sic).

5 Descartes propuso sustituir la «ciencia para conocer» por la «ciencia para manipular» y agregaba que «la conservación de la salud es, sin duda, el primer bien y el fundamento de los demás bienes de esta vida» (sic). Cit. por MELENDO, Tomás «Dignidad humana y libertad en la bioética» in «Cuadernos de Bioética», Grupo de Investigación de Bioética de Santiago de Compostela, Nros. 17 y 18 pág. 63 y ss.

6 Cit. por MELENDO, op. cit., pág. 66.

7 SPAEMANN, Robert «La perversa teoría del fin bueno» in Frankfurter Allgemeine Zeitung (Bilder und Zeiten) (23.X.199).

8 CARDONA Carlos, in «Filosofía y Cristianismo (en el centenario de Heidegger)», Espiritu, 1990, 39, 17-18.

9 TOMAS DE AQUINO, in III Sent., d.35.q.1, q.4, sol.1.

10 San Agustín, Ennar. in Ps., 145, 5.

hombre goza de un cabal dominio sobre los actos que han de conducirlo a sus distintos objetivos¹¹. En cierta forma, es su propio modelador y creador.

Pero de ninguna manera lo ético de un comportamiento puede sustentarse de manera exclusiva sobre la libertad de una decisión, cuando esa libertad se entienda como mera capacidad formal de elegir. La dignidad humana va mucho más allá del simple arbitrio. También supone, sobre todo, la prerrogativa admirable de dirigirse, a través de semejantes elecciones, hacia su propia plenitud y perfección. Eliminado el fin, todo lo que queda es vano, dice la filosofía clásica. Por eso, si a través de sus opciones el hombre no gozara del poder de construirse, la necesidad de elegir acabaría por mostrarse más que como un privilegio, como una condena.

En realidad, la cuestión es más profunda. La libertad es expresión de la dignidad humana en cuanto refleja una modalidad superior de ser. La dignidad humana radica en la superioridad del «ser-personal» del hombre¹².

Decíamos que los animales, más que moverse, son movidos por el objeto que atrae sus instintos¹³. Esas realidades infrapersonales como los animales, también obran, con una actividad real y efectiva, pero no propiamente «desde sí». Su actividad es una especie de continuación. Un momento transitorio en el ejercicio del universo físico considerado en su conjunto. El hombre, en cambio, goza de un especial señorío sobre las operaciones. Obra desde sí mismo. Es principio de buena parte de su dinamismo externo e interno. Y en los ámbitos superiores de su operatividad actúa en sentido más propio «desde sí» porque toma la iniciativa, se convierte en actor radical de su propia existencia. Es innovador; es «creador», confiere el ser a semejantes actividades y en esa medida, de manera participada, las crea. Por eso se ha dicho que su libertad es una cierta «creatividad participada». Esto indica que posee un ser especial.

Su independencia en el obrar cuando es autor innovador, no puede ser explicada más que a través de una independencia de su ser. Lo que es «causa» se refleja de manera participada en su «consecuencia»: el obrar sigue al ser. Por eso la libertad es sólo un índice de la innegable grandeza de la persona humana, pero no su causa o fundamento definitivos, sino su ser. Como dice DEL BARCO, «ningún hombre está privado de dignidad. Toda existencia humana sobre la tierra ... representa la irrupción en la historia de una novedad radical, la presencia de una excelencia de «ser» superior a la de cualquier otro ente observable.»¹⁴

Todo lo que suponga relativizar el ser humano en función de su eficacia económica o laboral, o de lo que produce, o de la belleza de cuerpo o plenitud física o psíquica, o por la autoconciencia de la propia personalidad, o el ejercicio de las facultades intelectuales, serán a lo sumo síntomas de su ser. Sólo en la posesión de un acto personal de ser radica cabal e íntegramente la insondable realeza del sujeto humano¹⁵.

Por eso, aun en los casos más extremos y desesperados en que el entendimiento y la voluntad libre se encontraran definitivamente anulados, cualquier otro indicio que nos permitiera descubrir la presencia de un ser personal -como la simple figura humana naturalmente animada o la continuidad de desarrollo entre el individuo recién concebido y la persona adulta- resultaría más que suficiente para obligarnos a tratarlo con el máximo respeto.

Así, el matemático no deja de serlo cuando duerme sin pensar en el objeto de su ciencia, ni cuando despierto, piensa en otras cosas.

Las capacidades no se confunden con su actualización, de la misma manera que la capacidad de enseñar un saber es realmente distinta de cualquier acto efectivo de enseñarlo, y no se pierde por no estar siendo actualizada en tal o cual ocasión.

El ser humano contiene un principio interno de despliegue que, efectiva y realmente, dirige y determina su evolución posterior.

En el caso del embrión humano que en ese desarrollo dependa también de causas extrínsecas, no elimina en absoluto su individualidad y su pertenencia a sí, ya que esa relativa falta de autonomía no es cualitativamente diferente de la que se establece entre el neonato y su entorno o, incluso, entre las personas adultas y el ámbito que las rodea. En todo caso, cabría establecer una diferencia de grado, pero no esencial.

El término «persona», al que se halla indisolublemente aparejada la idea de dignidad, se ha escogido para subrayar que el hombre no se deja encerrar en la noción de 'individuo de la especie', que hay en él algo más, una plenitud y una perfección de ser particulares, que no se pueden expresar más que empleando la palabra «persona». Se encuentra «des-ligada» por elevación, de la propia especie a la que pertenece. Por eso se dice que es «un ab-soluto»¹⁶: trasciende sus componentes materiales y los eleva hasta el rango de lo personal en

11 MELENDO Tomás. in AAVV «Manual de Bioética General», Rialp, Madrid, págs.59-70, en esp.60.

12 MELENDO, op. cit., pág.69.

13 «Magis aguntur quam agunt».

14 DEL BARCO, José Luis in «Bioética y dignidad humana», Rialp, Madrid, 1992, pág. 24.

15 MELENDO, op. cit., pág.73.

16 El prefijo «ab» en el sentido de la lengua latina: «a partir de», «originado en».

lugar de quedar condicionado por ellos y se destaca ontológicamente de los demás integrantes de su propia especie.

Así como un diamante o una obra de arte gozan de valor por sí mismos, porque constituyen ejemplares únicos en su especie, el hombre también lo tiene. Toda persona se configura como una realidad única e irrepetible y, por tanto, en el sentido más estricto del término, como algo insustituible.

Recordemos su capacidad innovadora, creadora, su tajante *novedad de ser* que introduce en el universo un valor tan sublime e incondicionado, tan categórico, tan intrínsecamente incommutable, que no puede ser sustituido o su pérdida justificada ni siquiera por el conjunto íntegro de todas las restantes personas que han existido, existen y existirán a lo largo de la historia.

Por eso la cantidad no cuenta para nada. El criterio acumulativo tiene su campo de aplicación en el reino de las cosas, donde en verdad, el número resulta concluyente. Pero es del todo irrelevante en los dominios estrictos de la más alta cualidad, que son los de los valores absolutos, los de aquellas realidades cuya magnificencia es tal que no puede ser derivada ni de su subordinación a otros ni de su conjunción con ellos.

De ahí que la persona no pueda ser sacrificada contra su voluntad aun cuando de su sacrificio dependa el bien de muchos. Ni que pueda ser objeto de **experimentación** cuando no lo consiente y aun consintiéndolo dentro de los límites que le depara la ética. Tampoco una persona puede ser utilizada, sin su consentimiento, como un «banco de repuestos orgánicos» para poder dar vida a otros.

Porque el ser humano propiamente no tiene un cuerpo, sino que *lo es*. Su cuerpo goza, por participación, de la misma dignidad constitutiva que corresponde al alma que es por donde le viene su «ser-personal».

Además de esa dignidad que corresponde al plano ontológico, cabe hablar de una dignidad añadida, complementaria o más precisamente «moral». Es una nobleza ulterior, derivada del propio carácter libre del hombre, de su índole de realidad incompleta, pero dotada de la capacidad de conducirse a sí misma a su *perfección definitiva, a ser «más persona»*.

Definido lo que entendemos por dignidad humana, veremos cómo se le puede tratar a través del Derecho Penal.

III. ¿ACASO TODO EL DERECHO PENAL NO TIENE YA COMO OBJETIVO TUTELAR LA DIGNIDAD HUMANA?

En realidad no carecen de razón quienes dicen que todo el Derecho Penal debe tender a la protección de la dignidad humana.

La jurisprudencia constitucional alemana sobre el art. 1º de la norma fundamental ya citada, ha sostenido en diversas ocasiones que la dignidad constituye el **valor supremo constitucional**, aunque la obligación de protegerla no implica necesariamente la intervención penal, que debe reservarse para las violaciones más graves.

A) Algunos sostienen que es un principio claro limitante del propio poder punitivo del Estado

La jurisprudencia alemana por ejemplo, tiene dicho que existe «un determinado núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público». Este núcleo es inviolable y está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana. Un hecho grave y materialmente antijurídico *no puede ser permitido ni exigido*, como tampoco pueden sancionarse con pena acciones que se mantengan dentro del marco de libertad tradicional en nuestro ámbito de cultura. Es pues un verdadero **límite de derecho natural**¹⁷.

La sujeción a los tratados internacionales impone un límite al poder punitivo como expresión positiva precisamente de ese límite¹⁸.

En el sentido más amplio se puede argumentar que la dignidad humana constituye la base de los derechos humanos y el límite último de la acción estatal. De esta manera en el delito de tortura, la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos han desarrollado una vasta jurisprudencia en relación al **delito de**

17 Puede citarse a PODLECH Adalbert, quien reflexiona sobre la significación metajurídica de lo dicho en relación al art. 1o. de la Constitución alemana en relación con el derecho natural. Dicha norma tendría las siguientes funciones: instrumental o interpretativa; constitutiva o base de los principios jurídicos, y declarativa. «Die Grundrechte. Art. 1 Abs. 1 in «Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vol. 1, Luchterhand, Neuwied, págs. 199-224, 1989. Cfr. GEDDERT-STEINACHER, Tatjana «Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1». Grundgesetz. Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

18 En nuestro ámbito latinoamericano la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica es un claro ejemplo.

tortura y otros tratos inhumanos o degradantes. Muchos de los casos se refieren al tratamiento de los terroristas sospechosos por parte de las autoridades británicas. Junto a los terroristas, hoy puede pensarse también en los sospechosos por delitos sexuales o narcotráfico, estos últimos son el foco en los Estados Unidos especialmente, de la llamada «guerra contra las drogas», o «guerra contra el terrorismo», donde parecen olvidarse los principios garantistas penales¹⁹. Por ello, algunos criminólogos y penalistas vienen recordando que estas personas están protegidas por su dignidad humana de los abusos de poder. La dignidad humana constituye, para todos, una nueva relación ciudadano-Estado, que implica el respeto de una serie de garantías como puede ser la obtención de pruebas en la esfera del derecho procesal²⁰.

B) Dentro de los principios que rigen la política criminal que animan la construcción del Derecho Penal, también la dignidad humana cobra especial relieve

Estos principios son el de culpabilidad, el de Estado de Derecho y el de humanidad.

El de culpabilidad reconoce expresamente la naturaleza humana como portadora del don de la libertad y, consiguientemente, de la carga de la responsabilidad.

Dentro del segundo, en sentido formal, se distingue aquellos elementos llamados a albergar la seguridad jurídica como: la no retroactividad de la ley penal, la claridad en la redacción de las disposiciones, la previsibilidad del Derecho, el predominio y exclusividad de la ley y del juez penal. Desde el punto de vista material este principio determina cómo ha de construirse un Derecho Penal para que corresponda al ideal de un Estado justo. *Para eso debe partirse de la protección de la dignidad humana como norma fundamental de todo el sistema de valores.*

El principio de humanidad impone que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de la responsabilidad social hacia el delincuente -sin negar su libertad como hombre- y de una decidida voluntad de recuperación del condenado²¹. Este aporte de la Escuela de Von Liszt suele estar también contemplado en las Constituciones y se ha convertido sobre todo en el principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad²². En consecuencia se prohíben expresamente la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, aboliendo, en general, la pena de muerte²³.

Dentro de la penología se ha evolucionado hacia penas más humanas, reconociendo la dignidad del delincuente. No obstante, siguen existiendo en determinados países penas que son consideradas degradantes por parte de organizaciones como Amnistía Internacional, y la misma ejecución de la pena privativa de libertad provoca toda una serie de críticas ante la situación de las cárceles, denunciada por ejemplo, por la organización Observatorio Internacional de Prisiones²⁴.

C) Sin embargo, es desde el punto de vista de las víctimas donde debe reivindicarse una importancia creciente de la intervención penal para tutelar la dignidad humana. Esto condice con la evolución que lleva en la actualidad a profundizar los estudios de victimología para hacer que el Derecho Penal también se ocupe de ellas²⁵.

Si bien el objeto del Derecho Penal es el mantenimiento de la paz pública para permitir la convivencia en sociedad, ésta no será posible si no hay confianza en un sistema jurídico justo. *Y no puede concebirse un ordenamiento justo en el cual no se tomen en cuenta los derechos de quienes resultan perjudicados por las transgresiones al mismo.* No afirmo con esto la «esencia» resarcitoria del Derecho Penal pero sí un aspecto de éste que hace precisamente a lo que sí es de su esencia en cuanto ordenamiento que debe ser justo.

19 Cfr. Patriot's Act, noviembre 2001.

20 Cfr. KUHNE, Hans-Heiner, «Strafprozessuale Beweerverbote und art. 1» I Grundgesetz, Carl Heymanns, Colonia, 1970. MENDOZA TROCONIS, J.R. «El proceso penal y la persona humana», in «Ciencias Penales». Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Nro. 8, 24-32, 1994 y MARTINEZ RINCONES, J.F. «El proceso penal y la persona humana» in «Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Mérida» (Venezuela), n.16, p.169-183, 1992.

21 Especial importancia reviste la corriente denominada de la «Défense Sociale», con Marc Ancel a la cabeza, que considera que el mantenimiento de la paz jurídica y la reinserción social del condenado constituyen las metas esenciales del Derecho Penal.

22 Las leyes penitenciarias y las constituciones suelen contener disposiciones que imponen tratar al recluso humanamente, con el respeto que le corresponde por su dignidad como persona (por ej. Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 19.12.66, art. 10 I).

23 Por ej. el art. 15 de la Constitución española. En el Uruguay la disposición está en el art. 26 de la Constitución y la ley penitenciaria DL. 14.470 de 11.12.75.

24 BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías «Criminología y dignidad humana», 2a. ed., Depalma, Bs. Aires, 1991. También PODLECH, op. cit., págs. 199-224. SCHORN, Hubert «Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren», Luchterhand, Neuwied especialmente p. 20-1, 1963. RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord) «Cárcel y derechos humanos», Ed. Bosch, 1992.

25 AAVV «Victims and Criminal Justice», Max-Planck-Institut, Freiburg im Br., 4 tomos, 1991 donde en su conjunto se da cuenta de este vuelco hacia la víctima.

Parece haber acuerdo en que se afecta la dignidad de la víctima en caso de **crímenes contra la humanidad** que son aquellas infracciones graves de las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad) realizadas por motivos relativos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Característico de estos delitos es que suelen realizarse al amparo del poder estatal. Pero aquí parece ser que se toma en cuenta a la persona en tanto integrante de un grupo, como si se despersonalizara o se perdiera en el conjunto, cuando en realidad al producirse este tipo de ataques hay sujetos concretos que resultan afectados en derechos especialmente importantes. Suelen referirse a bienes jurídicos como la integridad corporal, la libertad de movimiento, el patrimonio, el honor y la esfera íntima. Son bienes vitales para la comunidad pero que se realizan en personas concretas. Hacen posible la dignidad humana por lo que a menudo se garantizan incluso a nivel constitucional y se regulan como indisponibles²⁶.

Esos bienes jurídicos están ya protegidos, quizás podría discutirse si lo están de manera suficiente. Pero no es el motivo de este trabajo.

IV. ¿POR QUÉ EL TEMA DEBE SER TRATADO HOY?

Interesa sí demostrar que existen **bienes jurídicos que tienen hoy otras expresiones, o que se enfrentan a nuevos riesgos**, y que requieren de un pronunciamiento penal para evitar avasallamientos no ya del propio Derecho Penal -que más bien peca por indiferente-, sino de agresiones provenientes por parte de sujetos de derecho público -el mismo Estado quizás- o privado -especialmente bajo la forma de personas jurídicas-.

Son nuevos riesgos en cuanto a su naturaleza y también en cuanto a su magnitud.

Por ejemplo es notorio que hoy en día la **intimidad** de una persona puede verse menoscabada si se utiliza de manera indebida la información de un banco de datos informatizado. El sujeto brindó información relativa a su persona para un determinado fin, pongamos por ejemplo un sistema de salud. Sin embargo, de manera inescrupulosa esa información, en algunos aspectos confidencial, pasa de mano en mano, en cuestión de segundos, con fines totalmente distintos, movidos por intereses que van desde el comercio hasta la política.

Esa información, expuesta de esta forma al público, un público cada vez mayor e indeterminado por la informatización y el enorme desarrollo de los medios de comunicación, deja de ser precisamente íntima. La dignidad de la persona se ha visto afectada. Por eso existen ordenamientos que tienen disposiciones que sancionan este tipo de conductas²⁷. Pero en los otros, quizás hay que acudir a las viejas disposiciones del Código Penal que regulan la *difamación*, teniendo en cuenta que puede verse agravada la responsabilidad del sujeto por haber utilizado... la imprenta²⁸.

El vacío exige recurrir a interpretaciones extensivas, riesgosas en sistema del Derecho Penal liberal, o dejar impunes tales situaciones, o esperar a que se dicten disposiciones específicas, lo que suele ser muy lento.

Precisamente esta **lentitud** en el ámbito de los derechos fundamentales de la personalidad, en el de la protección de la dignidad humana, es inadmisibles porque mientras tanto se producen daños muy importantes por el tipo de bien jurídico afectado y por el número de éstos.

Baste pensar en el ejemplo propuesto, que con la simple entrega de un disquete -de apenas 9 centímetros de lado, copiado en poquísimos segundos, de escásimo valor material, de tamaño adecuado al bolsillo y muy liviano- puede exponerse la intimidad de muchísimas personas, de una vez, y en cuestión de segundos.

Precisamente es en el ámbito de las **aplicaciones tecnológicas** donde pueden darse estas agresiones no tipificadas.

Los adelantos de la ciencia son tan rápidos que no se puede pretender que el Derecho Penal los acompañe. La velocidad de los desarrollos en tecnología informática, por ejemplo, hace que ningún sector del Derecho, por su mismo proceso de formación, esté en condiciones de seguir.

A su vez, las **necesidades científicas** suponen hoy en día intromisiones impensadas, o pensadas como imposibles.

26 Recientemente, estos delitos han sido incluidos en el estatuto de la Corte Penal Internacional como delitos de especial gravedad. También es el caso del artículo 7° de la Constitución uruguaya, aunque no se menciona expresamente el término dignidad humana queda explicitada en la abundante enumeración de derechos y garantías de la sección y en el art. 72.

27 Entre otros, el caso de Suecia, Alemania (DSchG), Francia (L. 88-19 de 5.1.88). Puede verse una reseña de derecho comparado en un trabajo mío sobre informática e intimidad publicado en «Primeras Jornadas Nacionales de Derecho e Informática», Montevideo, Banco Central, 1988.

28 En el Uruguay debemos acudir a la ley 16.099 de 4.12.89 llamada ley de prensa que también refiere a otros medios de comunicación. De todos modos no es lo mismo que el ejemplo propuesto.

Así el desarrollo de la industria de anticonceptivos y abortivos exige el estudio -y la utilización para experimentación- de **embriones humanos**. También, con el proceso de FIVET, de dudosa eficacia, se destruyen, directa e indirectamente, los embriones sobrantes.

En el plano jurídico estamos aún discutiendo en nuestros países latinoamericanos si se admite o no el aborto. Se suelen invocar las extremas situaciones como la de la madre sin dinero, violada y débil mental que deberá dar a luz. Sin embargo, estamos dejando de lado una parte de la realidad en la cual se destruyen embriones humanos a una escala muy superior.

Podría citarse otras situaciones como el trasplante de corteza cerebral de embriones humanos para intentar curar el parkinson, o simplemente su empleo con destinos industriales o comerciales que van desde la industria cosmética hasta la posibilidad de obtener órganos para trasplantes²⁹.

Las recientes leyes francesas de 29.7.94 sobre el respeto al cuerpo humano y la utilización de elementos y productos del cuerpo contienen la friolera de, al menos, **15 nuevos tipos penales** que tutelan distintos bienes jurídicos como precisamente el de la **identidad, el patrimonio genético, la integridad, la vida del embrión, y la misma especie humana**. Sin embargo estas leyes ya han tenido tres modificaciones.

En enero de 1991 entró en vigor la ley de protección de los embriones humanos en Alemania. Fundamentalmente es una ley penal. Crea unos ocho tipos penales.

En mayo de 1993 el Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de la ley que permitía el aborto en Alemania, recuperando su valor las antiguas disposiciones que lo penalizaban. Pero en 1995 se legalizó el aborto con consejo obligatorio previo.

Recientemente el Parlamento italiano ha sancionado una ley bastante más protectora del embrión humano ante las nuevas tecnologías de la procreación humana³⁰.

Ouiere decir que el **Derecho Penal está reaccionando** pero lentamente. Y también es previsible que aparezcan fenómenos similares cada vez en mayor cantidad y con mayor rapidez que le exigen sucesivas adaptaciones. Piénsese por ejemplo en la clonación humana.

Pero no sólo la tecnología influye en esta cuestión. Los derechos fundamentales, los derechos humanos esenciales, si bien son naturales y por lo tanto no pueden ser «creados» por el Derecho, pueden ser descubiertos en expresiones nuevas. Hay como una especie de afinamiento, de sensibilización del Derecho, a medida que se avanza en el conocimiento del ser humano y de sus necesidades.

La ecología puede ser un buen ejemplo. Antes la destrucción de un bien de la Naturaleza podía quedar encartado meramente en el delito de daño o algunos delitos específicos como el de envenenamiento de aguas para el caso del bien jurídico salud pública o el de incendio o estrago para el caso de la seguridad pública³¹.

Hoy ya nadie duda de que la destrucción de bosques o la contaminación de ríos tienen un alcance distinto, propio, autónomo, porque la Naturaleza es un bien jurídico digno de tutela, independientemente de la relación de propiedad o de la salud o de la seguridad públicas.

Lo mismo sucede con la guerra y con la pena de muerte. Se da en muchos estratos de la opinión pública una nueva sensibilidad hacia ellas, tendiente a la proscripción.

Desde luego que la combinación de las consecuencias de la aplicación de la tecnología con ese afinamiento en la apreciación de los derechos de la dignidad humana es posible. En algunos casos la aparición de nuevos medios tecnológicos hará descubrir precisamente nuevas facetas a los derechos humanos fundamentales. Incluso algunos derechos humanos cambiarán de categoría y ascenderán a la de «fundamentales»³².

V. PROPUESTA

Esa evolución debe ser captada de manera inmediata por el Derecho Penal.

Como ley posible, de futuro y aunque parezca audaz, podría pensarse en un tipo penal cuyo bien jurídico tutelado sea precisamente la dignidad humana y, también una agravante genérica cuando sea afectada a través de otros tipos que anteponen o especifican otro bien jurídico que la concreta.

«Los actos u omisiones que produzcan un menoscabo de la dignidad de la víctima serán castigados con una pena de En caso de quedar comprendidos por otro tipo penal no serán castigados por este delito, aunque según la gravedad de las consecuencias padecidas por la víctima en su dignidad podrá incrementarse la pena de a»

29 Cfr. nota 5.

30 Aprobada por la Cámara de Representantes en junio de 2002.

31 Arts. 206 y 207 del Código Penal Uruguayo (CPU).

32 En general, el proceso inverso no se produce.

Es un delito de daño que requiere propiamente un detrimento, un menoscabo, una afectación de la dignidad de la víctima. Puede ser cometido por acción o por omisión.

La prudencia del juez determinará si se produjo un menoscabo de la dignidad de la víctima. Este debe ser importante, porque si no, no se respeta el principio de lesividad.

A los efectos de ayudar al juez a determinar mejor el concepto de dignidad humana es posible, como vimos en el apartado 2, dotarla de un contenido y significado concretos. La crítica a la vaguedad o indeterminación de la expresión "dignidad humana" debe superarse con construcciones doctrinarias que la expliciten, como hemos intentado hacer, para no caer en *tipos abiertos*. La confianza en los sistemas judiciales de países con democracias cada vez más asentadas, hace posible apoyarse más en la tarea imparcial y prudente de los jueces sin que llegue a ser discrecionalidad.

La dignidad humana es aquel ámbito de mayor interioridad, autonomía y profundidad del sujeto. Porque en cuanto persona está dotada de razón y libertad que le permiten dirigir su vida hacia un fin último. Allí se muestra en tanto creador, como consecuencia de ese acto de ser especial, personal, que le caracteriza, y que le hace ajeno a todo criterio de cuantificación (es único) y a la relativización del ser humano a otro, o en función de otros criterios (su eficacia económica o laboral, o de lo que produce, o de la belleza de su cuerpo o plenitud física o psíquica, o por la autoconciencia de su propia personalidad, o el ejercicio de sus facultades intelectuales).

Otros bienes jurídicos hoy considerados consolidados y criticados también por su vaguedad, como el *honor*, han requerido un largo trecho para su determinación a través de un proceso normativo precedido seguramente de mucha tarea doctrinal y jurisprudencial³³. De modo que en un campo esencial como el de la dignidad humana, con mayor razón, no habrán de ser escatimados los esfuerzos, para definir su contenido y evitar así la crítica a los tipos abiertos.

FERRAJOLI, retrinéndose a los derechos sociales también denuncia esta carencia y dice análogamente que «Hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho», a veces, aplastando al ser humano más débil en su más propia expresión, que es la dignidad³⁴.

No basta poner atención hacia el condenado, hacia el agresor injusto. ¿Cuánto más no habrá que atender a la situación de los más indefensos e inocentes como el enfermo moribundo y el niño por nacer?

Se trata de impregnar de un nuevo humanismo este tema y dejar de lado el resultado nefasto de un relativismo que predomina incontrovertible porque el «Derecho» dejará de ser tal si no está fundamentado sólidamente en la inviolable dignidad de la persona, porque así lo exige la Justicia.

Tenemos que impedir que la democracia, a pesar de sus reglas, vaya por un camino de totalitarismo fundamental³⁵, que «se resuelve en la reproducción de formas neo-absolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos»³⁶. Que la vida del más débil quede en manos del más fuerte supone perder el sentido de justicia en la sociedad y se mina en la raíz la confianza recíproca, fundamento de toda relación auténtica de las personas.

En definitiva, se trata del ordenamiento jurídico del Derecho o «derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos»³⁷.

Reivindicar el aborto, el infanticidio, la eutanasia y las intervenciones no terapéuticas en el genoma humano, o la clonación, como «derechos» y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un significado inicuo: el de un poder absoluto sobre los demás y contra los demás³⁸.

33 Me refiero a conceptos como el de salud pública, el del honor, el de libertad religiosa, el medio ambiente, etc.

34 FERRAJOLI, Luigi «Derechos y garantías. La ley del más débil», Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 30. Es sugestivo el título de esta recopilación.

35 «*Evangelium Vitae*», Encíclica de Juan Pablo II de 25.3.95, n. 20.

36 FERRAJOLI, Op. cit., pág. 17.

37 *Ibidem*, pág. 19.

38 Y no pocas veces la afectación de recursos públicos que supongan la asistencia segura y gratuita de médicos y agentes sanitarios.

«Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política; vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que, y de lo indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones»³⁹.

Hay que llamar a las cosas por su nombre. La defensa de la dignidad humana es como un tiro por elevación que pretende llevar la discusión a un ámbito más profundo, en términos más reales, desprovistos de los apasionamientos y problemas terminológicos que hoy la comprometen.

Parafraseando a DWORKIN, cuando dice que hay que «*tomar los derechos en serio*», hay que «*tomar la dignidad humana en serio*» y no simplemente como un slogan político, o una frase hecha. Es imperativo reconocerle existencia real y carácter normativo vinculante, con las consecuencias que de ello se derivan. Entre otras, una mayor conciencia en el ejercicio de la función legislativa. En este contexto, el legislador no puede ser «*un productor de humo*»; la dignidad humana a que refieren los grandes instrumentos internacionales debe salir de la retórica jurídica, para insertarse eficazmente en el orden jurídico de cada nación⁴⁰.

39 FERRAJOLI, op. cit., pág. 24.

40 Cfr. op. cit., pág. 12, en prólogo de Perfecto Andrés Ibañez.

EL DERECHO DE RECESO: CINCO LUSTROS DESPUÉS

RICARDO OLIVERA GARCÍA

Profesor de Derecho Comercial y Bancario, Universidad de Montevideo
Decano Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ORIGEN DEL DERECHO DE RECESO. III. EVOLUCIÓN DEL RECESO EN EL DERECHO COMPARADO. IV. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA URUGUAYA. V. EXPANSIÓN DEL DERECHO DE RECESO. VI. EL RECESO EN CASOS DE AUMENTO DE CAPITAL. VII. EL RECESO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS. VIII. LA CUESTIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES. IX. VALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL RECEDENTE. X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 26 de abril de 1977, el jurado integrado por los profesores Miguel U. Rocca, José A. Ferro Astray y Carlos E. Payssé decidió por unanimidad conceder el "Premio Rodolfo Mezzera Alvarez" al ensayo jurídico sobre el tema "Reforma de estatutos de sociedades anónimas y derecho de receso" que bajo el seudónimo de Papiniano presentamos al referido concurso.

La obra, publicada el mismo año, bajo el mismo título, por Editorial Acali, representó nuestro primer trabajo édito en materia de Derecho Comercial y el comienzo de nuestra carrera científica en esta disciplina.

La actualidad del tema analizado en esa obra estaba dada por la aprobación del decreto-ley N^o 14.548 de 29 de julio de 1976, el cual modificaba el régimen vigente en materia de reforma de estatutos de sociedades anónimas y derecho de receso, que había sido establecido por la ley N^o 3.545 de 19 de julio de 1909.

Más de cinco lustros han pasado a partir de la publicación de este trabajo, durante los cuales el instituto del derecho de receso experimentó importantes variaciones normativas y doctrinarias, tanto en el derecho nacional como extranjero.

Por otra parte, el ejercicio profesional en materia mercantil, que recién comenzábamos entonces, nos ha enfrentado a nuevas experiencias y dilemas que enriquecieron nuestra formación, permitiéndonos la identificación y el análisis de problemas que no éramos capaces de percibir en los comienzos de nuestra carrera científica.

Es por esta razón que, ya cumplidas las "bodas de plata" de ésta, nuestra primera obra, nos parece oportuno detenernos nuevamente en el interesante instituto del derecho de receso, a los efectos de analizar el estado de su presente evolución y compartir algunas de las reflexiones que el mismo nos merece.

II. EL ORIGEN DEL DERECHO DE RECESO

El nacimiento del derecho de receso se encuentra íntimamente vinculado al proceso de reinstitucionalización de la sociedad anónima, luego de superado el fugaz periodo contractualista instaurado por el *Code de Commerce* de 1807, que dejó empero como legado un profundo prejuicio doctrinario, que aún hoy perdura.

La pretensión del codificador napoleónico de incluir a las sociedades anónimas dentro del capítulo de las sociedades comerciales, definidas legalmente como contratos, condenaba a las mismas a una rigidez e

EL DERECHO DE RECESO: CINCO LUSTROS DESPUÉS

RICARDO OLIVERA GARCÍA

Profesor de Derecho Comercial y Bancario, Universidad de Montevideo
Decano Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ORIGEN DEL DERECHO DE RECESO. III. EVOLUCIÓN DEL RECESO EN EL DERECHO COMPARADO. IV. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA URUGUAYA. V. EXPANSIÓN DEL DERECHO DE RECESO. VI. EL RECESO EN CASOS DE AUMENTO DE CAPITAL. VII. EL RECESO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS. VIII. LA CUESTIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES. IX. VALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL RECEDENTE. X. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 26 de abril de 1977, el jurado integrado por los profesores Miguel U. Rocca, José A. Ferro Astray y Carlos E. Payssé decidió por unanimidad conceder el "Premio Rodolfo Mezzera Alvarez" al ensayo jurídico sobre el tema "Reforma de estatutos de sociedades anónimas y derecho de receso" que bajo el seudónimo de Papiniano presentamos al referido concurso.

La obra, publicada el mismo año, bajo el mismo título, por Editorial Acali, representó nuestro primer trabajo édito en materia de Derecho Comercial y el comienzo de nuestra carrera científica en esta disciplina.

La actualidad del tema analizado en esa obra estaba dada por la aprobación del decreto-ley Nº 14.548 de 29 de julio de 1976, el cual modificaba el régimen vigente en materia de reforma de estatutos de sociedades anónimas y derecho de receso, que había sido establecido por la ley Nº 3.545 de 19 de julio de 1909.

Más de cinco lustros han pasado a partir de la publicación de este trabajo, durante los cuales el instituto del derecho de receso experimentó importantes variaciones normativas y doctrinarias, tanto en el derecho nacional como extranjero.

Por otra parte, el ejercicio profesional en materia mercantil, que recién comenzábamos entonces, nos ha enfrentado a nuevas experiencias y dilemas que enriquecieron nuestra formación, permitiéndonos la identificación y el análisis de problemas que no éramos capaces de percibir en los comienzos de nuestra carrera científica.

Es por esta razón que, ya cumplidas las "bodas de plata" de ésta, nuestra primera obra, nos parezca oportuno detenernos nuevamente en el interesante instituto del derecho de receso, a los efectos de analizar el estado de su presente evolución y compartir algunas de las reflexiones que el mismo nos merece.

II. EL ORIGEN DEL DERECHO DE RECESO

El nacimiento del derecho de receso se encuentra íntimamente vinculado al proceso de reinstitucionalización de la sociedad anónima, luego de superado el fugaz período contractualista instaurado por el *Code de Commerce* de 1807, que dejó empero como legado un profundo prejuicio doctrinario, que aún hoy perdura.

La pretensión del codificador napoleónico de incluir a las sociedades anónimas dentro del capítulo de las sociedades comerciales, definidas legalmente como contratos, condenaba a las mismas a una rigidez e

intangibilidad de sus estatutos incompatible con las necesidades del tráfico. El criterio contractualista del código francés determinaba, como necesaria consecuencia, que cualquier reforma de los estatutos sociales requiriera del consentimiento de todos los socios¹.

El hecho contractualista duró poco tiempo. La ley de 24 de julio de 1867 dispuso que las asambleas que habrían de deliberar sobre la modificación de los estatutos sociales, la prórroga o la disolución anticipada de la sociedad no estarían regularmente constituidas y no deliberarían válidamente salvo que estuvieran compuestas por accionistas que representaran por lo menos la mitad del capital social (art. 31). Sobre la base de esta ley, alguna jurisprudencia comenzó a realizar una interpretación extensiva de la norma, sosteniendo la competencia de la junta general para resolver por mayoría cualquier modificación estatutaria, hasta que el 30 de mayo de 1892, la *Chambre Civile* de la Corte de Casación, como solución transaccional, elaboró la teoría de las bases esenciales de la sociedad, las que sólo podían ser modificadas mediante el consentimiento unánime de los socios, mientras que las bases accesorias o secundarias podían ser modificadas por acuerdo mayoritario. El camino estaba abierto: sendas reformas legislativas de 16 de noviembre de 1903 y 22 de noviembre de 1913 terminaron de consolidar la competencia de la asamblea de accionistas para resolver cualquier modificación estatutaria.

El proceso alemán fue mucho más rápido que el francés. El Código de Comercio alemán de 1861 (*ADHGB*) preveía ya la competencia de la asamblea de socios de resolver la reforma de los estatutos por el voto de la mayoría (par. 215), aun cuando, por influencia del pensamiento contractualista, se le sujetaba a la condición de que los estatutos hubieran consentido previa y expresamente esta modificación. Con la ley de 18 de julio de 1884 —de análogo contenido que la ley francesa de 1867— se abandonó definitivamente la teoría de la inmodificabilidad estatutaria².

Sin embargo, correspondió a la doctrina y a la ley italiana introducir en este contexto el novedoso instituto del derecho de receso. Ya bajo la vigencia del *Codice di Commercio* de 1865, de clara influencia francesa, existían discrepancias en la doctrina respecto a la posibilidad de modificación de los estatutos sociales por decisión mayoritaria. Pero fue el *Codice di Commercio* de 1882 el que rompió definitivamente con el contractualismo societario, estableciendo el principio de la sumisión de todos los accionistas a la voluntad de la mayoría y la facultad de ésta de modificar los estatutos. Como contrapartida del reconocimiento de este principio cardinal para el funcionamiento societario, introdujo el derecho de separación o receso del accionista disconforme con tales decisiones mayoritarias.

La solución específica acuñada por la doctrina italiana y recogida en el *Codice* de 1882 fue la de otorgar derecho de separación o de receso al accionista disconforme con modificaciones estatutarias de especial trascendencia para la sociedad. El art. 158 otorgaba derecho de separación a los accionistas disidentes en los casos de aumento o reintegración del capital social, cambio del objeto de la sociedad, fusión con otras sociedades, y prórroga de la duración de la sociedad.

Comentando esta disposición, expresaba el maestro Vivante³: "*considero il recesso come un rimedio introdotto per ragioni di ordine pubblico a difesa degli azionisti; come un rimedio, come un freno posto al fianco del diritto sconfinato concesso alla maggioranza*".

El derecho de receso aparece entonces como la respuesta normativa italiana al desarrollo francés y alemán del principio mayoritario en la reforma de estatutos de las anónimas.

El derecho uruguayo experimentó también —aunque diferido en el tiempo— esta evolución en la definición conceptual de la sociedad anónima. El Código de Comercio uruguayo consagraba a texto expreso el principio del consentimiento unánime como requisito para la reforma de los estatutos de las sociedades anónimas (art. 473)⁴. En 1909 resulta aprobada la ley N° 3.545, la cual introduce el principio mayoritario en la reforma de estatutos de las anónimas y, como contrapartida, el derecho de receso.

1 Este criterio fue sostenido en forma expresa por el Tribunal de Casación francés en sentencia del 14 de febrero de 1853. Vé. THALLER, *Traité général de Droit Commercial*, 2ª ed., Paris, 1926, t. III, pág. 88 y ss.; RIPERT, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, trad. De Solá Cañizares, Paris/Buenos Aires, 1964, t. II, pág. 518-519.

2 Vé. LEHMANN, *Das Recht der Aktiengesellschaften*, Aalen, 1964, pág. 473.

3 VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, 3ª edición, Milano, vol. II, pág. 313.

4 El artículo 473 del Código de Comercio disponía en su inciso primero: "La mayoría de los socios si no hay estipulación en contrario, no tiene facultad de variar ni modificar las convenciones sociales, ni pueden entrar en operaciones diversas de las determinadas en el contrato, sin el consentimiento unánime de todos los socios".

III. EVOLUCIÓN DEL RECESO EN EL DERECHO COMPARADO

La solución italiana tuvo discreta acogida en el derecho comparado. Consignaba en 1963 el prestigioso comparatista español Felipe De Solá Cañizares que el derecho de receso era solamente recogido por las legislaciones de Argentina, Brasil, Dinamarca, España, Filipinas, Italia, Japón, Nicaragua, Noruega, Paraguay, Suecia, Uruguay y Venezuela ⁵.

Incluso en Italia, se aprobaron diversas leyes que modificaron, establecieron excepciones y suspendieron la aplicación del régimen de *Codice di Commercio* ⁶, al punto que el *Codice Civile* de 1942 (art. 2437) redujo el receso a proporciones muy modestas, previéndolo solamente en los casos de cambio de objeto o del tipo de la sociedad, y de traslado de la sede social al extranjero ⁷. Las restricciones al derecho de receso impuestas por la legislación italiana –cuna del instituto– en su *Codice Civile* obedecieron a los malos resultados obtenidos con su aplicación, ya que se prestaba a favorecer actividades de accionistas de la minoría que trataban de recuperar sus aportaciones, con posible perjuicio económico para la sociedad ⁸.

Las objeciones realizadas al instituto del derecho de receso motivaron que, aun en los países que lo mantuvieron, se produjo una clara tendencia legislativa a reducir los supuestos de aplicación del mismo.

La paulatina reducción de la extensión original del receso ha sido consignada por la doctrina española ⁹, al fundamentar la restrictiva aplicación en materia de derecho de receso contenida en la ley de sociedades anónimas de 1951, la cual lo limitaba exclusivamente a los casos de cambio del objeto social (art. 85) ¹⁰.

Sin embargo, todo hace pensar que los últimos años están marcando un resurgimiento del derecho de receso.

En Alemania, donde las leyes de sociedades anónimas de 1937 (art. 52) y 1965 (art. 157) habían excluido expresamente el derecho de receso, la nueva *Umwandlungsgesetz* (Ley de modificaciones estructurales), contenida en la *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts* de 28 de octubre de 1994, reconoce a los socios disidentes el derecho a abandonar voluntariamente la sociedad en los casos de fusión heterogénea, o incluso entre sociedades del mismo tipo cuando las acciones o participaciones de la sociedad absorbente tengan restringidas su transmisibilidad (par. 29), escisión (par. 125), cesión o transmisión patrimonial (par. 176, 178, 180 y 188) y transformación (par. 207).

En Italia, la ley N^o 149/1992 de 18 de febrero de 1992 reconoce el derecho de receso del accionista de una sociedad cuyos títulos cotizan en bolsa, cuanto estén disconformes con el acuerdo de fusión de la que resulte una sociedad cuyas acciones no coticen en bolsa (art. 13).

En España, la ley N^o 19/1989 de 25 de julio de 1989 en materia de sociedades anónimas –que modificó la ley de 1951, incorporando al régimen español las directivas comunitarias– mantiene la hipótesis de receso en caso de modificación del objeto social (art. 147), agregando los casos de cambio de domicilio social para transferirlo al extranjero (art. 149) y de transformación de la sociedad anónima en colectiva o comanditaria (art. 225). Por su parte, la ley N^o 2/1995 de 23 de marzo de 1995, en materia de sociedades de responsabilidad limitada, extiende el derecho de receso a este tipo social, consagrando un sistema más amplio que el vigente para las anónimas. Esta ley reconoce las siguientes causales de receso (art. 95): sustitución del objeto social, traslado del domicilio al extranjero, modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, prórroga o reactivación de la sociedad, transformación de la sociedad, y creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias.

En Portugal, el *Código das Sociedades Comerciais* (decreto-ley N^o 262/1986 de 2 de setiembre de 1986, con importantes modificaciones en 1995 y 1996) regula el derecho de receso para las sociedades de responsabilidad limitada, previendo su ejercicio en los siguientes casos: aumento de capital a ser suscrito total o parcialmente por terceros, cambio del objeto social, transferencia de la sede social al extranjero, reactivación de la sociedad disuelta, no exclusión de un socio existiendo justa causa (art. 240). El receso aparece también regulado en la parte general de la ley (aplicable a todos los tipos sociales) en los casos de fusión (art. 105), escisión (art. 120) y transformación de la sociedad (art. 137).

5 DE SOLA CAÑIZARES, *Derecho Comercial Comparado*, Barcelona, 1963, t. III, pág. 349.

6 FRÉ (*Sul diritto di receso*, Riv. Dir. Comm., 1933, I, págs. 635 y ss, y 732 y ss.) detalla las modificaciones introducidas al régimen del *Codice di Commercio* por leyes de 1923, 1925, 1930, 1931, 1932 y 1933.

7 Vé. BRUNETTI, *Treatado del Derecho de las Sociedades*, trad. De Solá Cañizares, Buenos Aires, 1960, t. II, págs. 534-535.

8 BRUNETTI, loc. cit.

9 Vé. GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, de Garrigues y Uría, 3^a edición, Madrid, 1976, t. II, págs. 252-253.

10 Vé. BROSETA PONT, *Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la Ley española de sociedades anónimas*, Estudios Jurídicos en Homenaje de Joaquín Garrigues, Madrid, 1971, pág. 45 y ss.

En Brasil, la reforma a la *Lei de Sociedades por Ações* N° 6.404 de 15 de diciembre de 1976, introducida por las leyes N° 9.457 de 5 de mayo de 1997 y N° 10.303 de 31 de octubre de 2001, consolidan las normas de derecho de receso, otorgando el mismo en los siguientes casos (art. 137): creación de acciones preferentes o aumento de la clase de acciones preferentes existentes, sin que se mantenga la proporción con las demás especies y clases; alteración de las preferencias, ventajas y condiciones de rescate o amortización en una o más clases de acciones preferentes, o creación de una nueva clase más favorecida; reducción del dividendo obligatorio; fusión o incorporación de la compañía en otra; participación en un grupo de sociedades; cambio de objeto; y escisión de la sociedad. Mantiene además las causales de receso previstas en la ley original.

En los Estados Unidos de América, el derecho de receso (*shareholder's appraisal right*) aparece como una creación jurisprudencial producto del progresivo abandono, a fines del siglo XIX, de la regla de que los cambios de importancia en las sociedades anónimas, como las fusiones y las ventas de la totalidad de los activos sociales requerían el consentimiento unánime de los accionistas¹¹. Ante esta circunstancia, los tribunales entendieron que una forma de evitar los litigios por parte de los accionistas disidentes con la decisión mayoritaria era asegurar a los mismos la posibilidad de separarse de la sociedad, recibiendo de la misma el valor de su participación social (*cash exit at fair value*)¹². La legislación incorporó luego este derecho y en 1927 por lo menos 20 Estados habían adoptado ya esta figura¹³.

Durante el siglo XX, el derecho de receso perdió gran parte de su importancia, siendo escasa la jurisprudencia en esta materia. No obstante, los últimos años se han caracterizado por un resurgir del instituto¹⁴, siendo elocuente el hecho de que el Model Business Corporation Act (MBCA) introdujera una reforma en la materia, aumentando considerablemente las causas que dan motivo a la separación: fusión, transferencia del paquete de control o intercambio de acciones, venta de la totalidad o parte de los activos sociales y reforma de los estatutos sociales que perjudiquen a los socios (sec. 13.02).

IV. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA URUGUAYA

La evolución de la normativa uruguaya en materia de derecho de receso puede dividirse en cinco etapas:

- a) El Código de Comercio de 1866, fiel a las corrientes en boga a la fecha de su sanción, establecía el principio general –de cuño netamente contractualista– de que cualquier modificación a los estatutos de las sociedades anónimas requería de la conformidad de todos los accionistas (art. 473). En consecuencia, el derecho de receso no se encontraba consagrado.
- b) El derecho de receso resultó originalmente consagrado por la ley N° 3.545 del 19 de julio de 1909 que –siguiendo la corriente del *Codice di Commercio* de 1882 (art. 158) y de la reforma del Código de Comercio argentino de 1890 (art. 354)– introduce, por primera vez, el principio de que los estatutos de las sociedades anónimas pueden ser modificados por la voluntad de una mayoría calificada de accionistas. Dispone que “*Cuando en el acto constitutivo de una sociedad anónima o en sus estatutos no se haya fijado el procedimiento para su reforma, será siempre indispensable en la asamblea extraordinaria destinada a tal objeto, la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad de dicho capital*”. Este nuevo régimen se estableció en los casos de: 1) Disolución anticipada de la sociedad; 2) Prórrogas de su duración; 3) Fusión con otra sociedad; 4) Reducción del capital social; 5) Reintegración o aumento del mismo capital; 6) Cambio de objeto de la sociedad; y 7) Cualquier otra modificación del acto constitutivo o de las bases fundamentales de los estatutos.

Como contrapartida de la consagración del principio mayoritario en la reforma de los estatutos sociales, la ley N° 3.545 incorporó el derecho de receso, estableciendo que los socios disidentes en cuanto a las resoluciones de los números 3, 5 y 6, y la del número 2 (si la prórroga no está autorizada en los estatutos) tienen derecho a separarse de la sociedad, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones en proporción al activo social, conforme al último balance aprobado.

- c) El régimen de la ley de 1909 fue reformado por el decreto-ley N° 14.548 del 29 de julio de 1976. Esta norma modifica las hipótesis de ejercicio de derecho de receso en sede de las sociedades anónimas, incluyendo el caso de cambio de domicilio de la sociedad para fijarlo fuera del territorio nacional, al

11 CLARK, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, págs. 443-444.

12 SIEGEL, *Back to the Future: Appraisal Rights in the Twenty-First Century*, Harvard Journal on Legislation, vol. 32, 1995, pág. 90.

13 *Idem*, pág. 91.

14 KHUTORSKY, *Coming from the Cold: Reforming Shareholders' Appraisal Rights in Freeze-Out Transactions*, Columbia Business Law Review, 1997, pág. 136 y ss.

tiempo que excluye del receso el caso de prórroga del plazo de la sociedad (art. 3). También modifica la forma de cálculo del crédito del accionista recedente, cuyas acciones se reembolsarán de acuerdo con su proporción en el patrimonio social, resultante del último balance fiscalmente ajustado. En el caso de las acciones que se coticen en la Bolsa de Comercio, el reembolso se hará por el valor promedial de cotización de aquéllas en el último semestre (art. 5).

En el caso específico del aumento del capital social, si bien se mantiene esta modificación estatutaria como causal de receso, se dispone que el receso no será de aplicación cuando el aumento se hiciese efectivo por la emisión de acciones liberadas a adjudicarse a los actuales accionistas o se les acordare preferencia para suscribir el aumento a prorrata del capital accionario de que sean titulares al tiempo de resolverse la reforma (art. 3).

Esta fue la norma comentada en nuestro primer trabajo sobre el tema ¹⁵.

d) La siguiente etapa está representada por la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 del 4 de setiembre de 1989, la cual introdujo una sustancial expansión en el régimen del derecho de receso ¹⁶.

El derecho de receso pasa a alcanzar a todos los tipos sociales, trascendiendo del ámbito de las anónimas, donde hasta el momento estaba recluido. Consagra la posibilidad de ejercicio del derecho de receso en los casos de regularización (art. 42), transformación (art. 108), fusión (art. 129), escisión (art. 139) y reactivación (art. 166), sin perjuicio de las situaciones previstas contractual o estatutariamente por las partes (art. 150).

En el caso particular de las anónimas, además de las situaciones generales, se incluyen los casos de conversión de la sociedad anónima de abierta en cerrada (art. 249), exclusión del derecho de suscripción preferente (art. 330), prórroga de la sociedad, transferencia del domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto, aumento y reintegro del capital social (art. 362), transformación de las acciones de al portador en nominativas e imposición de restricciones a la transferencia de las acciones nominativas (art. 363). En el caso concreto del aumento del capital social, el ejercicio de este derecho resulta excluido solamente cuando el aumento se realice por emisión de acciones liberadas, restaurándose en cambio el receso en todos los casos de aumento de capital por nuevas aportaciones, incluso cuando se otorgue a los accionistas derecho de suscripción preferente (art. 362).

Se consagra también el derecho de receso para las sociedades colectivas (aplicable a las sociedades en comandita y de capital e industria) y para las sociedades de responsabilidad limitada en caso de remoción del administrador cuyo nombramiento sea condición expresa de constitución de la sociedad (arts. 203 y 237). En las sociedades de responsabilidad limitada de más de 20 socios (cuyas decisiones de modificación del contrato se adoptan por mayoría) se establece igualmente el derecho de receso en los casos de cambio de objeto, prórroga, transferencia del domicilio al extranjero, transformación, fusión, escisión, disolución anticipada y toda modificación que imponga mayores obligaciones y responsabilidades a los socios (art. 240).

Además, se modifican las normas de valuación de la cuota del recedente, la cual se determina en función del patrimonio social resultante de un balance especial practicado por la sociedad a la fecha del receso, el cual está sujeto a impugnación del interesado (art. 154).

e) Finalmente, la ley N° 17.243 del 29 de junio de 2000 (Ley de Urgencia) introdujo tres modificaciones importantes al régimen de derecho de receso establecido por la ley N° 16.060 ¹⁷.

En primer lugar, aclaró que el derecho de receso procede en los casos de aumento del capital contractual de las sociedades anónimas por reforma de sus estatutos sociales y no por la suscripción o integración de dicho capital (art. 362.1) ¹⁸.

En segundo lugar, previó la posibilidad de que los estatutos sociales dispusieran la exclusión del derecho de receso en los casos de aumento de capital por nuevas aportaciones, salvo en los casos en que no se reconociera al accionista el derecho de suscripción preferente (art. 330). En las sociedades ya constituidas, la inclusión de esta previsión estatutaria otorga, a su vez, derecho de receso (art. 362.2).

15 OLIVERA GARCÍA, *Reforma de estatutos de sociedades anónimas y derecho de receso*, Montevideo, 1977.

16 OLIVERA GARCÍA, *Nuevo marco jurídico para las empresas y su impacto sobre las PYME*, Ley de Sociedades Comerciales, Instituto Labor, Montevideo, 1989, págs. 20-21.

17 OLIVERA GARCÍA, *Modificaciones de la Ley de Urgencia a la Ley Societaria*, Anuario de Derecho Comercial, t. 9, Montevideo, 2001, pág. 27 y ss.

18 En el caso de las sociedades anónimas, nuestro régimen societario consagra un régimen de capital variable, el cual exige solamente la suscripción y la integración, en el momento de constitución de la sociedad, de determinado mínimo del capital contractual o autorizado expresado en los estatutos. Esta situación determina que el capital suscrito e integrado puedan representar una cifra inferior al capital contractual y variar sin una necesaria reforma de los estatutos sociales (Vé. OLIVERA GARCÍA, *La crisis del concepto de capital social*, Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Rodolfo Mezzera Alvarez, Montevideo, 1999, págs. 295-296).

Y, en tercer lugar, excluyó el derecho de receso en el caso de las sociedades anónimas abiertas que emitan acciones que se coticen en mercados formales, en los casos de aumento de capital social, reintegro total o parcial del capital integrado, y fusión y escisión de sociedades, en tanto las sociedades resultantes mantuvieran el carácter de sociedades anónimas abiertas (art. 362.3).

A la luz de la evolución normativa producida, tanto en nuestro derecho como en la legislación comparada, habremos de plantear algunos temas que nos parecen de interés: el relativo a la expansión de las hipótesis de receso, el receso en los aumentos de capital y en las anónimas abiertas, la cuestión de la protección de los acreedores y el referente a la valuación de la cuota de reembolso.

V. EXPANSIÓN DEL DERECHO DE RECESO

La primera característica de la evolución normativa del derecho de receso en la legislación nacional es la notable expansión de este instituto. Esta expansión se produce tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, el receso se extiende a los restantes tipos sociales, trascendiendo el reservado reducto de las sociedades anónimas, donde el mismo fue gestado. Como vimos anteriormente, muchas hipótesis de receso aparecen reguladas en la parte general de la ley N° 16.060, cuyas disposiciones son aplicables a todas las sociedades comerciales (arts. 42, 108, 129, 139 y 166) y, por remisión, a los grupos de interés económico (art. 500).

También incorpora la ley numerosas hipótesis de receso en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, la mayoría de las cuales coincidentes con las establecidas para las anónimas (arts. 237 y 240). Incluso se consagran previsiones relativas al derecho de receso en las sociedades colectivas (art. 203), cuyo régimen se aplica por extensión a las sociedades en comandita (art. 213) y de capital e industria (art. 219).

Fuera de la ley N° 16.060, también se habían consagrado situaciones de receso en las regulaciones relativas a las cooperativas agroindustriales (decreto-ley N° 14.827 de 20 de setiembre de 1978, art. 8) y a las cooperativas agrarias (decreto-ley N° 15.645 de 9 de octubre de 1984, art. 12).

Desde el punto de vista objetivo, la solución de la ley extiende este mecanismo de protección a prácticamente todas las hipótesis en las cuales exista una decisión adoptada por la mayoría e impuesta a la minoría social, la cual cambie la posición jurídica del socio o accionista: regularización, transformación, reactivación, cambio de domicilio al extranjero, restricciones a la transferencia de acciones, cambio de sociedad anónima abierta en cerrada, destitución de administradores cuya designación era esencial, etc.

En este sentido, nuestra ley N° 16.060 recoge inequívocamente la influencia de la ley argentina, de la cual se ha dicho que consagra la regulación más vasta del receso en el derecho comparado¹⁹.

Si bien la reforma de la ley uruguaya se produce en momentos en que, en el mundo entero, el receso era mirado con distavor por los ordenamientos jurídicos²⁰, hoy podría llegar a ser considerada como una legislación de avanzada, inscripta en el proceso de resurgimiento que el derecho de receso ha experimentado a nivel mundial²¹.

Otra característica importante de la evolución normativa uruguaya es la posibilidad de ampliación contractual de las hipótesis de receso. La ley societaria dispone en su art. 150 que "*Cualquier socio podrá pedir el derecho de receso en los casos previstos por la ley o el contrato*".

Esta clara y lógica aplicación a la materia societaria del principio tradicional de la autonomía de la voluntad, no fue siempre pacífica en el ámbito doctrinario y jurisprudencial. La discusión respecto a si los supuestos legales de receso debían ser de interpretación taxativa o si, por el contrario, podían ser ampliados por las disposiciones incluidas en los estatutos sociales, ocupó por mucho tiempo la preocupación de quienes abordaron el estudio del tema.

Es tradicional la polémica planteada en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia italianas. Un muy importante sector de la misma planteó discrepancias sobre la posibilidad de ampliación estatutaria de las causales de receso, considerando que la inderogabilidad convencional del derecho de receso tenía su necesaria contrapartida en la imposibilidad de establecer, por la misma vía, ampliaciones al elenco de sus causales²². En cam-

19 FARGOSI, *Aumento de capital, derecho de receso y entidades financieras*, I a Ley, 1983-R, pág. 56.

20 Vé. GARRIGUES, ob. cit., t. II, págs. 252-253; BROSETA PONTI, ob. cit., pág. 45 y ss.; BRUNETTI, ob. cit., t. II, págs. 534-535.

21 Es elocuente al respecto la tendencia de la legislación comparada en institucionalizar el receso, dotándolo de un estatuto jurídico uniforme. En este sentido: la legislación norteamericana (Delaware, New York y la MBCA), el Código de Sociedades Comerciales portugués (art. 240) y las reformas de 1997 y 2001 a la ley brasileña de sociedades por acciones (art. 137). Vé. Además, SIEGEL, ob. cit., pág. 90; y KHLTORSKY, ob. cit., pág. 136 y ss.

22 En este sentido: BRUNETTI, ob. cit., t. II, pág. 638 y ss.; SALANDRA, *Manuale di Diritto Commerciale*, Bologna, 1949, vol. I, pág. 312; PELIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, Rivista di Diritto Civile, 1967, I, pág. 113 y ss. La jurisprudencia se mostró también contraria a admitir esta ampliación: Tribunal de Apelación de Florencia, sent. 9/11/1947 (Foro italiano, 1948, I, pág. 331); Tribunal de Pisa, sent. 3/3/1949 (Nuova Rivista di Diritto Commerciale, 1949, II, pág. 24); Tribunal de Casación, sent. 19/8/1950 (Foro italiano, 1951, I, pág. 890), entre otras.

bio, otro importante sector de la doctrina²³ se mantuvo firme en el criterio de que el derecho de receso puede ser ampliado por los estatutos sociales para otros casos distintos a los previstos en la ley.

La circunstancia de que nuestra ley societaria admita expresamente la ampliación convencional del derecho de receso, con una flexibilidad que lamentablemente no mantiene en el resto de la norma, representa un eficaz mecanismo de protección de las minorías sociales²⁴, dotando a las mismas de un eficaz mecanismo de defensa en la oportunidad en que socios y accionistas tienen el mayor poder económico y político: el momento de la constitución de la sociedad²⁵.

Si bien el objetivo de protección de las minorías fue una preocupación clara del autor de la ley societaria, explicitado claramente en el proceso de su aprobación²⁶ e incorporando una multiplicidad de soluciones que pretenden lograr este objetivo²⁷, la norma no fue eficiente en consagrar un sistema adecuado de protección y, lo que es mucho peor, creó un entramado de normas que, la mayoría de las veces, impiden que las propias partes establezcan en forma convencional un sistema eficiente de protección de sus derechos, pactando los mecanismos de salvaguarda que mejor se adapten a sus necesidades.

Esto afortunadamente no ocurre en el caso del derecho de receso.

VI. EL RECESO EN CASOS DE AUMENTO DE CAPITAL

La procedencia del derecho de receso en los casos de aumento del capital social es un tema que ha preocupado tradicionalmente a la legislación y a la doctrina. El mismo contrapone dos valores en juego: por un lado, el derecho de la sociedad y de sus accionistas mayoritarios de mantener el ritmo de crecimiento que las necesidades de su operativa y las oportunidades de negocios demandan, a través de la financiación de dicho crecimiento con capital de riesgo, con recursos aportados por los accionistas; por otro lado, el derecho del accionista minoritario a mantener su participación relativa en la sociedad, la cual resulta reducida en el caso de aumentos de capital que éste no suscriba a prorrata de su participación social²⁸.

El receso en casos de aumento de capital fue consagrado originariamente por el *Codice di Commercio* italiano de 1882, por la reforma del Código de Comercio argentino de 1890 y por la ley uruguaya de 1909.

El *Codice Civile* de 1942 abandonó en Italia esta solución, excluyendo el aumento de capital de las hipótesis de receso.

En el marco de la ley argentina de 1972, la redacción imperfecta de la norma determinó una división doctrinaria²⁹ respecto a la procedencia del derecho de receso en los casos de aumentos de capital. Esta división se mantuvo hasta la reforma de 1983, que incluyó expresamente a los aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria entre las causales de receso (art. 245).

En nuestro derecho, la reforma de 1976 redujo la incidencia del receso por aumento de capital, limitándola a los casos de aumentos por nuevas aportaciones (aumentos reales de capital) en los que no se otorgara a los accionistas derecho de suscripción preferente³⁰.

La Ley de Sociedades Comerciales de 1989 realizó una ampliación indiscriminada del receso en los casos de modificación de los estatutos sociales por aumento de capital, excluyendo solamente los casos de aumento nominal por emisión de acciones liberadas (art. 362). Además de la valoración política adversa de esta solución, esta norma planteó –y continúa planteando– un serio problema de técnica legislativa, ya que vincula el receso al caso de aumento del capital contractual o autorizado, por reforma de los estatutos sociales y la

23 ASCARFELLI. *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, Studi in tema di Società, Milano, 1952, pág. 101; DONADIO, *In recesso del socio per modifiche statutarie*, Milano, 1940, págs. 34-36; TANTINI, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Padova, 1973, págs. 163-165.

24 El tema de la protección de las minorías sociales en la doctrina nacional está indisolublemente unido al nombre y a la obra del profesor Eduardo ALBANELL MAC-COLL, *Protección de las minorías en las sociedades anónimas*, L.J.U., t. XXI, pág. 69 y ss.

25 OLIVERA GARCÍA, *¿Están las minorías protegidas en la Ley de Sociedades Comerciales?*, Tribuna del Abogado, N° 114, octubre-diciembre 1999, pág. 9 y ss.

26 Vé. Informe de la Comisión Especial de la Cámara de Representantes del 16 de agosto de 1988, en *Código de Comercio de la República Oriental del Uruguay y leyes complementarias*, anotado y concordado por Ricardo OLIVERA GARCÍA y Beatriz BUGALLO, Montevideo, 1994, t. I, pág. 181; también FERRO ASTRAY, *Lineamientos generales del proyecto de Ley de Sociedades Comerciales*, Rev. CAU, año XIII, 1989, pág. 8 y ss.

27 Pueden citarse al respecto, entre otros, los arts. 84, 93, 94, 108, 129, 139, 166, 203, 240, 249, 287, 320, 321, 326, 330, 339, 344, 356 inc. 2, 362, 364, 365, 385, 387, 388, 389, 391, 397, 399, 402 inc. 7, 410. Vé. OLIVERA GARCÍA y otros, *Antecedentes, Fuentes y Concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*, Montevideo, 1999, pág. 26 y ss.

28 Vé. FERRO ASTRAY, *Sobre el derecho de receso y su inconveniencia en los casos de aumentos de capital*, L.J.U., t. LXXI, pág. 95 y ss.

29 Sostenían la procedencia del receso: HALPERIN, *Sociedades anónimas. Examen crítico del decreto-ley 19.550*, Buenos Aires, 1974, pág. 633; ZALDÍVAR, MANOVIL, RACAZZI y ROVIRA, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1975, vol II, 2ª parte, págs. 405-406. Sostenían la improcedencia del derecho de receso: ALEGRÍA y REYES ORIBE, *El derecho de receso en caso de aumento de capital en las sociedades anónimas*, Primer Congreso de Derecho Societario, Buenos Aires, 1979, t. II, pág. 91 y ss.; FARINA, *Sociedades Anónimas*, Rosario, 1973, pág. 184; VERGARA DEL CARRIL, *El aumento del capital y el derecho de receso*, RDCO, año 6 (1973), pág. 239 y ss.; ESCUTTI (h), *La interpretación de la ley y el receso por aumento de capital*, La Ley, 156 (23/10/74).

30 OLIVERA GARCÍA, *Reforma de estatutos*, cit., pág. 33 y ss.

exclusión del derecho de receso a la forma de aumento del capital integrado, circunstancias ambas que, en el marco de nuestro régimen jurídico, no son de ocurrencia necesariamente simultánea³¹.

La reforma al régimen de la ley societaria introducida en el 2000 por la ley N° 17.243 vuelve sobre los pasos en esta materia, previendo la posibilidad de que el contrato social establezca que no existirá receso en los casos de aumento del capital social por nuevos aportes, con excepción de los previstos en el artículo 330. Este artículo, por su parte, regula las situaciones en las que la asamblea extraordinaria de accionistas puede limitar o suspender el derecho de suscripción preferente del accionista³².

Se trata de un expreso apartamiento legal al principio, también legalmente consagrado, de la irrenunciabilidad del derecho de receso (art. 151).

Por su parte, con la finalidad de no perjudicar los derechos adquiridos por los actuales accionistas, establece que la modificación estatutaria que apareja la incorporación de esta estipulación en el contrato social dará, a su vez, derecho de receso.

En suma, nuestro legislador ha mantenido una política absolutamente errática en materia de derecho de receso por aumento de capital social. Luego de consagrarlo en forma amplia en la ley N° 3.545 de 1909, el decreto-ley N° 14.548 de 1976 lo restringe solamente a los casos de aumentos reales en los cuales no se haya otorgado a los accionistas derecho de suscripción preferente. La ley N° 16.060 vuelve a ampliar el receso a todos los aumentos reales de capital y la reforma del año 2000, revisa esta solución, excluyendo nuevamente el derecho de receso en los aumentos de capital en que se otorgue derecho de suscripción preferente, sujeto – en este caso – a la existencia de una previsión estatutaria que así lo establezca.

Entre todas las causales de receso recogidas por la ley, el aumento de capital presenta una diferencia cualitativa. Las restantes causales (transformación, fusión, escisión, cambio de objeto, traslado del domicilio al extranjero, etc.) suponen un cambio en las condiciones del negocio societario asumidas por el socio o accionista. El aumento de capital, en cambio, es un acto jurídico comprendido en el propio negocio societario acordado, en la medida que representa una fuente de financiamiento para el desarrollo del mismo.

La actividad empresarial se caracteriza, hoy más que nunca, por un requerimiento permanente de nuevas inversiones de capital. Estas inversiones resultan necesarias no solamente para aumentar la rentabilidad futura de la empresa, sino para mantener la rentabilidad presente que, de no conservar el ritmo de crecimiento y modernización, termina deteriorándose.

Estas inversiones provienen de recursos captados por la sociedad titular de parte de terceros (créditos bancarios, créditos de proveedores, emisión de obligaciones negociables) y de recursos canalizados a través del patrimonio social. Estos últimos están representados por el autofinanciamiento societario, a través de la retención de las utilidades sociales, y por los aportes de capital de los socios³³.

En consecuencia, el aporte de capital representa una fuente permanente de financiamiento del negocio societario por lo que, lejos de implicar un apartamiento de las condiciones iniciales de contratación social, se plantea en perfecta línea con el desarrollo del objeto social pactado. Es más, fuera del ámbito de las sociedades anónimas (art. 158), la propia ley societaria dispone que "Si por un cambio de circunstancias no pudiese realizarse la actividad social sin aumentar los aportes, el socio que no lo consienta podrá ejercer el derecho de receso o ser excluido". Claramente, el aumento de capital no constituye un cambio en las bases fundamentales del negocio societario ni una situación imprevisible a la hora de contratar.

El autofinanciamiento societario tiene el límite de la existencia de utilidades generadas por el negocio social. Por su parte, el excesivo financiamiento con pasivos puede colocar a la sociedad en un estado de infracapitalización, situación que gran parte de la doctrina ha considerado como generadora de la responsabilidad de los socios³⁴. Por lo tanto, en muchos casos, el aumento de capital es la solución técnicamente aconsejada para el financiamiento del negocio social.

La ley uruguaya realizó una tímida aproximación al tema y, sin atreverse a excluir el aumento de capital como una causal de receso, opta por una solución más conservadora e imperfecta como es la de dejar en manos de los contratantes el pacto de exclusión del receso en caso de aumento³⁵.

31 Vé. OLIVERA GARCÍA, *Análisis y perspectivas del concepto de capital social en la Ley de Sociedades Comerciales*, en *Temas de Derecho Societario*, Montevideo, 2000, págs. 101-102.

32 Vé. OLIVERA GARCÍA, *Modificaciones de la Ley de Urgencia*, cit. págs. 36-37.

33 Vé. OLIVERA GARCÍA, *El autofinanciamiento de las sociedades anónimas*, Anuario de Derecho Comercial, tomo 4, Montevideo, 1989, pág. 39 y ss.

34 PAZ-ARES, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1983, pág. 1607 y ss.; MANOVIL, *Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio*, Derecho Empresarial Actual, Buenos Aires, 1996, pág. 601 y ss.; RIPPE, *Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores*, Jurisprudencia Argentina, número especial, 1997, pág. 27 y ss. Vé. también, OLIVERA GARCÍA, *La crisis del concepto de capital social*, cit., págs. 298-299.

35 Son escasos los regímenes jurídicos que mantienen el aumento de capital como causal de receso. Consigna DASSO (*El derecho de separación o receso del accionista*, Buenos Aires, 1985, pág. 187) que, además de Argentina, solamente las leyes de Uruguay, Nicaragua, Venezuela y Paraguay establecen esta causal.

Deja además fuera de la solución legal a las sociedades constituidas antes de la vigencia de la reforma, para las cuales la inclusión de la cláusula estatutaria de exclusión de receso por aumento de capital constituye, a su vez, una causal de receso.

VII. EL RECESO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS

Otro tema de frecuente consideración por parte de la doctrina es el relativo a la procedencia del derecho de receso en las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones en los mercados de valores. El argumento en este caso es que, en la medida que exista un mercado secundario para la comercialización de las acciones, el accionista disidente tendría siempre la posibilidad de separarse del negocio social a través de la venta a un tercero de su participación accionaria.

El tema tuvo un proceso evolutivo en el derecho norteamericano donde la legislación de Delaware consagró en 1967 la llamada "market exception", por la cual se suprimía el derecho de receso en el caso de sociedades cuyas acciones se cotizaban en los mercados de valores o si la sociedad tenía un número considerable de socios³⁶. En 1969, también el MBCA recogió la *market exception*. Sin embargo, la *market exception* fue eliminada por el MBCA en 1978, entendiéndose que las imperfecciones del mercado determinan que el precio de la acción no refleje razonablemente del valor correcto (*fair value*) de la participación del accionista disidente en la sociedad³⁷.

En Italia, como vimos, la ley N° 149 de 18 de febrero de 1992, sobre oferta pública de venta, suscripción, adquisición y cambio de títulos, prevé que los socios de una sociedad cuyas acciones tienen cotización bursátil, que sean disidentes con la resolución social que disponga la fusión o la incorporación en otra sociedad, cuyas acciones no tengan cotización bursátil, tienen el derecho de ejercer el receso en los términos del art. 2437 del *Codice Civile* (art. 13). Esta regulación legal ha llevado a que la doctrina considerara que la sociedad que cotiza sus acciones en bolsa (*società quotata*) sea considerada un subtipo social, dotado de su propio estatuto general³⁸.

En España, luego de la reforma de 1989, la Ley de Sociedades Anónimas dispone para las sociedades cuyas acciones coticen en un mercado secundario oficial que el reembolso en caso de receso será el precio de cotización media del último trimestre (art. 147.2). No obstante, en forma paralela a la regulación en materia de receso, ha desarrollado otro mecanismo alternativo de protección del accionista minoritario, a través de la oferta pública imperativa de adquisición de acciones³⁹. La ley N° 24/1988 de 28 de julio de 1988 sobre mercado de valores impone la obligación de realizar una oferta pública de adquisición de acciones (OPA) tanto a quien pretenda adquirir, en un solo acto o en actos sucesivos, un volumen significativo de acciones admitidas a la cotización en una bolsa de valores, como a quien habiendo adquirido acciones cotizadas que representen más del 50% del total de votos de la sociedad emisora introduzca luego modificaciones sustanciales a sus estatutos sociales (art. 60).

En Argentina, el art. 245 de la ley N° 19.550 disponía que, en el caso de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas, los accionistas no podrán ejercer el derecho de receso en los casos de aumentos de capital y de fusión de la sociedad. Esta norma fue modificada por la ley N° 22.903 que excluyó el derecho de receso en los casos de fusión y escisión, si las acciones que deben recibir en consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso⁴⁰. Por su parte, con respecto al aumento de capital, la reforma legislativa mantiene la solución anterior, a través del expediente de admitir que las sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones puedan aumentar el capital sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto (art. 188).

En nuestro régimen societario, la reforma introducida por la ley N° 17.243, con clara influencia de la ley argentina, dispuso la exclusión del derecho de receso para las sociedades anónimas abiertas que emitan acciones que se coticen en mercados formales, en los supuestos de aumento del capital social o reintegro, total o parcial, del capital integrado; y de fusión o escisión, en tanto las sociedades resultantes mantuvieran el carácter de sociedades anónimas abiertas⁴¹.

36 La excepción legal fue consecuencia de la recepción de la opinión doctrina de MANNING, *The Shareholder's Appraisal Remedy: An essay for Frank Coker*, *The Yale Law Journal*, 1962, vol. 72, N° 2, págs. 223 y ss.

37 KHUTORSKY, ob. cit., pág. 142; SIEGEL, ob. cit., págs. 125-126.

38 MONTAÑENZI, *In legge italiana sulle offerte pubbliche: prime riflessioni*, *Giurisprudenza Commerciale*, N° 19.5, settembre-ottobre 1992, pág. 833; GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, págs. 339-340.

39 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs*, Madrid, 1999, pág. 206 y ss.

40 Vé. NISSEN, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 1985, vol. 3, pág. 287; GAGLIARDO, *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, 1990, pág. 472; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho Societario*, t. 5, Buenos Aires, 1997, pág. 202.

41 Vé. OLIVERA GARCÍA, *Modificaciones de la Ley de Urgencia*, cit. págs. 37-39.

Más allá de la posición que se adopte respecto a la conveniencia de expandir o limitar el alcance del derecho de receso, consideramos que pretender sustituir el derecho de receso por la posibilidad de negociación de las acciones en el mercado secundario resulta una solución técnicamente equivocada y apartada absolutamente de la realidad nacional.

Ya vimos que, en el marco de la doctrina y de gran parte de la legislación norteamericana se ha rechazado la *market exception*, con el argumento de que el valor de mercado no refleja necesariamente el precio justo o adecuado de la participación accionaria (*fair value*). Esta situación es aún mucho más clara en el caso uruguayo, donde el mercado accionario es prácticamente inexistente y los precios de cotización de las escasas acciones con cotización bursátil distan mucho de reflejar el valor real de las mismas.

VIII. LA CUESTIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

El receso representa una hipótesis de rescisión parcial de la sociedad comercial (art. 144) y genera el derecho del recedente a obtener de la sociedad el reembolso del valor de sus acciones (art. 313), de sus cuotas o participaciones en el capital, según el tipo social de que se trate.

Esto determina que, como principio general, el receso implique técnicamente una reducción real del capital social⁴², con todas las consecuencias que esta situación tiene desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad comercial. En especial, en el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la reducción de capital se encuentra sujeta al requerimiento legal de la no oposición de los acreedores los que, en caso de mediar oposición, deberán ser previamente desinteresados o debidamente garantizados (arts. 242 y 294). En el caso de emisión de obligaciones negociables por parte de las sociedades anónimas, la ley exige además la previa aprobación por la mayoría de los debenturistas reunidos en asamblea general (art. 294)⁴³.

Esta previsión legal, vestigio de la función de garantía atribuida históricamente al capital social⁴⁴, plantea la necesidad de armonizar el derecho de los socios o accionistas recedentes al reembolso del valor de sus participaciones sociales con el derecho de los acreedores a impedir cualquier reembolso de capital que pueda poner en riesgo la satisfacción de su crédito.

La doctrina ha ensayado diferentes soluciones para lograr un equilibrio entre ambos derechos en conflicto.

Para algunos⁴⁵, la solución se encontraría en que las participaciones sociales del recedente fueran adquiridas por los socios que permanecen en la sociedad.

Para otros⁴⁶, las acciones deberían ser adquiridas por la propia sociedad a través del régimen de constitución de autocartera⁴⁷.

Para otros⁴⁸, el reembolso de las acciones no tiene por qué realizarse necesariamente con cargo al capital social, pudiendo también hacerse con la afectación de otros rubros patrimoniales de libre disponibilidad, como las reservas y las utilidades acumuladas, en cuyo caso no existiría reducción de capital ni oportunidad de oposición de los acreedores.

Para otros⁴⁹, no existiría derecho de oposición de los acreedores en los casos de reducción de capital por ejercicio del derecho de receso.

42 La reducción real o efectiva –por oposición a la reducción nominal o contable– se caracteriza por su incidencia en el patrimonio social, provocando una reducción patrimonial equivalente, que se traduce en la desvinculación del activo social de una serie de elementos patrimoniales, que se transfieren al patrimonio personal de los socios o accionistas (Vé. PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, *La reducción de capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Bolonia-Madrid, 1973, págs. 66-67).

43 Vé. OLIVERA GARCÍA, *Régimen de las debentures u obligaciones negociables en el derecho uruguayo*, Anuario de Derecho Comercial, t. 7, Montevideo, 1996, pág. 81 y ss.

44 OLIVERA GARCÍA, *La crisis del concepto de capital social*, cit., págs. 297-298.

45 RODRÍGUEZ ARTIGAS, *El cambio de objeto social. En particular el derecho de separación del socio*, en A.A.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. III vol. 1, Madrid, 1994, págs. 187-189.

46 CAIGANO, *La società per azioni*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1984, pág. 325.

47 El Código de Sociedades Comerciales portugués prevé en su art. 240.3 que, tras la recepción de la declaración de separación, la sociedad podrá amortizar la acción, adquirirla ella misma o hacerla adquirir por un socio o tercero. El incumplimiento de la obligación de reembolso legítima al socio para pedir la disolución de la sociedad. Por su parte, la Ley brasileña de Sociedades por Acciones (en el texto de la reforma de 1997) prevé que el valor de la cuota de reembolso del socio que se separa puede ser pagado a costa de beneficios o reservas de libre disposición, pasando las acciones reembolsadas a figurar en cartera (art. 45.5). Si en un plazo de 120 días a contar de la fecha del acta de asamblea no hubieran sido sustituidos los accionistas cuyas acciones tuvieran que ser reembolsadas a cuenta del capital social, éste se considerará reducido de pleno derecho (art. 45.6).

48 PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, ob. cit., pág. 291 y ss.; GARRIGUES, en Garrigues y Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t. II, pág. 365 y ss.

49 HALPERIN, ob. cit., pág. 257.

Para otros⁵⁰, en caso de que la oposición de los acreedores inhibiera el derecho de receso, no podría llevarse adelante la modificación del contrato social.

Finalmente, existen quienes consideran que la oposición de los acreedores inhibiría el ejercicio del derecho de receso, debiendo los accionistas disidentes aceptar la decisión mayoritaria adversa⁵¹.

La pluralidad de posiciones resulta elocuente para demostrar la dificultad para equilibrar dos derechos que resultan antagónicos: el derecho del socio o accionista recedente al reembolso del valor de su participación y el derecho del acreedor a asegurarse el cobro de su crédito.

Obviamente, no existe ningún impedimento legal para que sean los restantes socios los que adquieran la participación del socio recedente en la sociedad, siguiendo en cada caso las disposiciones aplicables según el respectivo tipo social. No obstante, no puede afirmarse que estemos en este caso en el mundo del receso, sino que nos hallaremos en presencia de un negocio parasocial, el cual resulta jurídicamente diferente.

Tampoco creemos que sea razonable sostener que no exista derecho de oposición de los acreedores a la reducción de capital por receso, ni que pueda la oposición de los acreedores, en caso de considerársela impositiva del receso, paralizar el desenvolvimiento social, bloqueando el poder mayoritario de reforma del contrato o de los estatutos sociales.

El derecho de oposición de los acreedores constituye un mecanismo legal de defensa del derecho de crédito, asegurando a quienes han otorgado crédito a la sociedad que ésta no habrá de descapitalizarse, poniendo en riesgo el cumplimiento de sus obligaciones, a través de la extracción del capital social por socios o accionistas. Puede decirse que existe un derecho de preferencia sobre los activos sociales de los acreedores frente a socios o accionistas, hasta un importe concurrente con el capital social. Si bien hemos sostenido la insuficiencia del concepto de capital social para cumplir esta función de garantía o de retención que le es propia⁵², esto no significa que, por lo menos hasta el límite de esta cifra, no exista este derecho de preferencia.

Tampoco consideramos que pueda privilegiarse el receso frente a la potestad de los socios o accionistas mayoritarios de resolver, en los casos en que la ley así lo autoriza, la modificación del contrato social, aún en aquellos supuestos especiales ante los cuales la ley otorga derecho de receso. El principio mayoritario en materia societaria responde, según vimos, a un consolidado proceso de evolución en el concepto de sociedad comercial, el cual supuso —por lo menos para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada— abandonar el cepo de los principios contractualistas para reconocer la circunstancia de que el negocio social produce el nacimiento de un ente diferenciado, que tiene sus propios procedimientos orgánicos de formación de voluntad.

Nos quedan por analizar entonces las alternativas de adquisición de las acciones por la propia sociedad (autocartera) o de proceder al reembolso del haber del recedente con recursos provenientes de reservas y utilidades acumuladas, sin pasar por una reducción de capital.

La adquisición por la sociedad de sus propias acciones constituye un negocio de carácter excepcional y transitorio. La ley consagra la posibilidad de que las sociedades anónimas (no se prevé para los restantes tipos sociales) adquieran sus propias acciones en dos casos: cuando se efectúe con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, respecto de acciones totalmente integradas y para evitar un daño grave; o cuando integren el activo de un establecimiento comercial que adquiera o de una sociedad que incorpore. En ambos casos, impone la obligación al directorio de enajenar las acciones adquiridas dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea (art. 314). En este caso, no se produce el rescate de las acciones adquiridas, sino que las mismas se mantienen transitoriamente en el activo social, sin reducción del capital social⁵³.

Si bien la adquisición de las acciones por la sociedad puede ser técnicamente una forma de reembolsar al accionista recedente sin reducción del capital social, la misma presenta algunos inconvenientes que es importante destacar:

En primer lugar, se trata de un estado eminentemente transitorio que debe necesariamente desembocar en la reventa de las acciones adquiridas o en su rescate con reducción del capital social. Como la reventa de las acciones sin detrimento patrimonial significativo no es un resultado que la sociedad pueda asegurar, máxime en el caso de las sociedades cerradas, la autocartera tiene siempre la potencialidad del rescate. Por otra parte, si la autocartera no fuera transitoria, podría pensarse que nos encontramos en presencia de un negocio en fraude a los acreedores, ya que se está encubriendo una reducción real de capital a través de la adquisición de acciones propias.

50 PRESTI, *Questioni in tema di receso nelle società di capitali*, *Giurisprudenza Commerciale*, 1982, I, págs. 118-119.

51 FENGHI, *La riduzione del capitale. Premesse per una ricerca sulla funzione del capitale nelle società per azioni*, Milano, 1974, págs. 128-129.

52 OLIVERA GARCIA, *La crisis del concepto de capital social*, cit., págs. 299-303.

53 Vé. BUGALLO MONTAÑO, *Adquisición de acciones propias*, Montevideo, 1997, pág. 197 y ss.

En segundo lugar, la adquisición de las acciones del recedente debería hacerse con ganancias realizadas y líquidas o con reservas libres, las cuales deberían quedar afectadas mientras dure la autocartera, con la consiguiente lesión del derecho al dividendo de los accionistas, los cuales perderían la posibilidad de aprobar la distribución de dichos rubros patrimoniales que tienen su génesis en las utilidades sociales.

Similares objeciones nos merece la alternativa propuesta por la doctrina de realizar el reembolso de las acciones con cargo al llamado patrimonio libre o no afectado de la sociedad, imputando el reembolso a las reservas libres y a las utilidades acumuladas, en caso de que estos rubros existan y sean suficientes.

Aparte del problema técnico de que tendríamos una cifra de capital social que no coincide con el valor nominal de las participaciones de los socios o accionistas, cabe reproducir en este caso —con mayor énfasis— las consideraciones realizadas en el caso de la autocartera respecto a la lesión que dicha solución implicaría al derecho al dividendo de los restantes accionistas, en la medida que verían conculcada —en este caso, en forma definitiva— su derecho a la distribución de dichas reservas libres y utilidades acumuladas como dividendo.

En consecuencia, consideramos que la única opción posible es considerar el derecho de receso en la misma forma que las restantes reducciones de capital. Esto implica que deberá respetarse, en todos los casos, el derecho de preferencia que otorga la ley a los acreedores sociales, hasta el límite del capital social. Por lo tanto, deberá otorgarse a estos acreedores la oportunidad legal de oponerse y, en caso de producirse dicha oposición, los mismos deberán ser desinteresados o suficientemente garantizados, como trámite previo a que el reembolso del capital consecuencia del receso pueda ser realizado.

Si resulta imposible a la sociedad desinteresarse o garantizar en forma suficiente a los acreedores que se hubieran opuesto, el receso no podrá hacerse efectivo, pues estaríamos quebrando el derecho de preferencia de los acreedores frente a socios o accionistas sobre los activos sociales que representan la contrapartida del capital social.

Del mismo modo, en el caso de que la sociedad hubiera emitido obligaciones negociables, el receso estará supeditado al consentimiento mayoritario de la asamblea de deudoristas.

IX. VALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL RECEDENTE

Un tema absolutamente esencial en materia de receso es el de la valuación de la participación del socio o accionista recedente. Como se ha afirmado con acierto⁵⁴, si el valor de reembolso establecido resulta notoriamente inferior al que corresponde a la participación social, se estaría obligando al socio o accionista a permanecer en la sociedad, desvirtuándose la finalidad perseguida con la consagración legal del derecho de receso.

Por lo tanto, parece de la esencia del derecho de receso que el reembolso que realice la sociedad al socio recedente refleje el valor real de su participación⁵⁵.

Nuestra legislación societaria adoptó a lo largo del tiempo diferentes criterios para determinar el valor del haber de receso⁵⁶:

- a) La ley Nº 3.545 de 1909 disponía que "*Los socios disidentes (...) tienen derecho de separarse de la sociedad, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones en proporción al activo social, conforme al último balance aprobado*" (art. 1 inc. 2)⁵⁷.
- b) El decreto-ley Nº 14.548 de 1976 estableció que "*En caso de ejercerse el receso, las acciones se reembolsarán de acuerdo al valor resultante de su proporción con respecto al patrimonio social conforme al último balance, fiscalmente ajustado. Sin embargo, cuando las acciones de la sociedad se coticen en la Bolsa de Comercio, el reembolso se hará por el valor promedial de cotización de aquellas en el último semestre*" (art. 5 inc. 1). Agrega luego que "*Si las acciones no se cotizaren en la Bolsa de Comercio, el reembolso no obstará al derecho del socio a demandar contra la sociedad el pago de las diferencias a su favor que estimare del caso (...)*" (art. 6 inc. 1)⁵⁸.

54 FRÉ, *Società per azioni*, Roma, 1982, pág. 768.

55 En la doctrina y en la jurisprudencia norteamericana se ha acuñado el concepto de "*fair value*" (Vé. SIEGEL, ob. cit., pág. 134 y ss.)

56 Vé. FERRO ASTRAY, *Sobre el derecho de receso y la determinación del valor de las acciones reembolsables*, Rev. Judicatura, año I, Nº 9, vol. II, Noviembre 1976, pág. 197 y ss.

57 La ley de 1909 recogió la misma fórmula contenida en el art. 158 del *Codice di Commercio* de 1882 que consagraba el derecho de los socios a obtener el reembolso de sus acciones "*in proporzione dell'attivo sociale secondo l'ultimo bilancio approvato*". Esta norma planteó siempre en la doctrina italiana la duda respecto a si se trataba del último balance ordinario o si dentro de la expresión tenían también cabida los balances extraordinarios, incluso el balance especial preparado por la sociedad con motivo del receso del socio (Vé. DONADIO, ob. cit., págs. 149-152).

58 Esta norma recoge la influencia del *Codice Civile* de 1942, el cual establece en su art. 2437 que, como consecuencia del ejercicio del derecho de receso, el socio tiene el derecho a obtener el reembolso de las acciones propias, según el precio medio del último semestre, si éstas son cotizadas en bolsa, o, en caso contrario, en proporción al patrimonio social resultante del balance del último ejercicio. En la misma línea, aunque con matices, se encuentra la Ley española de Sociedades Anónimas de 1951, la cual consagra en su art. 85 el derecho del accionista a obtener el reembolso de las acciones propias al precio de cotización media del último semestre o, si las acciones no se cotizan, al tipo que resulta de la apreciación del patrimonio líquido, según el último balance aprobado. La ley española deja pendiente la discusión que se planteaba en el marco del *Codice di Commercio* respecto a si el último balance debía ser el ordinario o podía tratarse de un balance especial. Afirma GARRIGUES que esta solución legal fue establecida con el propósito de que el valor no fuera fijado por el balance del último

- c) La ley Nº 16.060 de 1989 dispuso que "*Salvo pacto en contrario, el valor de la participación del socio saliente, se fijará conforme al patrimonio social a la fecha del hecho o del acuerdo que haya provocado la rescisión parcial o de la demanda de exclusión (...). En todos los casos, el socio saliente, sus herederos o representantes tendrán derecho a demandar a la sociedad el pago de las diferencias a su favor que estimen procedentes por cualquier causa (...)*" (art. 154 incs. 1 y 3).

El tema del valor de las sociedades comerciales y de sus participaciones sociales es un tema de singular importancia. El régimen jurídico de las sociedades comerciales se encuentra construido sobre la base de un delicado equilibrio entre socios o accionistas y acreedores, y de los propios socios o accionistas entre sí, de modo que cualquier desvío en la determinación de dicho valor habrá de traducirse en un perjuicio para alguna de las partes involucradas.

Por otra parte, no se trata de una cuestión específica del derecho de receso ni siquiera de la rescisión parcial de la sociedad, sino que se expande a otros muchos casos, como la fusión de sociedades, el rescate y amortización de acciones, el aumento del capital social o la partición de paquetes accionarios⁵⁹.

Con muy buen criterio, la ley Nº 16.060 abandonó el régimen de fijación del valor de las acciones ofrecidas en bolsa, en función del promedio de sus cotizaciones en los últimos seis meses⁶⁰. Las mismas razones invocadas en el pasado para eliminar la llamada "*market exception*" -en la medida que el mercado no ofrece un mecanismo de formación del precio que refleje razonablemente el valor de la participación social- resultan de aplicación para excluir la cotización bursátil como un criterio para fijar el valor de la participación del recedente⁶¹.

La ley societaria dispone que el valor de la participación del socio recedente se fijará conforme al patrimonio social a la fecha del hecho o del acuerdo que haya provocado el receso (art. 154 inc. 1). Sin embargo, esto no implica sostener que el valor de la participación social debe necesariamente determinarse en función de la cuota parte correspondiente al recedente en el patrimonio neto contable de la sociedad. Máxime, cuando la misma norma prevé más adelante la posibilidad de impugnar la liquidación de la participación social realizada por la sociedad, demandando el pago de las diferencias a su favor que se estimen procedentes *por cualquier causa* (inc. 3).

En el mundo de las finanzas de empresas se han producido significativos avances en el análisis de los mejores criterios para determinar el valor de la actividad empresarial de la sociedad. La doctrina propone diversos métodos alternativos al respecto⁶²:

- a) *Métodos basados en el valor patrimonial*: Estos métodos tratan de determinar el valor de la empresa a través de la estimación del valor de su patrimonio. Dentro de este grupo existen, a su vez, diversas variantes. Puede tratarse del *valor contable*, fijado por la diferencia entre el activo total y pasivo exigible, según libros de la sociedad. Puede tratarse de un *valor contable ajustado*, en el cual se determine un patrimonio neto ajustado, producto de la valuación especial de algunos activos en particular (análisis de la cobrabilidad de la cartera, depuración de inventarios, tasación de los bienes del activo fijo, etc.). Puede tratarse de un *valor de liquidación*, en el cual se deduzcan del patrimonio neto ajustado los gastos estimados que habrá de determinar la liquidación de la sociedad. Finalmente, puede tratarse de un *valor sustancial*, producto de incluir solamente los bienes necesarios para la explotación, valuados de acuerdo con su costo de reposición.

No obstante, todos estos métodos basados en el valor patrimonial tienen en común el hecho de determinar el valor desde una perspectiva estática, que no tiene en cuenta la posible evolución futura de la empresa ni su valor como empresa en marcha. Esto determina que se los considere técnicamente como poco adecuados.

- b) *Métodos basados en los beneficios o en los dividendos*: A diferencia de los anteriores, estos métodos contemplan la empresa desde un punto de vista dinámico, procurando la determinación de su valor en función de la estimación de su rentabilidad futura. Para algunos, el valor de la empresa debe fijarse en función del *valor actual de los beneficios* esperados, calculados sobre la base de un determinado número de años o por tiempo indeterminado; mientras que, para otros, dicho valor debe fijarse de acuerdo con el *valor actual de los dividendos* que se estima serán pagados a los socios o accionistas.

ejercicio, sino por el último balance aprobado, pretendiendo con ello que la valoración que se tome sea la más próxima al momento de la separación (ob. cit., t. II, pág. 255).

59 Vé. OLIVERA AMATO, *La partición de paquetes accionarios: El aporte de la teoría de la valuación de acciones*, publicado en esta Revista.

60 Esta solución se mantiene todavía en el *Codice Civile* (art. 2437).

61 KHUTORSKY, ob. cit., pág. 142; SIEGEL, ob. cit., págs. 125-126.

62 Vé. FERNÁNDEZ y SALOMÉ, *Finanzas para Directivos*, Pamplona, 1995, pág. 157.

Tampoco estos métodos han gozado de la aceptación de doctrina. En el caso del valor actual de los dividendos, su rechazo se debe a que la actividad empresarial de la sociedad genera normalmente mayores fondos que los aplicados al pago de dividendos, por lo que éstos no brindan una información adecuada para la valuación de aquélla. Con respecto al valor actual de los beneficios, la crítica reposa en la circunstancia de que el concepto de beneficios involucra algunos rubros (por ejemplo, las depreciaciones o amortizaciones) que no se reflejan en el flujo de fondos de la empresa.

- c) *Métodos basados en el fondo de comercio o "goodwill"*: Los métodos basados en la valuación del fondo de comercio consagran un criterio mixto entre los métodos estáticos y los dinámicos. Parten de la valuación estática del patrimonio neto de la empresa, a la cual suman luego una plusvalía resultante del valor esperado de los beneficios futuros.

Dentro de esta categoría de métodos, algunos consagran criterios más rudimentarios y otros, más sofisticados. Entre los primeros se ubica el llamado *método de valuación clásico*, consistente en sumar al patrimonio neto el valor del fondo de comercio, calculado como una determinada cantidad de veces el beneficio neto o la facturación de la empresa. Frente a este procedimiento se han establecido otros consistentes en medir el *valor de la renta emergente del goodwill*, consistente en sumar al valor del patrimonio neto revaluado el valor del fondo de comercio, medido en este caso como el valor actual de los superbeneicios futuros estimados de la empresa. Este método es el propuesto por la Unión de Expertos Contables Europeos.

- d) *Métodos basados en el descuento de flujo de fondos*: No obstante, la metodología más difundida para medir el valor de las empresas es la que se basa en la estimación de los flujos de dinero que la misma generará en el futuro, descontados a una tasa adecuada, según el riesgo de dichos flujos. Esta es la metodología aceptada actualmente por la doctrina de las finanzas de empresas como el único método de valuación conceptualmente correcto⁶³.

Se trata de un criterio esencialmente dinámico, que valora la empresa en función del flujo de fondos que ésta es capaz de generar, con prescindencia de cuál sea el valor de su patrimonio neto. A diferencia de los criterios basados en la proyección de utilidades o dividendos, la valuación de los flujos de fondos estimados prescinde de la consideración de aquellos resultados (por ejemplo, las depreciaciones o amortizaciones) que no se traducen en un movimiento de fondos. Será el llamado *cash flow proyectado* de la empresa el elemento sustancial para medir su valor.

Del análisis de los criterios expuestos surge que la regla del arte en materia de finanzas de empresas es la adopción de métodos dinámicos para valorar las empresas. La empresa es una unidad productiva en funcionamiento y vale en la medida que tiene capacidad para generar recursos. Esto implica descalificar los métodos estáticos basados en el valor del patrimonio neto contable como criterio de valuación de la empresa y de la sociedad comercial.

Este camino fue recorrido con acierto por la jurisprudencia norteamericana. Durante muchos años, el criterio seguido fue marcado por un fallo de la Corte Suprema del Estado de Delaware de 1950, en el caso "*Tri-Continental Corp. v. Battye*"⁶⁴. En este caso, la justicia sentó el principio de que el *fair value* de la participación del accionista debía establecerse sobre la base de una empresa en marcha y no sobre un valor de liquidación. Para esto, estableció lo que se llamó el "*block method*", basado en la consideración de tres elementos: el valor de los activos, el valor actual de los beneficios y el valor de mercado, cada uno de los cuales era ponderado según la situación.

El *block method* fue expresamente abandonado en 1983 por la misma Corte por considerarlo anticuado, excesivamente estructurado y mecánico. En el caso "*Weinberger v. UOP Inc.*" consagró un sistema de valuación más liberal, recogiendo las modernas técnicas de valuación utilizadas en materia de finanzas, el cual estaba basado en el descuento del flujo de fondos (*cash flow*) esperado de la sociedad⁶⁵.

Al mismo destino, aunque por caminos diferentes, está llegando el régimen español. La Ley de Sociedades Anónimas española, reformada en 1989, dispone en el art. 147.2 que, en el caso de que las acciones no se coticen en bolsa y no exista acuerdo entre la sociedad y los interesados, el valor de las acciones será determinado por el auditor de cuentas de la sociedad o por el auditor designado por el registrador mercantil, si la sociedad no estuviera obligada a verificación contable. Por su parte, entre los principios⁶⁶ que debe seguir el

63 WESTON y COPERLAND. *Managerial Finance*. Texas, 1992. pág. 703 y ss.; COPERLAND, KOLLER y MURRIN, *Valuation Measuring and Managing the Value of Companies*, New York, 1995, pág. 71 y ss.

64 Vé. FREY, CHOPER, LEECH y MORRIS, *Cases and Materials on Corporations*, Boston-Toronto, 1966, pág. 1320.

65 KHUTORSKY, ob. cit., pág. 147; CLARK, ob. cit., págs. 454-455.

66 Norma Técnica de Elaboración de Informe Especial en los supuestos establecidos en los arts. 64, 147, 149 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Norma Técnica ICAC).

auditor para la valuación referida se encuentran el valor de capitalización de resultados y el valor actual de los flujos monetarios netos ⁶⁷.

En el marco de la ley uruguaya, no existe impedimento legal alguno para recoger un criterio de valuación de la participación del socio o del accionista recedente basado en el valor actual del flujo de beneficios esperados de la sociedad. Es más, este criterio será en muchos casos el único adecuado para asegurar el valor real de la participación social, evitando el enriquecimiento injusto de una de las partes en perjuicio de la otra.

Las instituciones jurídicas no pueden construirse de espaldas a las realidades sociales y económicas que deben ser objeto de regulación. Deben además acompañar la evolución experimentada en el conocimiento científico y técnico. Así como el derecho ha procurado recoger las nuevas realidades aparecidas en el mundo de la informática y de las comunicaciones, parece razonable que recoja también los nuevos métodos dinámicos de valuación de empresas, sustentados en forma prácticamente unánime por la ciencia de las finanzas de empresas.

X. CONCLUSIONES

Los últimos cinco lustros de evolución del derecho de receso, tanto en el Derecho nacional como en el comparado, se traducen en un proceso de maduración y consolidación del instituto. Cuando todo hacía pensar que el receso era una categoría jurídica en vías de desaparición, perpetuado solamente en regímenes como los nuestros, donde la mayoría de los procesos de cambio resultan diferidos más de la cuenta, el derecho de receso renace con nuevos bríos.

Nacido como un mecanismo de protección de los accionistas minoritarios, ante la institucionalización de la sociedad anónima y el otorgamiento a las mayorías del poder prácticamente irrestricto de formar la voluntad social, se ha ido transformando, con el paso del tiempo, también en un mecanismo de protección de las propias mayorías y de la sociedad toda, en la medida que brinda un expediente formal a través del cual se canalicen los conflictos latentes entre los socios, que bloquean e impiden muchas veces el desarrollo de la gestión social.

La circunstancia de que las sociedades comerciales —y, en especial, las anónimas— tiendan a la inmortalidad, impone a los socios la carga de mantenerse en un estado permanente de iliquidez, situación que, de estar acompañada por un cambio en las condiciones básicas del negocio, se vuelve terreno fértil para los conflictos societarios. En nuestro país no escapan a estas consideraciones siquiera las sociedades anónimas cotizadas, ya que la falta de profundidad de nuestro mercado determina que la oferta pública de las acciones no brinde tampoco un canal adecuado para la comercialización de paquetes de cierta importancia.

Estas consideraciones contribuyen a explicar las razones por las cuales el instituto decimonónico del receso se expande a otros tipos sociales, se amplía a nuevas causales y adquiere nueva vigencia.

Por otra parte, a pesar de nuestra casi centenaria y amplia regulación del receso son sumamente escasos los conflictos relativos al tema que llegan a nuestros tribunales. Sin embargo, no creemos que pueda extraerse de esta circunstancia un juicio sobre la utilidad del instituto. El derecho de receso actúa por presencia. Es permanentemente tenido en cuenta por los operadores económicos a la hora de la toma de sus decisiones y es muchas veces el sustento de negociaciones sociales tendientes a la autocomposición de situaciones inequitativas planteadas en el seno societario.

La experiencia profesional nos revela que la consagración legal del derecho de receso constituye un elemento catalizador del funcionamiento societario y equilibrante del poder de los socios en el seno de la sociedad.

Sin embargo, como hemos desarrollado en el presente trabajo, existen todavía en nuestra regulación del instituto algunos puntos pendientes de revisión, en cuanto impiden el correcto funcionamiento del receso y quiebran el sutil balance que el mismo debe mantener en la compleja madeja de intereses y derechos involucrados en la vida social.

El primero es el mantenimiento del receso en los casos de aumento de capital. Al margen de la caótica regulación que la temática del capital social presenta en nuestra ley societaria, carece absolutamente de sustento el mantenimiento del aumento de capital como causal de receso.

El capital representa una fuente esencial de financiamiento del negocio social, necesaria para que la sociedad conserve su capacidad productiva en el mercado. Amenazar esta opción de financiamiento con el fantas-

67 Vé. BRENES CORTÉS, *El derecho de separación del accionista*, Madrid-Barcelona, 1999, págs. 484-489.

ma del receso es una solución perjudicial e innecesaria para las sociedades anónimas. Existen en el marco de la ley y de la técnica de protección de las minorías otras opciones y técnicas de protección del valor de las participaciones sociales, menos dañinas para el negocio que la consagración del receso.

La reforma del año 2000 dio un tímido paso con la posibilidad de exclusión estatutaria del receso en estos casos. Sin embargo, se trata de una modificación insuficiente, en cuanto deja pendiente de solución el caso de miles de sociedades constituidas antes de la reforma, para las cuales es imposible acudir a esta solución.

El segundo es la perduración del espejismo de que el mercado puede representar en las sociedades anónimas cotizadas una alternativa de separación del accionista disidente, en condiciones adecuadas. Como expresáramos, la llamada "*market exception*" fue abandonada en mercados mucho más profundos y transparentes que el nuestro como una opción de separación satisfactoria del accionista. Las distorsiones que naturalmente presentan los mercados de valores determinan que el precio de las acciones formado en los mismos no refleje normalmente el valor real de las participaciones.

Esta situación es aún más clara en nuestro sistema, donde el extremadamente menguado mercado de acciones determina que resulte prácticamente imposible la comercialización, a valores razonables, de las participaciones de los socios que decidan separarse de la sociedad.

El tercero es la clarificación del régimen de protección de los acreedores. El receso es inequívocamente un proceso de reducción del capital social. Las restantes alternativas propuestas por la doctrina constituyen soluciones transitorias o predatorias de otros derechos sociales igualmente merecedores de tutela.

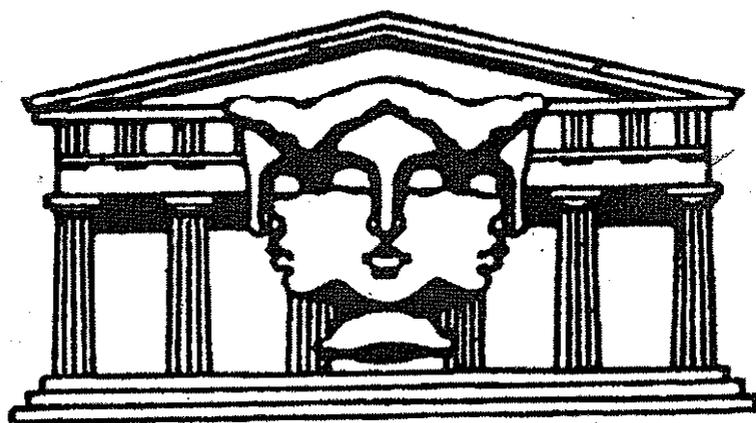
En consecuencia, el ejercicio del derecho de receso está necesariamente subordinado a los mecanismos de protección de los acreedores sociales que establece la ley. La función de garantía que —aunque imperfecta— confiere la ley al capital social constituye la piedra angular de la protección del crédito, postergando necesariamente el derecho de cualquier socio o accionista al reembolso de su participación.

Si bien consideramos que esta solución surge de una correcta interpretación de la ley societaria y de los valores que ella preserva, una equivocada aproximación al tema puede crear un serio perjuicio al crédito social.

El cuarto es la adecuada valuación de la participación del socio recedente, de modo que refleje razonablemente el valor real que la misma tiene. Una inadecuada valuación de la participación del recedente puede traducirse en un enriquecimiento injusto de alguna de las partes y, en determinadas circunstancias, una negación del propio derecho de receso.

En este sentido, la ciencia de las finanzas de empresas ha logrado un notable nivel de evolución y sofisticación conceptual, sobre la base del descuento del flujo de fondos futuros de la sociedad, a cuyos desarrollos es necesario acudir.

La revisión y adecuada regulación de estas cuestiones habrá de permitir que el derecho de receso cumpla adecuadamente la función protectora que le es propia y que en un futuro estudio sobre el tema —dentro de cinco lustros— podamos referirnos complacidos a la eficiente función que el receso continúa cumpliendo en el funcionamiento de las sociedades comerciales.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Echevarría Petit, José Luis «Participación conjunta del sector público y del sector privado en proyectos de infraestructura en la experiencia canadiense».*
- *Ortells Ramos, Manuel - «Proceso y nuevas tecnologías en los países de la Unión Europea».*
- *Martínez, E. Carlos - «Acceso a los mercados internacionales de capital».*

PARTICIPACIÓN CONJUNTA DEL SECTOR PÚBLICO Y DEL SECTOR PRIVADO EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN LA EXPERIENCIA CANADIENSE (*)

JOSÉ LUIS ECHEVARRÍA PETIT

Profesor Ayudante de Contratación Administrativa
en los Programas Master en Derecho, Universidad de Montevideo

I. INTRODUCCIÓN

Al intentar una primera aproximación al tema con respecto a la experiencia canadiense, se constata la existencia de un concepto de asociación o participación entre los sectores público y privado en la implementación de proyectos de infraestructura (*Public Private Partnerships* o P3).

Se trata de un concepto que alude a la participación entre ambos sectores, y que abarca una gran diversidad de contratos que van desde la mínima participación privada en el riesgo (contrato de obra pública) hasta la total privatización que separa al Estado del rol prestacional para desempeñar un rol exclusivamente regulatorio y de control.

Se trata de una multitud de contratos que superan la rígida dicotomía entre prestación pública versus privatización que ha generado división y desencuentro en Uruguay, y que cambia el enfoque, poniendo el énfasis en la coparticipación de ambos sectores para mejores y más económicos servicios e infraestructuras.

Canadá se encuentra muy avanzado en este tema de la colaboración entre sectores público y privado, y sin perjuicio de ello, hay una enorme preocupación por el análisis de experiencias extranjeras. Creo que se trata de una actitud que es digna de ser imitada.

Por todo lo anterior, el estudio del concepto de P3, supone el análisis de los distintos grados de colaboración entre los sectores público y privado, y el panorama institucional erigido alrededor de estos contratos. El objetivo de dicho análisis es identificar aquellas prácticas, normas y contratos que pudieran ser aplicables a nuestro medio, para mejorar el panorama de los contratos de infraestructura que han sufrido, tanto en el proceso de selección como en la etapa de ejecución, tantos reveses en la historia reciente del Uruguay.

II. EL CONCEPTO DE ASOCIACIÓN ENTRE SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO

Debe hacerse antes que nada una precisión terminológica: la traducción literal de *partnership* es asociación. Sin embargo, en el concepto que vamos a analizar, en realidad podría entenderse como participación.

La asociación entre sector público y privado, o P3 (*Public Private Partnership*), es definida como "El emprendimiento de cooperación entre sectores público y privado, basado en la experiencia de cada socio, que satisface de mejor forma necesidades públicas bien definidas, a través de la distribución adecuada de los riesgos, recursos y recompensas" (*Public Private Partnerships*, publicación del Canadian Council for PPP, año 2000).

Cooperación basada en la experiencia de cada socio: El primer concepto que surge claro en Canadá cuando se comienza a analizar el tema de la interacción entre ambos sectores en proyectos de infraestructura, es que esos contratos se basan en la utilidad de la combinación de la experiencia de cada socio. Se parte de la base de que cada socio tiene su fortaleza, su expertise: el sector público conoce la administración, conoce el servicio que tiene que prestar, y conoce muchas veces mejor que nadie las necesidades públicas insatisfechas; a su vez, el sector privado tiene otras fortalezas, tiene mejor acceso al financiamiento, en muchos casos una mayor ductilidad derivada de su sujeción al Derecho Privado, y muchas veces, goza de una mayor eficiencia como consecuencia de lo anterior.

Quiere decir que cuando hablamos de interacción entre ambos sectores, o como se expresa en Canadá,

(*) Exposición realizada el 31 de octubre de 2002, de retorno de un viaje de estudios promovido por la Embajada de Canadá en Uruguay.

de PPP o P3 (Public Private Partnerships), nos referimos a la combinación de la experiencia de cada socio, de sumar el expertise que tiene cada uno de los sectores, a los efectos de satisfacer de mejor manera las necesidades públicas bien definidas.

Satisfacción de necesidades públicas bien definidas: El punto referido a la identificación y definición de las necesidades públicas existentes es muy recurrente en los planteos que se realizan en Canadá al enfrentar el tema de los PPP.

Canadá es un Estado Federal, que congrega en su seno Provincias, que a su vez están integradas por Municipios. De acuerdo a la información disponible, estas coparticipaciones en la prestación de servicios y construcción de infraestructura se define generalmente a través de los niveles municipales, que desarrollan en Canadá en forma más directa el rol prestacional.

En la mayoría de los casos, son los Municipios los que identifican las necesidades públicas insatisfechas, por tener una relación más cercana con la comunidad. Ello es sin perjuicio de que el Gobierno Federal, los provinciales y los municipales de Canadá están on-line, por lo que el acceso a niveles provinciales y federales también es posible manteniendo intercambios de ideas tanto verbales como vía Internet con titulares de importantísimos cargos.

Una vez que se constata la existencia de una necesidad pública bien definida, se analiza de qué forma esa necesidad pública puede ser satisfecha de mejor manera, por el sector público independientemente, por el sector público y el sector privado en forma conjunta, o por el sector privado por sí solo.

Es decir, que en Canadá se realiza el análisis referido, y si de ese análisis surge que la mejor forma de satisfacer la necesidad pública es la interacción entre ambos sectores, entonces comienza un proceso de creación de un P3.

Distribución adecuada de riesgos, recursos y recompensas: El punto crítico de esta asociación o participación es principalmente la distribución o ubicación de los riesgos que entraña el proyecto de que se trate.

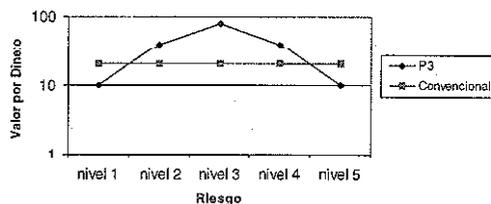
En primer lugar, deben ser identificados los riesgos asociados al emprendimiento que desea implementarse a través de un P3. Una vez identificados los riesgos, los mismos deben ser distribuidos para ser asumidos por las partes. Se pone un gran énfasis en que no se trata de una transferencia de riesgo, sino que se trata del manejo o gestión (management) de esos riesgos.

La transferencia racional de riesgos, es la atribución de cada riesgo a la parte que puede asumirlo de la mejor manera. Si el particular interviniente en un P3 asume los riesgos que sabe cómo mitigar, evitar o enfrentar, entonces, el costo de ese riesgo será el menor posible.

Cuando el costo que el particular afronta, es menor al que tendría que afrontar el Estado, entonces, se está haciendo rendir el máximo al dinero tanto público como privado, que se debe invertir.

A los efectos de las siguientes consideraciones, el concepto de valor por dinero significará cuánto se puede obtener por una suma invertida. Es decir, que si se gasta dinero superfluo en que una parte asuma un riesgo que no debería asumir (por no poder afrontarlo eficazmente), el valor por el dinero baja. Si por el contrario el costo asociado a los riesgos es el menor posible porque se distribuyó de manera óptima, entonces estamos frente a la hipótesis de obtención de mayor valor por el dinero.

La función existente entre el grado de riesgo asumido por el particular y el valor por el dinero, se puede representar en la siguiente gráfica. En el eje vertical se representa el valor obtenido por el dinero y en el horizontal el nivel del riesgo asumido por el particular co contratante del Estado.



En un esquema tradicional de contrato de obra pública, por poner un ejemplo, el valor por el dinero obtenido por el Estado o por el usuario no varía puesto que el riesgo en estos contratos no varía esencialmente, el particular asume el riesgo de su propia actividad y el de cobro al Estado. En cambio, en un esquema de contratos entre públicos y privados bajo P3, la ubicación de los riesgos permite desplazar los riesgos en forma total o parcial, de manera que la distribución de los mismos puede hacerse en forma óptima. Los riesgos tienen que estar asumidos por la parte que mejor lo puede manejar y ello debe prevenir un desplazamiento indiscriminado. De la experiencia Canadiense, se desprende que hay un punto en el cual se llega a la distribución óptima que significa transferir al sector privado aquellos riesgos que el privado maneja mejor que el Estado.

Cuando la transferencia del riesgo no respeta la distribución fundada en el criterio de quien puede manejarlo de mejor forma, el privado, a cambio de asumir riesgos que no puede enfrentar con eficacia, penaliza en el precio o en el valor del servicio, lo que disminuye el valor por el dinero.

Muchas veces, en nuestro país, asistimos a un enfoque muy distinto, consistente en que el Estado se deshaga de todos los riesgos posibles, lo que, a la luz de la experiencia analizada en Canadá, es un planteo erróneo.

En repetidas oportunidades, se incluye en los pliegos de condiciones de licitación, como riesgo a cargo del particular, el derivado de la regulación de la actividad, cuando equivocadamente se adjudica antes de regular. Este riesgo desconocido para el particular, no puede ser transferido impunemente al mismo, sino que ello tiene un costo. Pero adviértase que el costo sería nulo si la regulación se hiciera antes de convocar, o si el propio Estado cargara con ese riesgo que está en sus propias manos evitar.

El mismo panorama se da con la aprobación ambiental necesaria para el proyecto, que muchas veces se demora sin culpa del particular, y sin embargo, muchos pliegos establecen plazos con multas para su obtención cuando es el propio Estado que la concede. El costo que implica transferir ese riesgo al particular consiste en que el mismo calculará la eventualidad de afrontar multas, u otras penalidades.

III. DIVERSIDAD DE CONTRATOS BAJO EL ESQUEMA P3

En la realidad jurídica canadiense, existe un amplio menú de contratos que se ubican dentro del concepto amplio de Public Private Partnerships.

Estos contratos pueden ser clasificados según el grado de transferencia de riesgos al sector privado. Mientras en los contratos de obra pública por poner un ejemplo, el riesgo del particular es el de cobro de las sumas al Estado, en los contratos en que se produce el desplazamiento progresivo de los riesgos, los contratos se vuelven más complejos, y se llega a aquellos en que el particular asume incluso los riesgos de la explotación como se da en contratos de concesión y similares.

Es evidente que, a medida que el involucramiento del sector privado aumenta, se debe tener conciencia de que el proceso de llevar adelante el proyecto es más complejo. Es mucho más complejo este tipo de contratos que aquellos en los que el Estado presta servicio, construye y desarrolla, y por supuesto que también es mucho más compleja la selección del oferente de este tipo de contratos que cuando el Estado decide qué precisa y sólo convoca a interesados en ejecutar el encargo concreto.

Para hacer una simple enumeración de algunos de los contratos que se consideran incluidos en este concepto de P3, y comenzando por los contratos con menor desplazamiento de riesgo al sector privado, encontramos:

El contrato **Diseño y construcción** ("design build") que es un contrato de obra pública típico, en el que el particular diseña y construye, a cambio de un pago prestablecido a cargo del Estado. En este contrato, los riesgos principales del contratista son los

relativos al diseño y construcción y los relativos al cobro de los dineros adeudados por el Estado.

Avanzando en la transferencia del riesgo, el contrato de **Operación y mantenimiento** ("operation and maintenance") que consiste en la operación y el mantenimiento de una infraestructura preexistente. En este contrato aparece el riesgo de la operación, no ya de la explotación de la infraestructura. Es decir que se opera para el Estado que es el titular de la explotación. Depende del objeto del contrato, el grado de riesgo asumido, y existen casos en que el servicio involucra salud humana (por ejemplo agua potable, saneamiento) y por lo tanto el riesgo puede ser alto. De todas formas, está al alcance del operador el minimizar los riesgos con prácticas acordes al servicio.

Ascendiendo en la transferencia de riesgos, se ubica el contrato de **Diseño, construcción y operación** ("design, build and operate") que implica no sólo diseñar y construir, sino que además implica operar durante un cierto período, lo que determina que, al diseñar y construir, el particular habrá de tener en cuenta también que la infraestructura sea operable en forma eficiente, dado que será ese mismo constructor quien habrá de operarla.

Otro contrato similar es el **Arrendamiento, desarrollo y operación** ("lease, develop, operate and transfer") consistente en que el Estado arrienda al particular una infraestructura, para desarrollarla, operarla y luego devolverla al Estado.

El último eslabón de esta cadena lo constituyen los contratos de **Privatización** ("Privatization") en los que el rol del Estado se transforma en puramente regulador y controlador, y la satisfacción de la necesidad involucrada, se transmite a la actividad privada.

El punto de quiebre es el contrato de **Construcción operación y transferencia** ("Build own operate and transfer") que en Derecho sajón se llama BOT y que en Canadá se llama BOOT.

Estos diversos contratos representan diversos grados de complejidad.

Uno de los problemas que están ocurriendo ahora en el mundo es la retroversión de bienes en muchas de las concesiones que se operaron en la década de los 80 en Europa y en los 90. La retroversión es la devolución de los bienes que fueron explotados por el sector privado en virtud de una concesión, a su titular que es el Estado. Se trata de un tema extremadamente importante y desafiante, que despierta enorme interés. Una addenda recién aprobada por UNCITRAL como modelo indicativo respecto de la retroversión de los bienes al final de las concesiones, establece los puntos a tener en cuenta al momento de la celebración de los contratos respecto de la forma y alcance de la retroversión de bienes al Estado al fin de dichos contratos.

Dentro del elenco de contratos anexos a los P3, se encuentran los relativos al **financiamiento**, cuando

el privado solamente aporta una estructura de financiamiento del proyecto.

IV. COMPLEJIDAD DE LOS PROCESOS TENDIENTES A IMPLEMENTACION DE P3

Es por la complejidad descripta, que el desarrollo de proyectos bajo un esquema de P3, determina en muchos casos, que los procesos de licitación utilizados en los esquemas tradicionales dejen de ser eficaces. Ello hace notar la necesidad de una mayor profesionalización en el manejo de estos procesos licitatorios.

Esta mayor complejidad y dificultad de aplicar los procesos de selección tradicionales a los nuevos proyectos a implementarse bajo estos contratos de participación entre sector público y privado, determina que la tendencia sea centralizar los procesos de contratación en equipos altamente profesionalizados y entrenados en los distintos aspectos que involucran estos contratos.

Cuanto más se involucra el sector privado en la prestación del servicio, es más importante y más clave la relación de colaboración entre las partes a través de un buen jefe de proyecto, es decir un representante del Estado que tenga claro que el enfoque de estos contratos es colaborativo.

Si se logra que el interesado que ofrece prestar sus servicios considere que está colaborando con el Estado en la prestación del mismo, y se consigue que el jefe de proyecto del Estado sea consciente de que están colaborando, entonces se genera una buena relación. Por el contrario, una mala relación entre las partes genera un desastre a nivel de la ejecución del contrato.

Respecto a los procesos, es valor entendido en Canadá, que es necesario un soporte político que asegure el buen fin del proyecto, así como un "Project Champion" que sea el jefe de proyecto que lo lleve adelante. Todo dentro del mayor nivel de centralización y profesionalización de los equipos que llevan adelante esos procesos.

V. PANORAMA INSTITUCIONAL

Industry Canada P3 Office El Ministerio de Industria del Canadá tiene una oficina dedicada exclusivamente a este tipo de contratos (P3 Office).

El Ministerio de Industria parte, de la base de la importancia de este tipo de contratos y trata de centralizar información para que ésta esté disponible a todo el público interesado, y para que la gente pueda acceder a las claves de cómo se llega a estos proyectos.

Hay muchísimos documentos ("Papers") de discusión que ponen en Internet, para que la gente incluso dé su opinión, sea quien sea. De esa forma, intentan ir logrando armar una normativa que después sea adaptable y que sea aceptada por el público.

O sea que el primer cometido de la P3 Office es centralizar la información, y a su vez dotar de entrenamiento al personal, tanto a nivel federal, como a nivel provincial y a nivel municipal. Es decir, que las distintas oficinas de Industry Canada tienen currícula de entrenamiento de funcionarios, que permite justamente profesionalizar al staff de funcionarios públicos que tienen que llevar adelante un proyecto, que al principio siempre es una "rara avis" y que por lo tanto, genera inquietudes y pone en crisis muchos esquemas tradicionales.

Canadian Council for PPP (Public Private Partnerships) Otra institución de gran importancia, tanto a nivel federal, como provincial y municipal es el Consejo Canadiense para P3.

Este Consejo canadiense es otro centro de desarrollo de estos contratos, con una dinámica espectacular. Se trata de una persona jurídica sin fines de lucro que está integrada por agentes del sector público y agentes del sector privado, gente de la industria gente del comercio, es decir que se articula un enorme ámbito de discusión respecto de estos contratos.

Centraliza la discusión sobre los temas relativos a P3, pero hace mucho más que eso. Por estar integrado por gente del sector público y gente del sector privado con acceso a los niveles de decisión, fluye dentro del mismo tanto la información como las decisiones, facilitando a la vez la participación de los sectores en la formación de políticas y en la formación de legislación. Lejos está el criterio hermético de que las normas emergen sólo del nivel político y que son sólo decisiones políticas, no, en Canadá eso no es de esa manera.

El gobierno de Canadá está on-line lo que determina el acceso del público a los ámbitos de generación de política. Existen distintos entornos o ámbitos que canalizan esa información y esas inquietudes hacia el sector político.

El Canadian Council una entidad muy respetada que prepara documentos que analizan los distintos proyectos que se han realizado bajo la forma de P3, tanto a nivel federal como a nivel provincial y municipal.

Otra actividad de fomento de estos proyectos consiste en la organización de concursos, con premiaciones a los proyectos del año, al proyecto mejor financiado, o al proyecto de financiación más innovativa, al proyecto de mayor avance técnico etc. Luego se publican los resultados, incluyendo los datos de los proyectos y contactos con las personas que tuvieron responsabilidad en los mismos. A partir de toda esa información, comienza a ser posible el análisis

sis de casos prácticos, para sacar conclusiones favorables o desfavorables respecto de proyectos individuales, pero en todo caso para aprender para los futuros proyectos.

A su vez, el Canadian Council, con ese acceso incommensurable a la información, prepara también documentos que incluyen recomendaciones tales como "mejores prácticas", lo que se llama Best practices papers. Estos documentos se ponen en circulación y son utilizados por los propios administradores y los integrantes del sector privado para analizar y para mejorar la performance de su próximo P3.

El Canadian Council for PPP no sólo centraliza la información, sino que además genera un gran ámbito de interacción con otros países, organiza conferencias internacionales de carácter anual. En noviembre de 2002 se organizó en Toronto una conferencia anual a la cuál asiste gente de todas partes del mundo, incluyendo países que están desarrollando estos contratos, como por ejemplo Australia (que es hoy por hoy un país con un desarrollo muy interesante en la materia), así como Inglaterra, sobre la que más adelante daré algunos datos

EL Canadian Council for PPP se autoimpone principalmente tres funciones: una consiste en la identificación de proyectos adecuados para este tipo de procesos de P3, o sea de coparticipación entre los sectores público y privado; otra función consiste en la identificación de vías alternativas e innovadoras de financiamiento, lo que en realidad en este tipo de contratos es básico (en Inglaterra estos contratos se califican como PFI "Private Finance Initiatives", quiere decir que lo fundamental para los Ingleses es que en realidad hay estructura pública financiada por capitales privados); la tercera función fundamental consiste en actuar como educadora, en el sentido de que debe educarse a la población en el entendimiento de que los mejores servicios se logran muchas veces a través de estos proyectos conjuntos y que esos mejores servicios generan una mejor calidad de vida.

Todos estos intercambios irradian hacia los terceros, la convicción de que este es un sistema alternativo que no perjudica al Estado, sino que colabora con el Estado en su funcionamiento y en la prestación de mejores servicios.

VI. PROVINCIAS A LA VANGUARDIA EN MATERIA DE P3

Actualmente casi todas las provincias tienen algún movimiento respecto de estos contratos, pero creo que es muy importante resaltar que ciertas provincias están bastante más interiorizadas en estos proyectos, tales como Ontario, British Columbia, Saskatchewan.

British Columbia es de las más adelantadas en la materia, dado que ha realizado todo una serie de es-

tudios y ha generado un documento de instrucción para seguir un proceso de creación de un P3, desde el momento de la identificación de la necesidad, hasta el momento de la ejecución del contrato y retroversión de los bienes al Estado.

En el documento de British Columbia, se hace el análisis del panorama que existía en esta materia, para recién lanzarse a la concreción del primer proyecto en 1998. Quiere decir que el movimiento efectivo en materia de implementación de P3 es muy reciente y ha resultado arrollador.

Es decir que a nivel oficial, en la Provincia, se optó por estudiar la realidad y detallar los problemas y virtudes del sistema, antes de concretar los primeros proyectos.

Saskatchewan acaba de formar un equipo que preparó un documento que también hace una revisión de los proyectos y de la bibliografía disponible, y sugiere un conjunto de "mejores prácticas" a partir de los aciertos y los errores analizados en su estudio.

Las ventajas que dicho equipo ha detectado en los P3 son:

Ahorro por abatimiento de costos. Confieso que cuando ví estas afirmaciones en muchos distintos documentos, pensé que se trataba de una afirmación basada en una intención de que así fuera. Luego, analizando material sobre el punto, encontré una publicación que está basada sobre información de Inglaterra. La misma refería al difundido uso en ese País, del Public Sector Comparator en las licitaciones. El Public Sector Comparator viene a ser un presupuesto de oficina que de alguna manera viene a oficiar de benchmarking. El Public Sector Comparator aporta al Estado una idea de comparación respecto de cuánto costaría al mismo concretar el proyecto por sí sólo, para ver si lo que puede obtener del sector privado es competitivo y beneficioso. Analizando las comparaciones de estos presupuestos de oficina (como los llamaríamos acá) y la realidad, se llegó a la conclusión de que en Inglaterra, tomando diversos proyectos ejecutados, el ahorro respecto del Public Sector Comparator era del 17%, lo cual ya es bastante. Pero más adelante el trabajo, establecía que en los servicios y la infraestructura creada sólo por el sector público había un sobreprecio respecto del Public Sector Comparator de un 15% sobre del presupuesto de oficina. Con esto les doy una idea de que, realmente, por lo menos en la experiencia inglesa, esta no es una afirmación simplemente voluntarista, sino que realmente es una cuestión demostrable y el ahorro constatado es altamente significativo.

Incorporación de recursos privados para fines públicos. Otro de las ventajas de los P3, es que se logra invertir dineros provenientes del sector privado en infraestructuras para las que no existen fondos públicos disponibles. Ello permite asimismo que el sector público pueda destinar recursos a servicios que

no tienen la posibilidad de ser financiados por los privados, con lo cual de alguna manera se recoge el principio actual de la realidad administrativa, que es tender a que el Estado sea un prestador subsidiario, que preste los servicios que no se pueden financiar de otra manera, y haga accesible a las personas con pocos recursos, determinados bienes o servicios que de otra manera no se podrían financiar. Entonces, otra ventaja de los P3 es el logro de una mejor distribución del dinero público.

Mayores niveles de servicio. Otra ventaja detectada, consiste en mayores niveles de servicios con mayor eficiencia. Los estudios estadísticos disponibles revelan que el Valor por dinero que se obtiene en los proyectos de este tipo, es mayor que en los proyectos desarrollados solamente por el sector público o solamente por el sector privado. Ello se deriva del hecho de que cada parte asume los riesgos cuyo manejo le es más simple o eficaz, optimizando su distribución y abatiendo el costo de los mismos.

Fuentes alternativas de obtención de recursos. Otro beneficio detectado es el aprovechamiento de posibles fuentes alternativas para la recuperación de la inversión por el sector privado. Esto también es un tema que es bien interesante. Se ha detectado en diversos estudios que en muchos casos el sector privado es capaz de generar otra naturaleza de recursos, que no son propios del servicio, pero que están de alguna manera favorecidas por el servicio. De esta forma, dineros que de otra manera no se generarían se generan por servicios accesorios, por otros servicios relacionados, innovativos, etc. Es decir, de alguna manera se generan otros servicios además del que satisface la necesidad pública. Esta creación de nuevas oportunidades es mucho más dinámica en el sector privado que en el sector público, por las recompensas que el sector privado encuentra en las mismas.

Mayor eficiencia y menor plazo de implementación. Se resalta también como beneficio de estos P3, que la implementación es más eficiente. Más adelante veremos uno de los proyectos de una carretera. Se analizó en su oportunidad por las autoridades de Toronto, que el desarrollo de una carretera por medio de un simple esquema de obra pública financiada con impuestos iba a llevar 20 años para cubrir una necesidad que ya tenían, sin contar las necesidades crecientes de esos 20 años. O sea, la satisfacción de una necesidad de hoy iba a venir 20 años tarde. Estaban condenados a más de 20 años de insatisfacción de sus necesidades de tráfico, y por ello concibieron un esquema absolutamente distinto y consiguieron la infraestructura en cuatro años. Se trata de una infraestructura que costó más de mil millones de dólares canadienses.

Aumento del empleo y crecimiento económico. Además de las ventajas anteriores, se detectó el au-

mento de empleo y crecimiento económico, surge de las estadísticas realizadas.

VII. FACTORES PRINCIPALES DEL ÉXITO CANADIENSE EN ESTOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Existe en Canadá convicción general de que, para que haya éxito, los procesos de selección del socio privado deben ser adecuados. Es decir que quienes participan en estos proyectos parten de la base de que es muy complejo y de que los llamados a licitación tradicionales no resultan eficaces. Se requiere adecuar los procedimientos a la nueva realidad.

Adecuación de los procesos de implementación a la nueva realidad de los proyectos. Atendiendo a la realidad de estos contratos, en Canadá existen distintos tipos de llamados que se analizan en los distintos documentos que uno puede acceder sobre las "Mejores Prácticas", como por ejemplo los de British Columbia y Saaskatchewan, o el de Ontario Superbuild que es otra entidad sin fines de lucro de Ontario.

Todos esos documentos hacen referencia a lo importante que es el proceso que se emplea para llevar adelante un proyecto hasta implementar un P3.

Evidentemente no se puede aplicar a un proyecto de este tipo la normativa aplicable a un llamado a licitación para compra de víveres frescos, sino un proceso especial que prevea las dificultades que implican estos proyectos.

Request for proposals. es un llamado a propuestas que se aplica a proyectos en los que no está perfectamente definido el objeto, sino tan sólo la necesidad insatisfecha. Abren las puertas a que cada oferente les haga una propuesta para la satisfacción de las necesidades, para luego hacer una comparación. Para realizar esta comparación, el equipo debe de estar muy profesionalizado, dado que en este tipo de procesos, se debe realizar al mismo tiempo la comparación de los oferentes, de los proyectos, de los plazos, etc.

Request for tenders. Consiste en un llamado a ofertas. El llamado a ofertas es aplicable a proyectos cuyo objeto está ya definido, a diferencia del anterior, en el que lo identificado es la necesidad pero no la solución concreta.

Request for qualification. Este es un proceso previo de precalificación. Un aspecto clave del éxito de los proyectos de P3, está en la factibilidad financiera de los mismos, cuyo análisis implica un altísimo costo. La precalificación determina cuáles oferentes son considerados apropiados para el encargo, y ello determina la formación de una lista corta. Esta lista cor-

ta es muy importante, porque aumentando chances de éxito para las empresas que participan, se las incentiva para gastar lo que haya que gastar para una propuesta realmente buena. En estas precalificaciones generalmente se identifican como máximo 4 oferentes. Con estos oferentes se mantiene una comunicación muy fluida y de esa forma se llega a la preparación del pliego de licitación definitivo, bajo el cual el oferente debe presentar la oferta concreta. Esta comunicación con los eventuales oferentes es bien importante, porque hace a la claridad de las chances de éxito de quien viene a ofertar, o sea, se exige poco gasto en una etapa de precalificación, pero después de que precalifican y que hay tres o cuatro jugadores, ahí las empresas, con clara chance de éxito, comienzan a invertir en la preparación de una buena propuesta.

Voluntad política comprometida en la implementación del proyecto. Para que estos complejos procesos de implementación de P3 se concreten, se precisa una determinación y voluntad política clara, es decir, que nunca se puede convocar a oferentes a presentar propuestas, si no existe plena seguridad de que el proyecto se concretará.

Es más, el Canadian Council en uno de sus "Best Practices Papers", establece que el Estado debería comprometerse en los pliegos a reembolsar determinados costos a los oferentes cuando la eliminación o anulación de la licitación no se debe a malas propuestas o a culpa de los oferentes. Eso le genera un grado de compromiso importante al convocante, y consecuentemente, otorga seguridad a los eventuales oferentes. Esta seguridad de que los procesos culminan exitosamente es fundamental, y la ausencia de esta seguridad en Uruguay, ha sido en alguna medida fuente de los más recientes fracasos de proyectos tan necesarios para el empleo y la reactivación.

Respecto del tema de la percepción de seguridad y confianza en un seguro buen fin del proyecto, debemos pensar en algo que ocurrió en Canadá, aún siendo uno de los países más grandes del mundo, y con una población de 30 millones de habitantes. En un proyecto de agua, un representante de una de las mayores empresas del rubro del mundo, le expresó a un integrante del Canadian Council que aunque Canadá maximizara el negocio de agua al tope absoluto, sería un negocio más chico que el de California. Expresaron que si el proceso no aseguraba la segura concreción del proyecto, entonces no justificaba el costo de preparar la propuesta, y por lo tanto determinaría que no participaría la empresa en la licitación.

Si pensamos en el tamaño de Uruguay, en su población de 3 millones de habitantes y en su ubicación en el planeta, debemos tener muy claro que debemos asegurar condiciones seguras para venir a invertir a Uruguay, y no proceder como últimamente, llaman-

do a proyectos, para luego dejarlos de lado con el consiguiente perjuicio para los oferentes.

Esto es clave: si los eventuales oferentes no perciben que lo que sale al público llega a un final feliz, no invierte y créanme que en las revisiones que hay de casos, los costos de la preparación de una propuesta son muchas veces millonarias en dólares, se requiere seguridad de que el proyecto se concretará, para que las empresas se resuelvan a competir.

Equipo multidisciplinario. En todos los documentos analizados, se destaca que estos proyectos deben ser llevados adelante por un equipo multidisciplinario, con experiencia contractual, administrativa, de servicio, de financiamiento, etc.

De esa forma, se asegura que el proceso y los requisitos previstos para intervenir en el proyecto aseguren que el mismo sea factible desde el punto de vista técnico y desde el punto de vista financiero. Si no es financiable es inútil, no se llegará más allá de la precalificación. Si cuando haya que realmente preparar una propuesta, los documentos fueron mal preparados por el equipo, realmente no habrá oferentes, o éstos no serán buenos, o sus propuestas no serán buenas, entonces es fundamental que el equipo esté muy profesionalizado.

Intervención temprana de los financiadores del proyecto. También es muy importante la intervención temprana de los interesados en la financiación. Muchas veces, los pliegos que no tienen en cuenta este punto, determinan que se hagan gastos muy elevados por las empresas en la preparación de las ofertas, luego detectan que los financiadores no están dispuestos a participar en el proyecto. Es una garantía de éxito del proyecto, que analizado el pliego y el proyecto por un experto en el tema, surja que el negocio será atractivo para los que habrán de financiarlo y para quienes habrán de ejecutarlo, y eventualmente operarlo. Sin este análisis, el fracaso se produce luego de lanzado el proyecto al público, para frustración de éste y para perjuicio de los oferentes. Es decir que en conclusión, los expertos en financiamiento deberían estar presentes desde el análisis inicial previo a la preparación del pliego de condiciones.

Comunicaciones fluidas con los oferentes antes del llamado y durante el proceso. Llama mucho la atención cómo en Canadá logran compatibilizar esta comunicación fluida, con la debida transparencia, es decir, para que realmente los participantes privados puedan tener llegada y contacto, sin que eso genere un opacamiento del proceso. En los estudios sobre este tema, la solución propuesta es tan transparente que no da mucho lugar para que el proceso se opaque. Mantienen reuniones, incluso reuniones privadas con alguno de los oferentes, las graban, discuten, etc., pero el equipo multidisciplinario que lleva el proceso del principio hasta el final, no es el que evalúa las ofertas.

Es fundamental que los operadores participen en esta etapa y que los financistas también participen, porque en definitiva lo que se busca es la satisfacción de una utilidad pública por medio de un operador que sea bueno y que se vaya a involucrar en el proyecto, y a su vez que los financistas crean financiable el proyecto a partir de las previsiones del pliego. Porque ahí es donde se gesta el éxito o fracaso del proyecto.

Estandarización de procesos. Ese es otro de los temas que Canadá utiliza mucho y yo diría también la centralización de las compras.

British Columbia acaba de colocar un documento en Internet sobre el tema de la reforma de la normativa sobre los procesos de adquisición del Estado.

La solicitud de cambio en la legislación se debe a que British Columbia tiene aproximadamente 8.500 millones de dólares canadienses en compras. De estos 8.500 millones hay 2.500 millones por el sector público central, (aquel que no incluye las sociedades de la Corona, las municipalidades, y los sectores de educación y salud). Y hay 6.000 millones que se hacen por intermedio de esas otras organizaciones. De los 2.500 millones gastados por el gobierno central de la Provincia, hay alrededor de 475 millones que pasan por la Comisión de compras de British Columbia. Centralizar en un equipo multidisciplinario ya formado, entrenado en innumerables proyectos e independiente de la evaluación de los eventuales interesados pero que concentre la experiencia, canalice las inquietudes, el flujo de información, es muy beneficioso para el logro de normas y prácticas uniformes para las licitaciones.

Public Sector Comparator. Tal como se adelantó, el Public Sector comparator es una guía que se preparó para que cada entidad encargada de llamar a este tipo de contratos, pueda evaluar el costo que el proyecto tendría, si se enfrentara por el Estado individualmente. Se tiende a que en cada caso, el convocante prepare un presupuesto comparativo (que llaman en Canadá "Shadow bid") que lo que les va a permitir es ver qué valor por el dinero le están ofreciendo los que vienen a ofertarle por un P3.

Centralización de compras e identificación de riesgos y distribución de los mismos. Ya hice referencia a la gráfica que mide el valor del dinero en función del riesgo asumido. En ella se representa que una correcta ubicación de los riesgos genera valor por el dinero, y en cambio, una incorrecta ubicación de los riesgos genera más problemas y menos valor por el dinero. O sea que si a un oferente se le traspasan riesgos que no puede enfrentar eficazmente, ello redundará en una penalización que me va a imponer el oferente.

Por ejemplo, algo que se ve en muchos pliegos de condiciones de concesiones de obra pública, es que

el riesgo de la obtención de las servidumbres necesarias para la construcción de infraestructura (tendidos de caños, cables, gasoductos, etc.), se traspasa al sector privado. Existen diversas normas que en esta materia confieren al Estado prerrogativas que no tiene el particular, por lo tanto, éste no puede asegurarse el logro de las servidumbres en tiempo hábil. Si se retrasa el proyecto por esa causa, el contratista tiene multas por parte del Estado. Otro caso similar es la imposición de un plazo para lograr las habilitaciones ambientales que las confiere el propio Estado y que muchas veces se demoran por causas ajenas al oferente.

Se advierte que el riesgo es muy importante, y en el caso de obtención de servidumbres, el mismo se agrava por el hecho de que los dueños de las tierras saben de esa dificultad.

En ese caso, si el particular acepta el riesgo, penalizará al Estado en el precio del servicio o en la calidad del mismo. Es decir que, volviendo a la gráfica, pasamos el punto de mayor valor por dinero y este comienza a decaer llegando a medida que avanza en la aceptación de riesgos no controlables ni manejables eficazmente.

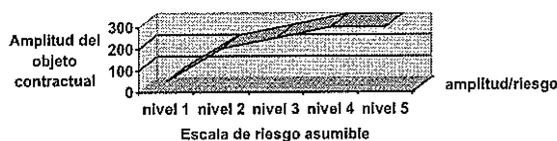
De lo anterior surge que el administrador, al preparar un pliego de condiciones en el que desplaza todos los riesgos al particular (lo que es penosamente corriente en nuestro país), le hace magro favor al Estado, porque obtendrá menor valor por el dinero, del oferente.

Ámbitos y discusión de entrenamiento sobre proyectos. Este es otro punto resaltable de lo que se aprecia en Canadá, existe un flujo de información real (no teórico) y acceso a los niveles de decisión son fundamentales. En la medida que el sector privado esta desprovisto de todo control y acceso a los niveles de decisión, percibe un riesgo que genera una penalización en la calidad del servicio o en el precio del mismo. Por el contrario, el acceso a la información y a los niveles de decisión, generan claridad y provocan seguridad en los eventuales inversores.

Amplitud en la descripción de los objetos de los contratos. Si en el eje vertical de la gráfica que se verá, colocamos las distintas amplitudes que puede tener el objeto contractual, y en el eje horizontal el riesgo que estará dispuesto a asumir el privado, se ve que a mayor amplitud del objeto, el privado estará más dispuesto a asumir riesgos.

Ello está determinado por el hecho de que frente a un objeto contractual amplio, el particular podrá utilizar toda su creatividad en la implementación de negocios marginales que representen fuentes de ingreso y que le permitirán absorber, al menos en parte, riesgos que debe asumir de acuerdo al pliego del proyecto.

Amplitud del objeto/ riesgo asumible



Evidentemente, tal como se representa en la gráfica, esta amplitud no implica un aumento directamente proporcional del riesgo a ser asumido. Tal como ya hemos advertido, un traspaso indiscriminado de riesgos no es aconsejable y tampoco lo es la indeterminación del objeto.

El ejemplo de las carreteras es paradigmático en el sentido de que si el objeto del contrato lo permite, el concesionario puede obtener recursos de la publicidad carretera, de concesiones de restaurantes, de áreas de recreo etc. Es de toda evidencia que esas fuentes de recursos deben de tener alguna contrapartida, y esa contrapartida, como se vio, puede consistir en que se asuma algún riesgo que de otra forma no se asumiría.

Estudio de la realidad de otros países. Canadá mira hacia el exterior. Una de las realidades externas que tiene mayor influencia en el panorama de P3 en Canadá es la experiencia de PFI (Public Finance Initiatives) de Inglaterra.

Algunos datos de Inglaterra son muy interesantes y demuestran que vale la pena analizar su experiencia como lo hacen los Canadienses.

El proceso de los PFI empieza en el año 1981, por una comunicación del Departamento del Tesoro presidido en ese momento por Sir William Ryrrie de ciertas reglas referidas a los PFI, tratando de restringir la práctica. No nos olvidemos que Inglaterra tenía muy buenos servicios y la percepción del público era el miedo de que vinieran los particulares para darle peor valor por el dinero.

Ya en 1992, el Gobierno emite una nueva reglamentación ampliando muchísimo el ámbito de este tipo de contratos.

A partir de 1992, el desarrollo es extremadamente dinámico y al llegar a 1993, el Gobierno emite una reglamentación que establece que el Ministerio de Salud, cuyo presupuesto era de enorme importancia, no podía acceder al crédito público si no demostraba previamente que el proyecto que se estaba apostando a lanzar no se podía financiar por PFI.

Es decir que, en Inglaterra, a partir de 1993, se vuelve una regla el análisis de la posibilidad de interacción y participación entre sector público y sector privado para el desarrollo de proyectos relacionados a la salud.

Solamente para dar una idea del volumen que adquieren estos proyectos de PFI, en 1995 había 1000

proyectos de PFI en Inglaterra, que representaban una inversión aproximada de 25 billones de libras. En la actualidad, según las publicaciones disponibles en la materia, hay aproximadamente ya 2000 proyectos, de los cuales algunos ya fueron concluidos, otros se encuentran en ejecución y otros por lanzarse. A su vez, hay procesos en trámite de implementación que implican inversiones de 7 billones de libras.

Australia es también parte del movimiento mundial tendiente a implementación de P3. En la actualidad está en un proceso de profunda modificación y ampliación de estos proyectos, los que también están teniendo un gran desarrollo y un gran éxito.

Acceso del público a la información y posibilidad de opinar. Merece un comentario obligado la amplitud para recoger y procesar opiniones. Respecto de la solicitud de nueva legislación de British Columbia, pude conversar con el Jefe de la Oficina de compras de dicha Provincia y en la conversación me dijo que sin perjuicio de la charla que mantuvimos, visitara la página de Internet que contenía el documento y que esperaba mis comentarios al respecto, que se trataba de un documento de discusión. Me resultó impactante que una figura que ejerce un cargo de esa importancia invitara a un extranjero desconocido a participar de la discusión, pero ello es absolutamente coherente con la disposición a recoger todas las opiniones del público en general para producir un borrador final de legislación analizado a la luz de todo tipo de comentarios y sugerencias. Incluso, una vez que le envié algunos comentarios, tuvo la deferencia de contestarme lo que generó un intercambio que me resultó muy útil para poder comprender su sistema de compras.

Es difícil (aunque sería deseable) ver este grado de participación de los interesados en la creación de legislación en nuestro país. El hermetismo en la creación de legislación es pernicioso, porque siempre existe gente preparada y lúcida para hacer sugerencias y comentarios.

VIII. PROYECTOS CONCRETOS DE DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA BAJO P3

Carretera 407 Toronto. Voy a hacerles muy breves comentarios de uno de los casos que para mí es paradigmático en la realidad Canadiense: el proyecto de la carretera 407 en el norte de Toronto.

La Ciudad de Toronto estaba afrontando un grave problema de congestionamiento de tráfico en el norte de la misma, por el mismo eje por el que las personas diariamente entraban a la Ciudad, circulaban quienes simplemente pasaban por el norte de la ciudad.

Frente a ese congestionamiento, el Gobierno de la Ciudad preparó un proyecto para construir una carretera que permitiera canalizar ese tráfico para luego ramificarlo según los distintos destinos.

Cuando se empieza a proyectar y construir, se hace mediante un esquema clásico de contrato de obra pública vial, con pagos por avance y financiado por el pago de impuestos.

Durante esa primera etapa, se llegó a la conclusión de que la satisfacción de la necesidad que existía en ese momento, recién iba a poder ser satisfecha 20 años después. Ello significaba que todo el aumento de demanda iba a quedar además insatisfecha.

Frente a la dificultad constatada, finalmente el Gobierno decide hacer un enfoque distinto.

Se resuelve modificar el sistema de financiamiento y acudir a los mercados privados de capitales de Canadá. Se lanza al mercado de capitales y se obtiene un financiamiento totalmente interno a pesar de que la predicción era que se debería acceder a las bolsas en EEUU.

Obtenido el financiamiento privado, se inicia el proceso para la contratación del diseño y construcción (design build) de la carretera. La misma era de tal avance tecnológico, que los 69 kilómetros costaron aproximadamente 929 millones de dólares canadienses.

El proyecto se inicia en el año 1996, en 1998 se concluye la construcción. Quiero llamar la atención sobre el hecho de que se trata uno de los corredores carreteros más rentables del planeta. Es un tramo de carretera absolutamente abierto, el costo de la infraestructura de cobro de peaje, que es puramente electrónica, costó más de 100 millones de dólares. Es una carretera abierta, sin ninguna barrera que funciona tanto para usuarios frecuentes, como como para usuarios ocasionales.

A los usuarios frecuentes se les vende un transponder que se le coloca en el vidrio del auto y al entrar y salir en la carretera, hay un detector que determina que entró por tal lugar y que abandonó la carretera en tal otro lugar. El cargo resultante se factura al propio usuario a su tarjeta de crédito.

Cuando el usuario no tiene el transponder, es fotografiado por cámaras en la entrada y salida de la carretera, y el cargo llega a través de un acuerdo que tiene el operador de la carretera con el Ministerio de Transporte, que tiene registrado los automóviles que circulan.

El tráfico jamás se detiene con lo cuál la carretera es mucho más rápida y mucho más segura, hicieron estudios sobre seguridad y ese sistema aportaba una seguridad adicional muy importante en la carretera.

Una vez en operación la carretera, el Gobierno decidió que no había necesidad de mantenerla en el Estado, a efectos de evitar mantenimiento y operación y con las miras puestas en obtener un beneficio

de su transferencia al sector privado.

Es así que acudieron a uno de los contratos con mayor traspaso de responsabilidad al sector privado, que es la concesión a 99 años.

El comprador es un consorcio Español que pago por 3.107 millones contra un costo total de 929 mas intereses y demás costos (1.500 millones en total), obligándose asimismo a construir intercambiadores y 39 kms. más de carretera, por un costo aproximado de 900 millones de dólares. Es decir que entre lo abonado y las obligaciones asumidas, el consorcio pagó 4.000 millones de dólares canadienses, lo que implicó mas de 2.500 millones de utilidad en dos años para el Estado, dinero que pudo destinar a otros emprendimientos que no se podían satisfacer con capitales privados.

En el contrato, además se incluyó una condición interesante. Se le impuso al concesionario la condición de que se cumpla con el descongestionamiento del tránsito que se perseguía con la construcción de la carretera. ¿Que determina esta cláusula? Que el concesionario va a cobrar peaje diferencial según el tipo de vehículo y la hora. Porque cuando tiene que descongestionar la carretera, lo debe hacer aún por medio de cobro de un menor precio, puesto que si no descongestiona lo penalizan. Esto es una demostración del significado de valor por el dinero.

Fijense algunos de los números en esta carretera: 240 mil usuarios por día laboral, hay 360 mil vehículos registrados con el tranponder. En el 1999 que es cuando se abre esta carretera, se detectaron 50 millones de viajes entre mayo y diciembre. El consorcio comprador es un consorcio liderado por Ferrovial con el 62%, SNC Lavalin con 23% y Capital D'Amérique 16%

Hay dos proyectos que les voy a comentar tres palabras que son bien interesantes.

Aeropuertos. El gobierno federal de Canadá decidió en un determinado momento, hace dos o tres años, desentenderse de la operación de varios aeropuertos de Canadá, pero resolvió que no le iba a dar a capitales privados con fines de lucro esa explotación.

Aunque parezca extraño, lo que nosotros llamaríamos las fuerzas vivas de British Columbia toman a su cargo la operación del aeropuerto sobre la base de un contrato de arrendamiento de la tierra de propiedad del Estado Federal.

Para tomar ese aeropuerto forman una entidad sin fines de lucro que pide un préstamo a los bancos por 200 mil dólares canadienses. Con ese préstamo comienzan a operar, y durante la operación, comienzan a estudiar el funcionamiento y la potencialidad del mismo.

Después de un determinado tiempo, constatan que la actividad era lucrativa, y que además existía una posibilidad de negociar con el gobierno central el cobro de una tasa de embarque que podía ser de

unos U\$S 5 o U\$S 15 según uno entrara desde otro aeropuerto de Canadá, o del exterior, y según el pasajero estuviera más días o menos días. La entidad negocia con el gobierno federal de Canadá y éste se lo aprueba.

Con ese paquete, van a un pool de bancos liderados por el Banco de Montreal, y le ofrecen un proyecto de remodelación del aeropuerto.

El proyecto que se realizó y se financió fue de 200 millones de dólares canadienses. No solo resultó autofinanciable, sino que resultó un buen negocio, además de un éxito, puesto que es un aeropuerto cálido, que funciona a las mil maravillas. Es verdaderamente un ejemplo. Y este gran proyecto, fue llevado adelante por una asociación sin fines de lucro.

Aeronavegación. Hay otro ejemplo que comentaré brevemente, que refiere al control de la aeronavegación.

En un determinado momento se vió que tampoco estaba siendo muy eficiente y el gobierno federal decide desentenderse de dicha operación.

Quien lo toma es otra asociación sin fines de lucro, integrada por las propias aerolíneas que operan en el espacio aéreo de Canadá.

Se logra de esa forma que quien precisa el servicio, es el que lo tiene que prestar. Las quejas deben dirigirse al seno de la misma organización, como autocrítica. Y a su vez tiene otra ventaja, no hay nadie que pueda saber más que las aerolíneas cuales son las necesidades del control de aeronavegación y seguridad y de tráfico aéreo.

Conclusiones:

Primero: examinar la experiencia de otros países. Canadá está mirando hacia el exterior y es un buen ejemplo a imitar. Nosotros tenemos que mirar hacia afuera, hay mucha experiencia en el mundo en este tipos de contratos entre el sector público y el sector privado y es mucho más amplia de lo que nosotros en realidad imaginamos.

Segundo: profesionalizar y centralizar en el ámbito público el desarrollo de los procesos de creación de infraestructura, desde el momento en que se identifica la necesidad, hasta el momento que se adjudica, se contrata y se ejecuta el contrato. Formar gente que concentre la experiencia y pueda mejorar en cada proyecto, es decir que no se pierda la experiencia.

Tercero: separar el equipo que desenvuelve el proceso de quienes deben evaluar las propuestas. En aras de una mejor comunicación con los oferentes y mayor cristalinidad del proceso.

Cuarto: involucramiento con los interesados busquemos la manera de hacerlo transparente pero no nos olvidemos que es necesario. Como dice habitualmente el Profesor Delpiazzo en sus clases, hay cantidad de muy buenas licitaciones pero con muy malos resultados, no es lo que se busca. Se tiene que hacer buenas licitaciones con buenos proyectos y correcta ejecución.

Quinto: Buenos procesos transparentes y sin complejos. Transparentes pero sin complejos significa sana interacción. No podemos encerrarnos para preparar los pliegos, tenemos que tener interacción con los interesados, y con el público.

Sexto: Buen ambiente de inversión recordando lo que les dijeron a las autoridades del agua en Canadá, nosotros precisamos generar un ambiente cálido y seguro de inversión que la gente venga con tranquilidad, sabiendo que el proyecto en el que están invirtiendo se concretará efectivamente. Ello se logra con compromisos claros, y seguridad en la contratación y cumplimiento contractual.

Finalmente, creo que hay que informar, hay que tratar de cambiar la creencia de que este tipo de contratos son sustracción al Estado, robo a los ciudadanos de una determinada infraestructura. Debemos demostrar que colaboración entre el sector público y el sector privado genera mayor y mejor servicio a menor precio, genera un ámbito de crecimiento económico y da oportunidad de trabajo, para la mejor calidad de vida, y para la felicidad de todos los Uruguayos.

PROCESO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA *

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General), España

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Bajo la denominación de nuevas tecnologías están comprendidos avances científicos y tecnológicos muy diversos y que afectan a diferentes aspectos de la vida humana y de las relaciones sociales, pero las tecnologías que pueden influir más amplia y profundamente en el proceso son, sin duda, las que se ha dado en llamar tecnologías de la sociedad de la información. Es decir, las tecnologías de archivo, tratamiento y transmisión de imágenes, sonidos y datos entre los equipos técnicos adecuados; las nuevas tecnologías ligadas a la electrónica, la informática, las telecomunicaciones y sus aplicaciones.

1. Referencia a la biotecnología

No obstante, conviene referirse, brevemente, a la incidencia en el proceso de las tecnologías desarrolladas en los campos de la biología y la genética.

Principalmente, esas tecnologías han generado el descubrimiento de nuevas fuentes de prueba, que podrán ser introducidas en el proceso mediante la prueba pericial.

Es el caso, en primer lugar, de las pruebas biológicas que permiten establecer o excluir directamente - es decir, sin limitarse a presunciones- principalmente la paternidad, pero también la maternidad si su atribución resulta afectada por conductas de alteración de la identidad de la madre o del hijo. Los avances científico-técnicos han determinado que las posibilidades materiales de investigación biológica con resultados fiables hayan avanzado desde las pruebas

heredo-biológicas a las actualmente muy difundidas pruebas hematológicas, continuando la tendencia evolutiva hacia los análisis de ADN, que permiten alcanzar resultados de gran seguridad.

Los análisis de ADN se aplican también a fines de identificación en la investigación penal.

De modo limitado a la investigación penal, el Ministerio de Justicia de España hizo público un anteproyecto de ley sobre bases de datos de ADN, en el que, junto con el régimen de los actos de investigación para la recogida de muestras biológicas y para la obtención de las mismas en el cuerpo de la persona sospechosa, se regulaba el análisis de las muestras y la formación y tratamiento de ficheros de los datos obtenidos.

2. El significado relativo de las novedades tecnológicas

El examen de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso conduce a un planteamiento relativista en dos sentidos.

A) Nuevas tecnologías y grado de desarrollo social y económico

En primer lugar, el progreso social y económico de un país condiciona el grado de implantación y uso social de las nuevas tecnologías informáticas y de la telecomunicación.

Pero, dentro de esta observación, hay que matizar, por una parte, que la implantación y el uso social de esas tecnologías se caracterizan por concentrarse, incluso dentro de un mismo país, en

* Es el texto-base de la conferencia pronunciada el día 17 de octubre de 2002, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Para una ampliación, con el correspondiente aparato crítico, puede consultarse de ORTELLS RAMOS, M., *Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional. Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales*, en "XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal", Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, páginas 607-675.

segmentos sociales determinados y en las áreas geográficas habitadas por los mismos. Fuera de esos ámbitos sociales y territoriales existe un elevado número de "desconectados" o "desenganchados".

El uso de las nuevas tecnologías como instrumentos de la actividad procesal ha de regularse de modo que no se infrinja, ni se ponga en peligro el principio de igualdad en el acceso a la jurisdicción y en la asunción de las posibilidades y cargas establecidas por la ley procesal.

Por otra parte, la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso también está condicionada por las prioridades políticas que se establezcan para la asignación del gasto público.

En definitiva, la dotación a la jurisdicción de los medios humanos y materiales necesarios para la aplicación de las nuevas tecnologías, es un componente más del problema de los recursos presupuestarios destinados a la justicia. No es extraño que entre las prioridades de modernización tecnológica de los poderes públicos, el Poder Judicial no haya ocupado los primeros puestos, en los que, generalmente, está instalada la Administración dirigida por el Poder Ejecutivo, y, especialmente, la competente en materia tributaria o fiscal.

B) Nuevas tecnologías y pervivencia de problemas respecto de tecnologías que ya no son nuevas

El segundo aspecto del apuntado planteamiento relativista es éste.

En el momento presente no sería, en verdad, acertado calificar como nuevas tecnologías la fotografía, las películas cinematográficas, las grabaciones magnetofónicas y videomagnéticas, el telex, el telefax o telecopia, el telegrama y la telefonía. En el contexto histórico de nuestra civilización, el descubrimiento de esas técnicas es relativamente próximo en el tiempo, pero la aceleración del progreso tecnológico en los últimos años ha sido tal que las técnicas mencionadas han quedado rápidamente desposeídas del sello de la novedad.

La cuestión notable es que, a pesar de la falta de novedad, hay ordenamientos que aún hoy se resisten a la recepción de estos medios técnicos como forma de los actos de comunicación entre tribunal, partes y terceros. Y, en otros, se halla todavía abierta la cuestión de su recepción como medios de prueba.

3. Las diversas formas de incidencia de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones en el proceso jurisdiccional

En términos generales, la incidencia en el proceso de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones se produce de dos formas:

- 1^a) Esas tecnologías pueden utilizarse como medios o instrumentos para realizar la actividad procesal, tanto por el tribunal y sus auxiliares, como por las partes. Me ocuparé inmediatamente a continuación de esta forma de incidencia.
- 2^a) La segunda forma de incidencia es ésta: las nuevas tecnologías dan lugar a nuevas realidades sociales, consiguientemente, también, a nuevas realidades jurídicas, y, por tanto, a nuevas materias litigiosas, sobre las que versará la actividad procesal.

En ocasiones la novedad de la materia litigiosa es absoluta —como ocurre, por ejemplo, con la litigiosidad que enfrenta la asignación de nombres de dominio con los derechos de marca—. En otros casos la materia litigiosa es tradicional, pero el uso social de las nuevas tecnologías origina aspectos novedosos en la litigiosidad —por ejemplo, la contratación celebrada en forma electrónica—. En la segunda parte de mi conferencia trataré de una de las manifestaciones más importantes de esta forma indirecta de incidencia: el valor probatorio de los soportes electrónicos.

II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTO DEL PROCESO JURISDICCIONAL

El empleo de las tecnologías informáticas y de la telecomunicación como instrumento para realizar los actos procesales puede tener grados diversos. Los expondré por orden de intensidad creciente.

1. Instrumento auxiliar para la realización de actos en las formas tradicionales

La utilización como instrumento auxiliar para la realización de los actos procesales en las formas tradicionales, escrita u oral, representa el grado de utilización más generalizado en los tribunales de los países de la Unión Europea. Revela la real aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso.

Se manifiesta, principalmente, en lo siguiente:

1º) En el uso de las adecuadas aplicaciones informáticas para el registro de los asuntos ingresados en los tribunales y el seguimiento del estado de tramitación de los asuntos.

2º) La utilización de aplicaciones informáticas de tratamiento de texto y de bases de datos para facilitar la elaboración material de actos procesales escritos del juez, de sus auxiliares y de las partes.

Estas dos finalidades son el principal resultado de la informatización judicial establecida con el programa *Habilus*, que se aplica en Portugal; y en España con los programas *Libra*, *Adriano*, *Atlante*, *Temis 2*, *Cicerone* y *EJ*, a cuyas prestaciones reales se refiere Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial de España.

3º) Sin alterar la forma de realización de los actos orales —es decir, manteniendo el requisito de la presencia física de los intervinientes en el acto ante el tribunal— las tecnologías de la imagen y el sonido (grabación magnetofónica, videomagnética y en soporte digital) pueden utilizarse para mejorar la documentación, superando los límites de la documentación escrita.

En el proceso civil portugués es preceptiva la documentación por grabación sonora, aunque también pueden utilizarse otras técnicas disponibles (art. 522 CPC). La LEC española de 2000 dispone que las vistas y comparecencias se registrarán "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen" (art. 147 LEC 2000), aunque se acompañarán de documentación por escrito de ciertos elementos esenciales del acto (art. 146 LEC 2000). En la práctica se utiliza tanto la grabación en video, como en soporte CD.

2. Nuevas formas de realización de ciertas clases de actos procesales: Incidencia de las nuevas tecnologías en los actos de comunicación del tribunal con las partes y con terceros, en el auxilio judicial y en el auxilio a la justicia y en la presentación por las partes de actos "escritos" al tribunal

La forma de relación social en la que las nuevas tecnologías han hecho notar más intensamente su influencia ha sido la telecomunicación. Es comprensible que la parte del ordenamiento procesal en la que

primero se ha producido la recepción de nuevas tecnologías, o en el que esa recepción se considera más razonable y deseable, es la que rige los actos procesales de comunicación (en sentido amplio) y los actos que, para surtir los efectos que les son propios, precisan de una posterior comunicación o presentación.

Se comprenden en la anterior delimitación: 1º) los actos de comunicación en sentido estricto, dirigidos por el tribunal a las partes y a terceros; 2º) los actos de requerimiento de auxilio judicial, mediante los que se insta la cooperación entre tribunales; 3º) los actos de auxilio a la justicia, dirigidos por un tribunal a otros titulares de poderes públicos; 4º) la comunicación al tribunal requeriente de los actos practicados para la prestación del auxilio; y 5º) la presentación al tribunal de actos de parte o de terceros en cuanto proceda.

¿Qué hay respecto de esto en los ordenamientos y en la práctica forense de los países de la Unión Europea?

Sintéticamente. De momento hay normas y ensayos de implantación.

A) Para los actos de comunicación

El art. 138.5º del portugués Código de Processo Civil dispone que "É permitido o uso de meios informáticos no tratamento e execução de quaisquer actos ou peças processuais". No obstante, esta forma de comunicación todavía no se usa con regularidad.

En Derecho español —al que me referiré para un desarrollo algo más amplio de los problemas— la autorización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos se asienta sobre

1º) Una disposición general —en cuanto no sólo es aplicable a actos procesales de comunicación, sino a todos los actos procesales— que establece unos requisitos especiales para la validez y eficacia de los actos realizados por los medios citados y remite a una normalización técnica controlada por el Consejo General del Poder Judicial (art. 230 LOPJ española en la redacción que le dio la Ley Orgánica 16/1994).

2º) Una disposición específica respecto a los actos de comunicación en el proceso civil, que autoriza el uso (obviamente condicionado a la disponibilidad material de los medios necesarios) y subordina la validez y eficacia a específicos requisitos (que los medios técnicos garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido, la constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron). Es el art. 162 LEC española 2000.

B) Para la presentación de actos escritos de parte.

Modificaciones en el art. 150 CPC portugués, producidas en el año 2000, permiten que las partes opten entre la presentación del acto escrito en la sede del tribunal o la remisión por telefax, la entrega en soporte electrónico acompañado de copia impresa o el envío por correo electrónico, con aposición de firma digital certificada -con remisión, en cinco días, de copia escrita de seguridad y de los documentos no digitalizados-.

En Derecho español, el art. 135.5 LEC 2000, que especifica -aunque, a mi juicio, de modo insuficiente- la previsión más general del art. 230 LOPJ, establece que "cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en el tiempo establecido conforme a la ley. Sin embargo de lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, éstos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior".

Los principales problemas que plantea esta forma de presentación de actos procesales -aparte de la disponibilidad material de equipos y de aplicaciones informáticas adecuadas en los puntos de emisión y de recepción- son los relativos a la autenticidad subjetiva del acto -es decir, que procede de quien dice proceder-, a la integridad objetiva del mismo y a la constatación del momento de recepción por el tribunal.

El cumplimiento de todas estas condiciones remite al establecimiento de un régimen jurídico de la firma electrónica y a su efectiva implantación. Esta firma, en una de sus modalidades de mayor seguridad, es requerida por la norma procesal portuguesa y también por la nueva redacción del § 130a ZPO y por el italiano *Regolamento recante disciplina sull'uso di instrumenti informatici e telematici nell'processo civile*.

C) Ensayos de implantación

Los ensayos de implantación son variados.

Como muestra podemos comentar un proyecto piloto del Colegio de Procuradores de Zaragoza para su comunicación con los Juzgados y Tribunales de esa sede.

El planteamiento de objetivos era que los actos escritos de las partes, a través de sus representantes procesales (procuradores de los tribunales), pudieran llegar a los tribunales, y los de estos a los representantes procesales de las partes, por comunicación electrónica segura.

Para ello, los documentos de procedencia judicial y los documentos de procedencia de parte tienen la autenticidad subjetiva (proceden de quien dicen proceder) y objetiva (su contenido no ha sido alterado) garantizadas por un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública.

Los documentos se transmiten encriptados por una clave privada (secreta, que sólo conoce y puede usar el titular de la misma). Esa clave se corresponde con una clave pública (de conocimiento general o en el ámbito necesario, y que se publica con indicación de quién es su titular). Si la aplicación de la clave pública desencripta el documento recibido, el destinatario corrobora con ello de quién proviene y que no ha sido alterado.

Una entidad de certificación vincula el par de claves con personas determinadas y, en su caso, con los cargos que ostentan y publicita la clave pública.

Con la clave pública del juez y del secretario, el procurador constata que el acto proviene de ellos. Y lo mismo el secretario judicial mediante la clave pública de procuradores y abogados.

C) Para los actos de auxilio judicial y de auxilio a la justicia

Existe, igualmente, un reconocimiento legal de los medios telemáticos en diversos ordenamientos europeos (Austria, Alemania, Italia, Portugal, España), pero, salvo excepciones, la aplicación no supera actualmente el grado de la experimentación, con aplicación bien sea de técnicas de redes cerradas o, en la red pública, mediante criptografía de clave pública.

D) Realización de actos procesales mediante videoconferencia

Con incidencia en los actos de auxilio judicial, o más allá de los mismos, nos encontramos con el régimen de la realización de actos procesales mediante videoconferencia.

Las tecnologías de transmisión del sonido y la imagen posibilitan -en sentido fáctico; es decir, sin perjuicio de la necesaria cobertura normativa- que actos que habrían de realizarse con comparecencia personal ante el tribunal, se lleven a cabo por medio de multiconferencia telefónica o de videoconferencia. Esta posibilidad comprendería las intervenciones de las partes (o de quienes postulen por ellas) en juicios orales o en audiencias, y, sobre todo, la práctica de

medios de prueba consistentes en una declaración personal (de la parte, de un testigo y también la de un perito, como complemento a la previa presentación de un dictamen escrito).

El empleo de la videoconferencia ha sido autorizado con gran amplitud por la nueva redacción del parágrafo 128 ZPO.

Su apartado primero permite que, si las partes están de acuerdo, el tribunal autorice la celebración de la vista sin la presencia física en la sala de las partes o de quienes postulen por ellas, siempre que una adecuada técnica de transmisión de imagen y sonido asegure la simultánea emisión-recepción tanto en la sala -en la que el tribunal deberá estar, en todo caso, presente, materializando la publicidad del acto-, como en el local desde donde la parte actúe. El apartado segundo se refiere a una aplicación más limitada de la videoconferencia a la recepción de pruebas de declaración de partes, testifical y pericial.

Más modestamente el Derecho portugués limita la aplicación de la técnica de la videoconferencia a la recepción de las pruebas testifical y de declaración de las partes, en supuestos en que sería necesario acudir al auxilio judicial para evitar desplazamientos personales que no se consideran exigibles. A esta causa justificada se añade la de optimizar el aprovechamiento de los servicios prestados por peritos pertenecientes a organismos oficiales, que pueden exponer sus dictámenes por videoconferencia desde su lugar de trabajo (art. 588 CPC).

En Derecho español, la genérica previsión del art. 230.1 LOPJ, había dado lugar a que, en materia penal y en un caso en que la celebración del juicio estaba condicionada por el factor de la insularidad, se entendiera válida la celebración del mismo por videoconferencia, con el tribunal en su sede y las partes y otros sujetos procesales en lugar distinto. En principio, la Fiscalía General del Estado dictó una instrucción contraria a la validez de la aplicación de la videoconferencia con esa amplitud (Instrucción FGE 2/2002). La Instrucción FGE 3/2002 rectificó el anterior criterio. Además de referirse a supuestos específicos en que la habilitación legal es indudable (declaración de testigos protegidos) o en los que la técnica de videoconferencia resulta particularmente idónea para realizar el acto (evitación del auxilio judicial, o de los continuos desplazamientos a tribunales de peritos oficiales, disminución de los casos de traslado desde centros penitenciarios), reconoce que el art. 230.1 LOPJ, a pesar de su escasa densidad normativa, "debe reputarse como un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación" (Instrucción FGE 3/2002, apartado I).

3. ¿Hacia una nueva forma del procedimiento?

La profesora Stadler, en la ponencia sobre el tema del que ahora les hablo, que presentó en las Jornadas de los profesores alemanes de Derecho procesal del pasado marzo, se preguntaba por la posibilidad futura de un proceso civil en el que el tribunal y los abogados intercambiarían los actos escritos y los documentos por e-mail, el tribunal tendría siempre los autos a disposición en su PC, y en el que nadie habría de molestarse en acudir a un señalamiento judicial, sino que intervendría en la audiencia desde la sala de videoconferencia del edificio judicial o desde el despacho.

En Derecho alemán el obstáculo no parece jurídico, sino de implantación de los medios materiales y técnicos necesarios. En Italia podrá hablarse de un *processo telematico* cuando efectivamente se aplique el Reglamento de 26 de enero de 2002, cuya vigencia, prevista para el 1 de enero de 2002, ha sido aplazada.

Si se atiende al art. 230 LOPJ española, el desarrollo de un procedimiento en línea es plenamente acorde con la ley. Pueden realizarse con medios electrónicos, informáticos y telemáticos los actos del tribunal (art. 230.1) y los de quienes se dirigen al mismo pidiendo tutela judicial (art. 230.4), de modo que parece razonable hablar, como hace el art. 230.3, de "procesos que se tramiten con soporte informático". De todos modos, estas posibilidades no se han aproximado a ser una realidad efectiva, ni siquiera con el complemento normativo de los artículos 146, 162, 167 y 172 LEC 2000, que más directamente permiten la realización en las nuevas formas de los actos de comunicación y de auxilio judicial y a la justicia.

Las posibilidades más realistas no llevan, sin embargo, tan lejos.

La evolución más previsible es la siguiente.

Por un lado, se potenciará la tramitación en forma electrónica de ciertos tipos de litigios, para los que, por diversas razones, la misma es especialmente adecuada.

Es el caso de los procedimientos judiciales cuyo desarrollo no precisa de apreciaciones fácticas y jurídicas complejas por parte del juez o de los auxiliares del tribunal. Supuesto paradigmático es el de un procedimiento monitorio con reclamación de deuda dineraria líquida y sin necesidad de justificación documental de la misma -si esta apreciación fuera necesaria, la tramitación automática podría comenzar tras la valoración inicial de los documentos por el juez-, en el que la serie de actos conducentes al título ejecutivo -requerimiento de pago, que debe ser notificado por los medios legales, y constatación de la falta de pago y de oposición en plazo- pueden realizarse por medios

informáticos, a partir de la presentación por el reclamante de los datos necesarios de la deuda y del deudor, incluso en soporte electrónico o con remisión por vía electrónica al tribunal competente. Este tratamiento tiene un dilatado periodo de experiencia en la práctica procesal alemana y austríaca. Para el Derecho austríaco, *Kodek*, en una reciente ponencia aportada a las jornadas antes mencionadas, analizó también las posibilidades de extensión del tratamiento automatizado a otros tipos de litigio (proceso de ejecución, tutela posesoria).

Litigios originados en relaciones de comercio electrónico, cuya cuantía, generalmente escasa, desaconsejaría, por los costes, acudir a un proceso o a un arbitraje en forma ordinaria.

En este sentido, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, denominada "Directiva sobre comercio electrónico", al tratar en el art. 17 la solución extrajudicial de litigios surgidos en materia de prestación de servicios de la sociedad de la información, establece el criterio de unificación de legislaciones de los Estados miembros de la Unión de que no ha de obstaculizarse el acceso a tales medios de solución "incluso utilizando vías electrónicas adecuadas".

La disposición adicional 3ª de la reciente Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -para incorporar al ordenamiento español la Directiva precitada- habilita a los órganos del Sistema Arbitral de Consumo para dirimir los conflictos a través de medios telemáticos. La misma forma es autorizada, por la disposición adicional 6ª, apartado 8, para los medios de resolución extrajudicial de litigios derivados de la colisión de nombres de dominio registrados por la entidad encargada del nivel geográfico .es, con derechos o intereses sobre marcas y otras denominaciones o nombres

Por otro lado, se impondrá progresivamente el empleo de las nuevas tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones para la realización de los actos procesales respecto a los cuales esas tecnologías sean más funcionales. Es el caso de los actos de comunicación, de requerimiento de auxilio judicial y de auxilio a la justicia, y, en cuanto a estos últimos actos, la evitación de los mismos mediante el empleo de la videoconferencia.

4. Los significados de la expresión "comercio electrónico": forma de los negocios jurídicos de Derecho Privado y forma de los actos jurídico-públicos, específicamente de los procesales

Lo dicho hasta ahora revela la necesidad de una específica regulación de la forma electrónica para los actos procesales.

La expresión "comercio electrónico" tiene una acepción estricta y una acepción amplia. La primera es significativa de las transacciones realizadas electrónicamente en materias mercantiles o, algo más ampliamente, de Derecho privado patrimonial.

En la acepción más amplia quedarían comprendidas todas las comunicaciones e intercambios de datos por vía electrónica dirigidos a producir efectos jurídicos. Representaría una (nueva) forma de manifestación del acto jurídico en sentido amplio, es decir de la expresión de la voluntad y pensamiento humanos a la que el Derecho vincula efectos jurídicos, precisamente por ser tal expresión. Esos efectos jurídicos pueden producirse tanto en el ámbito jurídico-privado, como en el campo del Derecho público, y, por tanto, especialmente en el Derecho procesal.

Probablemente por un característico signo de nuestros tiempos, la expresión "comercio electrónico", que sólo es significante de una parte del todo, ha sido encumbrada a la primera línea semántica, de manera que destaca la referencia a la materia mercantil, frente a la problemática genérica de la comunicación electrónica como nueva forma de los actos jurídicos. Por ese mismo motivo, las específicas y más o menos balbucientes regulaciones jurídicas, se han realizado con particular consideración de las transacciones sobre la materia mercantil o patrimonial privada.

Incluso una distinción que suele aplicarse frecuentemente al comercio electrónico en sentido estricto, puede ser también relevante para las actuaciones procesales electrónicas. Me refiero a la distinción entre comercio electrónico directo e indirecto. En efecto, podría hablarse de actuaciones procesales electrónicas directas si las mismas pueden alcanzar plenamente su fin operando en el ámbito virtual. Así, por ejemplo, emisión de pronunciamientos declarativos y constitutivos, pero también de pronunciamientos de condena si el título puede ejecutarse en el ámbito virtual, mediante transferencia de títulos valores anotados en cuenta o embargo electrónico de saldos con posterior orden de pago por medios electrónicos. Las actuaciones procesales electrónicas serían indirectas, en el caso de que fuera necesario actuar sobre la rea-

lidad material sea para realizar actividad ejecutiva por determinadas prestaciones, sea para realizar determinados actos durante el proceso -vistas, aportación de documentos no electrónicos-.

¿Cuál es la técnica legislativa más idónea para establecer esa regulación del empleo de la nueva forma?

Debo decir, en este aspecto, que me parece criticable, por ambigua, la técnica seguida en el ordenamiento español.

Las leyes de organización de tribunales y procesales autorizan la utilización de medios informáticos y telemáticos para realizar actos procesales y les reconocen validez y eficacia si respetan determinados estándares o conceptos jurídicos indeterminados de seguridad de la comunicación (autenticidad, integridad y constancia de cumplimiento de requisitos legales en la realización del acto -por ejemplo, tiempo de su presentación o recepción-). Pero, sin embargo, esas leyes no completan la norma, en el sentido de establecer que tales estándares se entenderán específicamente cumplidos con una determinada modalidad de firma electrónica, entre las que regula la ley sobre la misma vigente en el ordenamiento. Hasta que esa especificación se produzca, es dudoso si la forma electrónica en concreto aplicada es suficiente para la validez y eficacia del acto.

Mucho más perfecta es la técnica que reparte esa regulación en dos conjuntos de textos normativos.

Uno que regula la firma electrónica, sus requisitos y modalidades, y las entidades de prestación de los servicios necesarios para la operatividad del sistema.

Otro conjunto, en el que una o varias leyes establecen normas de Derecho Privado, Público y, especialmente, dentro de éste, de Derecho Procesal, que no sólo autorizan la realización de actos en forma electrónica, sino que disponen la modalidad de firma electrónica que ha de aplicarse en los diferentes supuestos.

Es paradigmática, en este sentido, la técnica aplicada en Derecho alemán. El bloque normativo está compuesto por la *Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen*, a la que han seguido, por una parte, la *Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr* -que contiene las convenientes modificaciones del Código Civil, de la Ordenanza Procesal Civil, de las leyes procesales laborales y contencioso-administrativas y de otras muchas leyes en las que se establecen preceptos sobre forma de actos- y, por otra parte, la *Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr* -ésta sí reguladora del comercio electrónico en sentido estricto-.

Esta misma técnica se ha seguido en Derecho portugués, en el que, por una parte, el Decreto-Ley nº

290-D/99, de 2 de agosto, regula la validez, eficacia y valor probatorio de los documentos electrónicos y la firma digital, y, de otra, dos reformas del CPC permiten realizar algunos actos en forma electrónica, con aposición de firma digital. También en Derecho italiano encontramos un conjunto normativo integrado, de un lado, por el art. 15 *Legge-Delega* de 15 de marzo de 1997, el *Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n.59*, aprobado por Decreto de la Presidencia de la República de 10 de noviembre de 1997 -que regula el régimen de la firma electrónica-, y, por otro lado, el *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*, aprobado el 26 de enero de 2001, que especifica la aplicación en los actos procesales.

III. INCIDENCIA EN EL PROCESO DE LAS MATERIAS LITIGIOSAS INFLUIDAS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

LA EFICACIA PROBATORIA DE LOS SOPORTES ELECTRÓNICOS

Como ya apunté casi al principio de mi intervención, las nuevas tecnologías de la informática y las comunicaciones tienen en el proceso, también, una incidencia indirecta.

Particular importancia reviste, dentro de esa forma de incidencia, la repercusión que, a partir de la litigiosidad derivada del comercio electrónico, se produce en materia de prueba procesal, en concreto sobre la eficacia probatoria de los soportes electrónicos si en los mismos ha sido expresada la voluntad negocial.

El uso de estos soportes tiene enormes ventajas prácticas en cuanto al archivo y, sobre todo, en cuanto a la transmisión de la información.

Pero no obstante, hay una ventaja práctica que no deriva del simple progreso tecnológico. Es la del valor jurídico que deba reconocerse a la voluntad y conocimiento humanos expresados en dichos soportes o instrumentos.

Ese valor depende del Derecho, que lo reconoce o lo niega en función del cumplimiento de unos requisitos indispensables de seguridad que garanticen la autenticidad subjetiva y objetiva de la declaración y la constancia de circunstancias relevantes de su emisión y recepción.

Las normas sobre la eficacia jurídica, especialmente jurídico-probatoria, de los soportes electrónicos tienen la estructura de toda norma: prevén supuestos

de hecho y, en dependencia de los mismos, establecen consecuencias jurídicas. Pero estos componentes tienen una extraordinaria complejidad.

Los modos de establecer los requisitos de seguridad de las comunicaciones en soporte electrónico, condicionantes de la eficacia jurídica y específicamente probatoria de tales soportes, son muy diversos.

En los países de la Unión Europea -como, por lo demás, ocurre con alcance mundial- el modelo predominante es el de los regímenes legales de la firma electrónica.

Este modelo combina la definición de unos estándares normativos de seguridad de las transacciones electrónicas con una estructura técnico-empresarial, y a veces también administrativa, destinada a hacer posible el cumplimiento de esos estándares.

El régimen de la firma electrónica en los países de la Unión Europea tiene como norma básica la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

La Directiva distingue tres modalidades de firma electrónica:

1º) Firma electrónica simple: "los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación".

2º) Firma electrónica avanzada: "la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable".

3º) En fin, la firma electrónica avanzada cualificada que es la firma avanzada "basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma" (art. 5.1). Con esta indicación se está haciendo referencia a la ordenación complementaria destinada a garantizar el cumplimiento de los requisitos de esta modalidad de firma electrónica. Esta ordenación comprende competencias administrativas de reglamentación y de ejecución de los Estados miembros sobre los prestadores de servicios de certificación y sobre reconocimiento como seguros de los dispositivos de creación de firma, un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación, y competencias administrativas de los Estados miembros para homologar certificados emitidos por entidad de certificación establecida en un Estado no miembro.

Probablemente por su calidad de instrumento de unificación normativa que deja a los Derechos de los

Estados miembros un ámbito de libre configuración, la Directiva es poco definida al establecer las consecuencias jurídicas vinculadas a los distintos supuestos. Del art. 5 de la Directiva sólo se deduce que a la firma electrónica avanzada cualificada se le han de vincular las consecuencias jurídicas más ventajosas, aunque, por otra parte, no pueden excluirse consecuencias jurídicas para los supuestos 1º y 2º antes mencionados.

Dentro de los límites y siguiendo las orientaciones de la Directiva, diversos países de la Unión han aprobado sus legislaciones de firma electrónica o, en su caso, tendrán que ajustar las que aprobaron con ligera anticipación a la Directiva.

Sería vano el intento de exponer esos regímenes.

Respecto de los mismos me limitaré a considerar las cuestiones de eficacia probatoria de los soportes con firma electrónica, en lo que los ordenamientos estatales presentan mayor diversidad.

1. Eficacia probatoria entendida como admisibilidad en cuanto medio de prueba

Tener eficacia probatoria significa, en primer lugar, que las fuentes de prueba en las que consisten los soportes electrónicos, en cuanto instrumentos aptos para generar convicción, son admisibles en un proceso en calidad de medios de prueba. La respuesta es afirmativa en los ordenamientos de nuestro ámbito de atención.

El art. 3.2 del Real-Decreto Ley español es muy explícito al disponer que "A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica". Igualmente el art. 3, nº5 del *Decreto-Ley* portugués dispone que los documentos sin firma electrónica o con una diferente a la digital certificada por entidad acreditada serán admitidos como medios de prueba.

Las dos últimas disposiciones concretan -precisamente en el sentido de reconocimiento de la eficacia mínima de admisión como medio de prueba- la previsión del art. 5.2 de la Directiva europea ("no se niegue eficacia jurídica, ni la admisión como prueba en procedimientos judiciales" a los soportes electrónicos sin firma electrónica avanzada). Este mismo criterio es seguido por la nueva redacción de los arts. 1316-1 y 1316-3 del *Code Civil* francés, y está presupuesta por el art. 5 del Reglamento italiano de 10 de noviembre de 1997, y por la nueva redacción del § 292a ZPO, en cuanto estos preceptos sólo distinguen entre modalidades de soportes electrónicos a efectos de valor de la prueba ya admitida y practicada.

2. ¿A través de qué medio de prueba desarrollan su eficacia probatoria los soportes informáticos?

Si es admisible como medio de prueba ¿cuál es el medio?. Es decir, cuáles son las posibilidades, cargas y deberes procesales de las partes en el caso de que se aporten como prueba, cuáles los poderes del tribunal y cuál la actividad procesal adecuada.

Por la asimilación a la prueba documental se han inclinado el Derecho francés (Ley de 14 de marzo de 2000), y, con matices, el portugués (Decreto Ley de 1999) y el italiano (Ley de delegación y Reglamento de 1997).

La LEC española de 2000, en su art. 384, establece un régimen específico de introducción en el proceso de los soportes electrónicos, aunque con ciertas lagunas.

No obstante, en el Derecho español subsiste cierta confusión, y no principalmente porque la LEC se refiera en algunos preceptos al documento electrónico, sino porque la regulación que, de modo sistemático, se ha hecho del instrumento público en soporte electrónico, parte de la base de una completa equiparación de éste y el documento público en soporte de papel. Como consecuencia de esta equiparación será necesario aplicar parte importante del procedimiento probatorio de la prueba documental pública, como la impugnación de la copia electrónica y su cotejo con la matriz escrita (art. 320 LEC).

Sin llegar a la regulación de un medio diferenciado, tampoco el Derecho alemán canaliza la introducción de los soportes electrónicos como medio de prueba documental, sino que la nueva redacción del § 371 ZPO acoge la tesis, predominante en la doctrina alemana, de considerarlos como un supuesto específico de reconocimiento judicial.

A mi juicio no hay razones irrefutables que inclinen por alguna de esas posibilidades de tratamiento probatorio.

La asimilación a la prueba documental suele ser defendida con base en que el tratamiento de ésta implica una serie de ventajas: carga de aportación de copias con los escritos de alegación iniciales, carga de manifestación de la contraparte sobre la autenticidad del contenido del soporte electrónico; y, en su caso, deber de aportación y medios coercitivos para imponer su cumplimiento. Además, se dice, negar la asimilación significa desconocer la identidad funcional con el documento y la tendencia real a sustituirlo en el tráfico jurídico.

No obstante, esa asimilación no es la única técnica para implantar aquellas cargas y deberes en el régimen del medio de prueba. Y, de otra parte, a diferencia de la prueba documental, en la prueba por soportes electrónicos siempre serán necesarias pruebas auxiliares para acreditar los elementos que integran las diferentes modalidades de firma electrónica.

3. Eficacia probatoria entendida como valor probatorio: valoración según reglas de la sana crítica, prueba legal y otras técnicas de facilitación del resultado probatorio

Eficacia probatoria significa también, por fin, valor probatorio del medio de prueba practicado, en el sentido de eficacia del mismo para dejar establecido en la sentencia el dato objeto de la prueba, bien sea por convicción del tribunal, bien porque se den las condiciones para que éste aplique una norma vigente de prueba legal.

El art. 3 del Real Decreto-Ley español remite a "los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales", que, a su vez, disponen que "el tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza" (art. 384.3 LEC).

No obstante, la regulación del instrumento público electrónico hecha por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modifica, a mi juicio, tácitamente el precepto anterior. En efecto el art. 17 bis de la Ley del Notariado dispone que los instrumentos públicos no pierden ese carácter por estar redactados en soporte electrónico, producirán sus mismos efectos y gozarán de fe pública igual que los expedidos en soporte de papel. En todo caso la autorización notarial ha de instrumentarse mediante firma electrónica avanzada cualificada -máximo grado de seguridad en el Real Decreto-Ley de Firma Electrónica- con requisitos adicionales de seguridad. Lo único que satisface la equiparación con el documento público en soporte de papel, enfáticamente dispuesta por el mencionado art. 17 bis de la Ley del Notariado, es considerar los instrumentos públicos electrónicos como documentos públicos dotados del valor de prueba legal establecido por el art. 319.1 LEC.

El Derecho portugués somete los soportes electrónicos sin firma digital a la libre apreciación del juzgador (art. 3, nº 5 Decreto-Ley regulador de la firma electrónica), al dotado con firma digital certificada por entidad certificadora acreditada le reconoce valor probatorio legal, según circunstancias, como documento privado -por lo tanto, a condición de que su contenido sea reconocido o no impugnado- (art. 3, nº 3 Decreto-Ley y arts. 374.1º y 376.1º Código de Processo Civil)- o como prueba de reproducción mecánica -en este caso el valor legal se atribuye si la parte reconoce la exactitud de su contenido- (art. 3, nº 3 Decreto-Ley, art. 368 CPC):

En Derecho francés la modalidad más general de soporte electrónico es equiparada al documento privado (art. 1316-3 CC), lo que supone que si es recono-

cido -la ley establece una carga de manifestarse al respecto (art. 1323 CC)- hace prueba plena (art. 1322 CC). Una modalidad especial, con garantías de seguridad específicamente reguladas, permite una presunción *iuris tantum* de identificación del autor y de atribución subjetiva del acto (art. 1316-4, párrafo segundo CC). En fin, una modalidad especial de firma segura especialmente regulada, que deberá ser empleada para los documentos públicos, determinará que estos conserven su valor de prueba legal (art. 1319 CC).

El ordenamiento italiano equipara la modalidad más simple de documento informático a los medios de reproducción mecánica (art. 5 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997), cuyo valor probatorio es legal, pero a condición de que la parte a quien se oponga no niegue la conformidad del contenido del soporte con lo representado por el mismo (art. 2712 CC), aunque la ley no es rigurosa al establecer la carga de expresarse acerca de tal conformidad. El documento informático dotado de firma digital tiene valor probatorio legal como el documento privado; es decir, si la parte lo reconoce expresamente o ha de ser tenido por reconocido -por preclusión de la posibilidad de impugnarlo- o está autenticado por notario (arts. 5.1 y 16 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997, art. 1702 CC).

En Derecho alemán todo soporte electrónico está sujeto, como prueba de reconocimiento judicial y pericial, a la libre apreciación judicial. No obstante, si el documento electrónico está dotado de firma electrónica avanzada cualificada el § 292a ZPO, en relación con el § 126a del Código Civil, establece una norma de prueba *prima facie* en virtud de la cual el tribunal puede partir de la base de que el documento es auténtico, salvo que la parte a quien sea opuesto contrarreste la autenticidad con referencia a hechos indicativos de la posibilidad de que la declaración no fue emitida por voluntad del titular de la clave de firma.

Debe hacerse notar, para apreciar debidamente el régimen de valoración probatoria, que, salvo cuando el valor probatorio legal se funda en el reconocimiento de la autenticidad del soporte por la parte a quien ha sido opuesto, el valor probatorio legal o la aplicación de la presunción *iuris tantum* (Derecho francés) o de prueba *prima facie* (Derecho alemán), dependen de la concurrencia de los elementos fácticos y técnicos que integran la modalidad de firma electrónica a la que la ley vincula la específica eficacia probatoria.

Por regla general, será necesaria una prueba auxiliar, documental y pericial, con el objeto de probar, por ejemplo, que concurren los requisitos de la firma electrónica avanzada. Es decir, que hay un certificado expedido por entidad facultada legalmente, que la firma ha sido creada por dispositivos controlables exclusivamente por el firmante, que es únicamente atribuible a él y posibilita su identificación, que permite, en fin, detectar si ha habido alteraciones en el documento.

Pero el ordenamiento puede facilitar la asunción de esta carga probatoria -ciertamente importante y difícil de levantar- si atribuye determinados efectos jurídicos a la acreditación por una Administración pública tanto de la entidad certificadora, como de los dispositivos de creación de la firma.

En este sentido, se ha advertido por la doctrina alemana que la especial norma de prueba *prima facie* -que la nueva redacción del § 292a ZPO vincula a la firma electrónica avanzada cualificada- es de utilidad muy discutible en el caso de que la parte que proponga la prueba tenga que empezar por probar los seis requisitos de esta modalidad de firma según la Ley alemana de firma electrónica. En cambio, adquiere verdadera utilidad si existe previa acreditación administrativa, porque en tal caso rige una presunción técnico-administrativa de seguridad.

ACCESO A LOS MERCADOS INTERNACIONALES DE CAPITAL

CARLOS E. MARTÍNEZ

JD Harvard Law School

Socio Proskauer Rose LLP (Nueva York)

Prof. "Securities & Capital Markets Regulation", Universidad de Montevideo

I. INTRODUCCIÓN

El acceso al capital es una herramienta indispensable para el desarrollo de toda empresa. Las necesidades de capital de una empresa varían de acuerdo con el giro de negocios de la empresa y/o la etapa de desarrollo en que se encuentra la misma. Una empresa accede al capital primordialmente para asegurar liquidez para capital de trabajo o para financiar su crecimiento ya sea a través de la expansión de su capacidad productiva o la adquisición de otra empresa competidora o que complemente su negocio.

Una empresa accede al capital a través del endeudamiento o el aumento de su capital social. El endeudamiento es normalmente preferible a un aumento de capital abierto a terceros cuando los accionistas de la empresa estiman que el valor de la acción de la empresa crecerá significativamente en el futuro mediano y por lo tanto no desean diluir su participación. También el endeudamiento es preferible si un aumento de capital implica una dilución que cause la pérdida del control de la empresa por parte de sus accionistas existentes. También puede ser atractivo el endeudamiento si las tasas están a niveles favorables.

El aumento de capital es particularmente atractivo cuando la empresa ya presenta un cuadro de endeudamiento importante, ya que permite reducir el nivel de apalancamiento. También es atractivo un aumento de capital abierto a terceros cuando el precio en el mercado de participaciones societarias de empresas comparables es favorable. Sin embargo, los accionistas de una empresa podrían no querer llevar a cabo un aumento de capital abierto a terceros si eso implicase diluir su participación debido a un precio por acción relativamente bajo o perder el control de la gestión de la empresa.

En algún momento de su desarrollo, una empresa uruguaya pudiera considerar beneficioso o neces-

sario el acceder a los mercados internacionales de capital. La razón de esto suele explicarse por uno o más de los siguientes factores:

- el flujo de efectivo generado internamente por la empresa es insuficiente para financiar su plan de crecimiento o, en el caso de una empresa relativamente nueva, dicho flujo es negativo;
- el acceso al capital en la plaza financiera uruguaya es limitado o relativamente caro comparado con los mercados internacionales;
- la ausencia de productos financieros sofisticados en la plaza financiera uruguaya que permitan monetizar activos de la empresa;
- la implementación de una estrategia financiera que consista en abrir nuevas fuentes de crédito;
- la implementación de una estrategia comercial que consista en aumentar el prestigio de la empresa, y por lo tanto sus productos o servicios, en los mercados internacionales.

II. CONDICIONES PARA ACCEDER A LOS MERCADOS INTERNACIONALES

Para que una empresa uruguaya pueda acceder a los mercados internacionales de capital, es imprescindible que las condiciones del mercado sean favorables, algunas de las cuales están fuera del control de la empresa. Estas condiciones se pueden resumir como la existencia de suficiente demanda en el mercado por el producto financiero que propone ofrecer la empresa. Para que exista suficiente demanda, el precio del producto financiero deberá ser suficientemente atractivo tanto para la empresa como para los inversores, y el nivel de interés de inversión en dicho

producto deberá ser de un volumen suficiente como para cubrir las necesidades de la empresa.

Los principales elementos que afectan el nivel de demanda son los siguientes:

- la situación política, económica y financiera del mercado en el que la empresa está incorporada y dónde desarrolla su actividad (presumiblemente Uruguay), comúnmente llamado "riesgo país";
- las perspectivas de la industria dentro de la cual la empresa desarrolla su actividad;
- la situación y perspectivas comerciales y financieras de la empresa; y
- las características del producto financiero que propone ofrecer la empresa a los inversores.

Riesgo País

Una empresa uruguaya queda encasillada en la categoría de mercado emergente, y dentro de este mercado, el mercado latinoamericano. Durante los años 1993 y 1994, existía gran demanda de instrumentos de empresas y gobiernos latinoamericanos. Las perspectivas de crecimiento de América Latina en ese momento, sumadas al crecimiento en el volumen de capital de inversión particularmente en los Estados Unidos, causaron una demanda significativa de nuevos productos de la región. Esta demanda fue canalizada a través de la creación de fondos de inversión dedicados a la compra de títulos valores de mercados emergentes como América Latina, o de los países más importantes dentro de estos mercados, tales como México y Brasil. Este nivel de demanda permitió a muchas empresas latinoamericanas, aún aquellas con perfiles de mayor riesgo, acceder a los mercados internacionales de capital bajo términos que bajo las condiciones actuales se consideran sumamente favorables.

La crisis mexicana de finales de 1994 expuso a los inversores el riesgo de devaluación de la moneda local y causó una reducción significativa en el volumen de inversión en la región. La crisis asiática en 1998 también repercutió negativamente sobre los instrumentos latinoamericanos por ser considerados como mercados emergentes. Como resultado de las pérdidas sufridas por los inversores debido a las crisis mexicana y asiática y su efecto en toda la región latinoamericana, los inversores de productos financieros latinoamericanos han reducido sustancialmente sus posiciones en el mercado y se han convertido en inversores mucho más cautos y selectivos. La reciente crisis de Argentina ha agravado este fenómeno, aunque de manera más circunscripta a ese país y a Uruguay, que no ha podido escapar a la realidad de su país vecino.

Hasta mediados de 2001, Uruguay gozaba de una calificación de grado de inversión, categoría a la que

hoy, dentro de América Latina, solo acceden México, El Salvador y Chile. El grado de calificación de riesgo de inversión de un país, otorgada por calificadoras de riesgo tales como Standard & Poor's o Moody's Investor Services, tradicionalmente marcaba el techo de calificación de riesgo que podía llegar a obtener un instrumento emitido por una empresa de ese país. En los últimos años, las calificadoras de riesgo han reconocido que dadas ciertas características, un instrumento emitido por una empresa puede llegar a tener un grado de riesgo de inversión superior al de su país. No obstante, el riesgo país continúa siendo un referente muy importante para la calificación de riesgo del instrumento de la empresa. Por lo tanto, la caída de la calificación de grado de riesgo de inversión de Uruguay afecta negativamente la probabilidad de que una empresa uruguaya pueda acceder a los mercados internacionales de capital o, si puede, que lo haga a un costo razonable.

Una empresa uruguaya puede paliar la desventaja de pertenecer a un mercado considerado muy riesgoso como es América Latina (y particularmente Uruguay) en la medida que su actividad de negocios, total o parcialmente, se desarrolle en mercados más favorables. Por ejemplo, una empresa uruguaya que vende su producción en los Estados Unidos o Europa y recibe ingresos en dólares o euros es necesariamente mejor vista desde el punto de vista riesgo que una empresa cuyos productos o servicios son vendidos solo en Uruguay o en países vecinos. No es casualidad que las empresas latinoamericanas con mayor facilidad de acceso a los mercados internacionales de capital sean aquellas como las petroleras Petrobras, Pemex y PDVSA, que exportan a otros mercados y cobran en moneda fuerte.

Riesgo Industria

Las posibilidades de una empresa uruguaya de acceder a los mercados internacionales de capital dependen también de la opinión que pueda prevalecer en el mercado sobre las perspectivas de la industria en la cual opera la empresa. Un ejemplo notable del impacto que puede llegar a tener este factor es la ola de inversión experimentada en los sectores relacionados con el internet durante el período 1997 al 2000. En esos años, era ampliamente aceptado en el mercado que la industria del internet tenía perspectivas brillantes de crecimiento y márgenes muy significativos. Tal fue así que el análisis de inversión se basaba primordialmente en la rapidez con que una empresa podía posicionarse en el segmento elegido de la industria comparada con sus competidores. De menor relevancia pasaron a ser los indicadores básicos de ingresos, gastos operativos y nivel de endeudamiento. Era menos importante ser una empresa

que generara utilidades que ser una empresa con un alto porcentaje de participación en su segmento de negocios.

Este furor permitió a empresas de internet lograr amplio acceso a los mercados, no obstante su historial operativo limitado y sus resultados negativos, y sus planteles ejecutivos jóvenes e inexpertos. Los fondos recaudados en los mercados financieros eran utilizados principalmente en el área de mercadotecnia, con el fin de aumentar la participación de mercado. Esto desbalanceó aún más la relación entre los ingresos y los gastos operativos y servicio de deuda. Sin embargo, la teoría en ese momento era que el desbalance no importaba porque la industria era tan prometedora que se iba a poder continuar financiando gastos operativos y servicio de deuda hasta el momento, años después, en que las empresas empezaran a cosechar sus frutos. Tal fue el caso de Starmedia Network, Inc. que logró llevar a cabo una oferta pública de acciones por US\$120 millones en mayo de 1999, no obstante ser una empresa con déficits operativos muy significativos, con una historia operativa mínima y con un plantel ejecutivo inexperto.

Al mismo tiempo que estas empresas de internet, incluyendo aquellas en mercados considerados riesgosos como América Latina, lograban todo tipo de facilidades para su financiamiento, otras empresas de sectores más tradicionales como la construcción o la manufactura descubrían que los mercados estaban cerrados para ellas. Un claro ejemplo de esto es el caso de Bufete Industrial, S.A., una de las firmas de construcción e ingeniería más antiguas e importantes de América Latina con base en México y operaciones en países tales como los Estados Unidos, Chile, Colombia y Bahamas. Bufete Industrial emitió obligaciones negociables por US\$100 millones en 1996 con vencimiento en julio de 1999. A partir de mediados de 1998, cuando quiso refinanciar esa deuda a través de una nueva emisión, el mercado no mostraba demanda suficiente para productos de mercados emergentes, como resultado de la crisis asiática de ese entonces. Por lo tanto, Bufete Industrial no pudo refinanciar su deuda e incumplió con el pago de sus obligaciones negociables no obstante tener en esa época el volumen de proyectos por ejecutar más grande de su historia. Este incumplimiento afectó sobremanera sus operaciones al caerse varios de sus proyectos de construcción por la incertidumbre que causaba a los dueños de los proyectos el problema de liquidez de Bufete Industrial. Dos años después, la empresa, quebrada y con un porcentaje mínimo de los proyectos que antes ostentaba, fue vendida por sus dueños a terceros por US\$1.000.

La demanda de servicios de telecomunicaciones para internet resultó inferior a la estimada por los analistas especializados. También el desarrollo del comercio electrónico y de ingresos por publicidad en

internet han resultado significativamente más bajos que lo que pregonaban estos expertos. Esto causó que el flujo de ingresos fuera sustancialmente inferior a lo estimado por lo que la relación con gastos operativos y servicio de deuda se convirtió aún más extrema. Estos factores fueron la base de una rápida y estrepitosa caída del valor de las acciones de empresas de tecnología de informática, telecomunicaciones e internet, al punto que muchas de ellas perdieron en pocos meses virtualmente todo su valor. Además, estas empresas, que asumían que iban a poder refinanciar su deuda, descubrieron que la demanda en el mercado había casi desaparecido. Como resultado, cientos de empresas dentro de la industrias de tecnología de informática, telecomunicaciones e internet han quebrado y desaparecido.

Riesgo Empresa

El riesgo empresa apunta a las características de la empresa misma, más allá del riesgo país y del riesgo industria. Para estar en condiciones de acceder a los mercados internacionales de capital, la empresa uruguaya deberá:

- crear un plan de negocios viable que garantice el cumplimiento con el servicio de la deuda en el caso de endeudamiento o que asegure un retorno atractivo a los inversores en el caso de una venta de participaciones sociales;
- mantener normas contables transparentes, conservadoras y alineadas lo más posible a los principios contables generalmente aceptados en los Estados Unidos (GAAP) o los estándares contables internacionales; y
- mantener normas de manejo empresarial que aseguren la transparencia de la gestión y protejan los intereses de accionistas minoritarios y acreedores.

La empresa debe también considerar mejorar su perfil de riesgo optimizando sus políticas de negocios. Por ejemplo, en la medida que la empresa logre diversificar su fuente de ingresos de manera tal que una mayor proporción de sus ingresos sea en dólares o en otra moneda fuerte, también se mejorará sensiblemente la calidad de su riesgo. Esto siempre y cuando el comprador de los productos o servicios de la empresa no esté también expuesto al riesgo de la moneda.

Un ejemplo más específico es el de una empresa de construcción de viviendas de interés social que tenía como estrategia operativa adquirir terrenos baldíos para futuros desarrollos aún no contemplados. Cuando la empresa comenzó un proceso de emisión de participaciones societarias en el mercado internacional, descubrió que los analistas de industria estimaban que, al seguir esa política de adquisición anticipada de terrenos, la empresa estaba asumiendo in-

necesariamente el riesgo de fluctuación del valor de los terrenos y usando su capital de manera ineficiente. La empresa ajustó entonces esta política para eliminar ese riesgo

Características del Producto Financiero

Una empresa uruguaya, debido al riesgo país actual, deberá ofrecer a los inversores un producto financiero estructurado de manera tal que se minimicen los riesgos de incumplimiento de pago en el caso de endeudamiento, o que otorguen ciertas ventajas económicas y políticas en el caso de la venta de participaciones societarias. Salvo en el caso de empresas latinoamericanas de primera línea que generan ingresos en dólares o euros tales como Petrobras, PDVSA o Pemex, es prácticamente imposible en estos momentos para una empresa latinoamericana obtener financiamiento sin antes acordar cumplir con compromisos contractuales, llamados "covenants", que limitan de manera significativa su capacidad para poder incurrir en nuevo endeudamiento, pagar dividendos o hacer nuevas inversiones, entre otras cosas.

El mercado también probablemente exija que el producto financiero que proponga ofrecer la empresa cuente con ciertos elementos adicionales, comúnmente conocidos como edulcorantes ("*enhancements*" o "*sweeteners*") para beneficio de los inversores de manera tal que logren reducir su riesgo de inversión y por ende reducir el costo del financiamiento para el empresa. Entre los edulcorantes más típicos se encuentran las cuentas de garantía, las cartas de crédito totales o parciales, las garantías corporativas o prendarias, las garantías de agencias multilaterales, los seguros contra riesgo político, las prioridades sobre pagos de dividendos o liquidación, la formalización de contratos de venta de mediano o largo plazo con compradores de los productos o servicios de la empresa que tengan una calificación de nivel de riesgo superior a la de la empresa y cierta influencia o control sobre la gestión de la empresa, entre otros.

III. OPCIONES FINANCIERAS EN LOS MERCADOS INTERNACIONALES

Como se desprende de lo anterior, la posibilidad de que una empresa uruguaya pueda acceder a los mercados internacionales de capital depende de varios factores, muchos de los cuales no están dentro de su control. Asumiendo que las condiciones de mercado sean suficientemente favorables, la empresa deberá entonces determinar el tipo de financiamiento más acorde a su situación financiera, operativa y accionaria. Esta determinación podría también estar condicionada por la situación del mer-

cado, ya que pudiera no haber demanda suficiente para algunos tipos de financiamiento.

A continuación se describen los productos de financiamiento más representativos de los mercados internacionales de capital. Esta descripción no es exhaustiva, ya que existen otras estructuras financieras, algunas de las cuales presentan características similares a las que se describen aquí.

IV. CRÉDITOS SINDICADOS

Los créditos sindicados son la forma más básica de obtener financiamiento en los mercados internacionales de capital. Típicamente, la empresa o sus dueños tienen formada una relación crediticia con uno o más bancos en la plaza financiera local. Cuando las necesidades de crédito de la empresa pasan a ser de mayor envergadura (normalmente más de US\$10 millones), el banco busca reducir su riesgo a través de la creación de un sindicato de bancos, asumiendo cada uno de ellos una porción limitada del riesgo crediticio. Esto puede implicar la participación de entidades financieras foráneas.

Debido a que los créditos bancarios tienden a ser el resultado de una relación existente con enfoque a largo plazo, este medio de financiamiento es menos sensible a los vaivenes de los mercados internacionales de capital que una emisión de obligaciones negociables. Por lo tanto, los créditos bancarios sindicados tienden a ser el medio de financiamiento de último recurso cuando los mercados internacionales de valores no están disponibles. Se puede afirmar de manera general que los créditos sindicados, debido a su característica de relación de largo plazo, tienden a ser relativamente más accesibles en épocas en que el mercado internacional de valores está cerrado o caro, y a ser relativamente más caros que otros instrumentos cuando los mercados internacionales de valores están favorables.

Una empresa uruguaya que accede a un crédito bancario sindicado deberá aceptar ciertos *covenants* como condición para el desembolso de fondos. El propósito de los *covenants* es el permitir a los bancos acreedores mantener cierto control sobre la gestión de la empresa de manera tal que se minimice el riesgo de incumplimiento de pago. En particular, los *covenants* limitan la libertad de la empresa de poder incurrir en endeudamiento con terceros, preservan los activos de la empresa, aseguran que la prioridad de pago de la deuda no sea afectada y permiten al acreedor mantenerse informado sobre la condición financiera y operativa de la empresa.

La sección de *covenants* tiende a ser la sección más importante para los acreedores en el convenio de crédito, particularmente si el crédito no está garantizado. Los *covenants* suelen también ser el punto más negociado del crédito además de la tasa y el calendario de amortización.

Los *covenants* se dividen en *covenants* afirmativos (obligación de hacer) y *covenants* negativos (obligación de no hacer). Los *covenants* afirmativos se refieren a compromisos que el deudor asume en la gestión de su negocio, mientras que los *covenants* negativos se refieren a situaciones que el deudor acuerda no permitir que ocurran.

Los *covenants* afirmativos más típicos son los siguientes:

- Cumplimiento con leyes y regulaciones aplicables, incluyendo leyes ambientales;
- Pago de impuestos y otros reclamos que pudieran resultar en gravámenes sobre los activos de la empresa;
- Mantenimiento de pólizas de seguro adecuadas;
- Mantenimiento de la figura jurídica de la empresa;
- Libre acceso a los acreedores a los libros y plantas de la empresa;
- Mantenimiento de los libros contables según principios contables generalmente aceptados de la jurisdicción de la empresa;
- Mantenimiento de las plantas y oficinas de la empresa en buen estado;
- En la medida que se lleven a cabo transacciones comerciales con personas que tengan algún interés o participación en la empresa, estas transacciones deberán ser comercialmente razonables; y
- Entrega de estados financieros trimestrales y de proyecciones financieras, y de toda otra información entregada a accionistas.

Los *covenants* negativos más típicos son los siguientes:

- No permitir la existencia de gravámenes sobre los activos de la empresa, con ciertas excepciones, tales como gravámenes que ya existieren al momento del otorgamiento del crédito y aquellos causados al momento de la compra del activo sujeto al gravamen;
- No permitir que subsidiarias incurran en endeudamiento;
- No tomar arrendamientos a largo plazo por un monto agregado superior a una cantidad específica;
- No dar garantías a favor de terceros;
- No impulsar fusiones o consolidaciones salvo que el deudor sea la entidad sobreviviente y que no empeore la condición financiera del deudor como resultado de la transacción;
- Limitaciones con respecto a la venta de activos a un monto máximo anual;
- Restricciones sobre inversiones en, o préstamos a, terceros;
- Limitaciones con respecto a la declaración y/o pago de dividendos;

- No permitir el cambio del giro del negocio de la empresa; y
- Mantenimiento de niveles mínimos para ciertos indicadores financieros, tales como activos netos tangibles, endeudamiento como porcentaje de activos netos tangibles y flujo operativo neto como porcentaje de servicio de deuda.

La empresa deberá cumplir con estos *covenants* en todo momento. Este tipo de *covenant* se conoce como *covenant* de mantenimiento (*maintenance covenant*), a diferencia de los *covenants* de una emisión de obligaciones negociables, que son *covenants* de incumplimiento (*incurrence covenants*).

Por su naturaleza, los *covenants* son sumamente intrusivos y pueden afectar la estrategia y el desarrollo del negocio de una empresa. Por lo tanto, es de suma importancia para una empresa uruguaya entender exactamente el alcance de estos *covenants* para poder negociar términos que, sin afectar el riesgo crediticio que toman los bancos acreedores, permitan a la empresa mantener la flexibilidad operativa y financiera necesaria para llevar adelante su plan de negocios.

Otro aspecto importante del convenio de crédito son las declaraciones y garantías que asume la empresa, llamadas "*representations and warranties*". A diferencia de los *covenants*, las declaraciones y garantías no crean obligaciones sino que certifican el estado jurídico, operativo y financiero de la empresa al momento de la celebración del convenio y al momento del desembolso del préstamo, y expone a la empresa a responsabilidad en el caso que alguna representación o garantía haya sido falsa. Estas declaraciones y garantías reflejan las premisas asumidas por cada banco para llegar a su determinación afirmativa de otorgar el préstamo. Si alguna de estas declaraciones y garantías resultara haber sido incorrecta al momento de ser efectuada, constituiría una violación contractual por parte de la empresa y los bancos tendrían el derecho de exigir la aceleración del repago del préstamo. Debido a las serias consecuencias que una declaración y garantía incorrecta pudiera acarrear, las declaraciones y garantías, al aparecer listadas expresamente en el convenio de crédito que deberá firmar un ejecutivo de la empresa, también sirven como un mecanismo adicional de confirmación de la calidad de la información otorgada por la empresa.

Por lo tanto, es imperativo que la empresa asegure que las declaraciones y garantías que debe efectuar en el convenio de crédito sean correctas. En la medida que la empresa considera que no pueda hacer alguna declaración y garantía por estimarla incorrecta, la empresa deberá subsanar el problema de fondo. De no ser viable, la declaración y garantía deberá ser modificada en el borrador del convenio de

crédito para reflejar la realidad de la situación. Cabe notar que una modificación a una declaración y garantía estándar, dependiendo de la importancia de la declaración en cuestión, podría afectar la predisposición del banco de otorgar el crédito.

Las declaraciones y garantías se dividen entre las de carácter jurídico y las financieras y operativas. Las siguientes son las declaraciones y garantías jurídicas más típicas en convenios de crédito:

- La empresa está debidamente constituida, tiene la capacidad societaria para incurrir en el endeudamiento, y el firmante en nombre de la empresa está debidamente autorizado a hacerlo.
- El incumplimiento de la deuda no es violatorio de ninguna ley, regulación o contrato que afecte la empresa, y no requiere aprobación alguna de entidades regulatorias o terceros.
- En caso de una emisión de participaciones societarias, que las mismas están debidamente autorizadas y que no están sujetas a ningún gravamen u otro tipo de restricción.

Las siguientes son las declaraciones y garantías financieras y operativas más típicas en convenios de crédito:

- Los estados financieros de la empresa presentan debidamente la condición financiera y estado de resultados de la empresa, y desde la fecha de esos estados financieros no ha ocurrido ningún cambio material en la condición financiera y estado de resultados de la empresa.
- No existe ningún litigio o contingencia (incluyendo contingencias relacionadas con fondos de pensiones y pagos de impuestos) que pudiera tener un efecto material adverso sobre la condición financiera y estado de resultados de la empresa.
- La empresa cumple con todos los requisitos de ley aplicable y no existe ninguna contingencia al respecto.
- Los activos de la empresa no están sujetos a ningún gravamen más allá de los gravámenes que la empresa ha identificado a los acreedores.

Los convenios de crédito normalmente incluyen otras declaraciones y garantías relacionadas al negocio específico de la empresa. Por ejemplo, si la empresa depende particularmente de un cliente, es probable que los abogados de los bancos quieran incorporar una declaración y garantía al respecto que indique que el cliente es buen pagador o que la empresa desconoce la existencia de algún factor que pueda causar que el cliente deje de comprar su producto. Como otro ejemplo, si el negocio de la empresa depende especialmente de alguna materia prima en particular, los abogados de los bancos querrán incluir

una declaración y garantía por la cual la empresa desconoce la existencia de algún factor que pudiera causar una interrupción en la provisión de esa materia prima.

La mayor negociación en la sección de declaraciones y garantías normalmente ocurre con respecto al nivel de conocimiento que se asume debe tener la empresa con respecto a alguna declaración y garantía relacionada con un tercero. Por ejemplo, en el caso de una declaración sobre la condición financiera de un comprador clave de los productos de la empresa, la empresa pudiera tomar la posición de que la declaración no procede ya que la empresa no tiene suficientes elementos para hacer la declaración. Sin embargo, el banco puede considerar esa declaración como muy importante y por lo tanto exigir que la empresa se informe al respecto para poder efectuar la declaración.

Los convenios de crédito condicionan el desembolso de los fondos al cumplimiento de ciertas condiciones previas. Una de estas condiciones es la entrega de un certificado por parte de un alto ejecutivo de la empresa en el que se declara que la empresa no ha violado ningún *covenant* y que las declaraciones y garantías otorgadas en el convenio de crédito son correctas en la fecha del certificado. Otra condición de importancia es la entrega de una opinión legal de los abogados uruguayos de la empresa confirmando que la empresa cumple con todos los requisitos corporativos para poder celebrar el convenio de crédito y que dicha celebración no viola ningún acuerdo con terceros ni requiere aprobación alguna de entidades regulatorias o terceros. Igualmente, como los convenios de crédito internacionales normalmente están regidos por la ley del Estado de Nueva York, los bancos exigen una opinión legal de abogados neoyorquinos contratados por la empresa confirmando que la documentación relacionada con el crédito es válida y vinculante.

En la medida que la empresa necesite la aprobación de un tercero para poder celebrar el convenio de crédito o incurrir en la deuda, esta aprobación también será una condición previa para el desembolso.

En el caso de que la empresa se vea en la situación de no poder cumplir con los pagos requeridos bajo el convenio de crédito, esta se verá obligada a negociar un plan de reestructuración de su deuda con los bancos acreedores. Esta reestructuración se deberá efectuar en base a un plan de negocios y proyecciones de flujos realistas. El nivel de complejidad de una reestructuración depende principalmente de cuantas clases de acreedores diferentes existan al momento de la reestructuración y del tipo de endeudamiento. Por ejemplo, un crédito sindicado, sin ser fácil, es más simple de reestructurar que una emisión de obligaciones negociables ya que en un crédito sindicado la empresa debe negociar con un grupo de

acreedores reducido y conocido, y con intereses generalmente similares. La reestructuración de obligaciones negociables es más compleja ya que normalmente involucra a cientos de acreedores de distintos perfiles e intereses, ya que muchos pueden haber comprado el papel en el mercado secundario a un valor significativamente menor al nominal.

En todo caso, la empresa puede minimizar la probabilidad de necesitar reestructurar su deuda asumiendo la misma de manera prudente. Es importante recordar que el asesor financiero de la empresa puede ser la misma persona que otorga el crédito o gestiona la colocación, y recibe su compensación en base al tamaño de la operación. Por lo tanto, el asesor financiero va a tener el incentivo, aunque sea subconsciente, de convencer a la empresa de incurrir el mayor endeudamiento razonablemente posible.

V. INVERSIÓN DE RIESGO DIRECTA (VENTURE CAPITAL INVESTMENTS)

La inversión directa es un medio de financiamiento utilizado principalmente por empresas relativamente nuevas que no gozan de una historia operativa significativa o que generan al momento un flujo operativo negativo, pero de las cuales se espera un crecimiento importante en un período normalmente no mayor a los tres años. Los montos de inversión típicamente oscilan entre los US\$3 millones y los US\$15 millones.

Los inversores tienden a ser fondos de inversión de alto riesgo (*venture capital funds*) que buscan principalmente un alto retorno y la opción de vender su posición accionaria dentro de un período no mayor a los tres años. Normalmente estos fondos compran una participación societaria minoritaria, ya sea por política propia del fondo o por limitaciones de carácter regulatorio o fiscal pero se aseguran cierto nivel de control sobre la gestión de la empresa.¹

El beneficio para la empresa no se limita necesariamente al aporte de capital. La inversión en la empresa por parte de un fondo de inversión reconocido puede constituir una señal positiva al mercado sobre la transparencia y perspectivas de la empresa. Esto ayuda a mejorar la probabilidad de éxito de una nueva ronda de financiamiento, de ser necesaria.

El primer paso en un proceso de inversión de riesgo directa es la preparación por parte de la empresa, con la asistencia de sus asesores financieros, de un plan de negocios o folleto informativo. Este documento describe de manera resumida la empresa, su negocio, su estrategia y planes, su mercado, sus activos y su plantel ejecutivo. El documento normalmente también incluye proyecciones financieras que estiman los resultados futuros de la empresa asumiendo el cumplimiento del plan de negocios.

El segundo paso es la preparación de una hoja de términos (*term sheet*), que es un documento generalmente no vinculante (excepto con respecto a cláusulas de período de exclusividad de negociación o reembolso de gastos al potencial inversor) sobre el cual las partes establecen los términos principales de la inversión propuesta. Los términos más negociados son el precio del título valor que recibe el grupo inversor y sus características.

El precio del título valor se establece según una valuación de la empresa realizada por contadores independientes. El tipo de título valor más utilizado en este tipo de transacciones es la acción preferente convertible, ya que tiene ciertas ventajas fiscales y contables sobre las acciones comunes o la deuda subordinada convertible. La acción preferente convertible además otorga a su tenedor un derecho de preferencia sobre accionistas comunes con respecto al pago de dividendos o en caso de liquidación de la empresa, y la opción de convertir los títulos a acciones comunes.

El grupo inversor normalmente exige los siguientes derechos adicionales:

- Influencia sobre la gestión de la empresa a través de (i) representación en el directorio, (ii) derechos de voto que representen vetos efectivos con respecto a temas que el grupo inversor considere críticos, tales como fusiones o combinaciones, cambios en el giro de negocios de la empresa, aumentos de capital, la declaración de dividendos y la recompra de acciones, y (iii) acceso a los libros y la planta de la empresa.
- Protección contra dilución de su posición accionaria y preservación de la composición accionaria, incluyendo (i) el derecho de participación en nuevas rondas de financiamiento a través de un aumento del capital social, (ii) el recálculo del precio por título valor pagado

1 La empresa también pudiera obtener inversión directa a través de una asociación estratégica. En este caso, el inversor típicamente es un participante en la misma industria de la empresa. Por ejemplo, el inversor pudiera ser un comprador de los productos o servicios de la empresa, un vendedor de productos o servicios a la empresa, o pudiera ofrecer los mismos productos o servicios pero en mayor escala. En una asociación estratégica la empresa uruguaya no solo recibiría capital o bienes a cambio de una participación societaria sino que también recibiría beneficios operativos al capitalizar sinergias con el inversor estratégico, como pudiera ser el recibo de capacitación técnica y comercial (*know-how*), acceso a nuevos mercados o mayor acceso a crédito en mejores términos.

por el grupo inversor en caso que una nueva ronda de financiamiento a través de un aumento del capital social resulte en un precio por título valor inferior al pagado por el grupo inversor, (iii) el derecho a que toda propuesta de venta de acciones de la empresa por parte de la empresa o cualquier otro accionista sea ofrecida primero al grupo inversor (*right of first offer*) o en el caso que algún tercero ofrezca a otro accionista comprar acciones a un precio determinado, el derecho a igualar ese precio (*right of first refusal*).

- Mecanismos para facilitar la eventual venta de su posición accionaria tales como (i) el derecho de exigir que la empresa efectúe una oferta pública de acciones lo cual crearía liquidez para las acciones de la empresa (*registration rights*), (ii) el derecho de participar en ventas de acciones por parte de otro accionista bajo los mismos términos (*tag-along rights*), (iii) el derecho de obligar a otros accionistas a vender sus acciones bajo los mismos términos en caso que el grupo inversor consiga un comprador interesado en comprar un número de acciones de la empresa superior al que posee el grupo inversor (*drag-along rights*) y (iv) la obligación de la empresa de recomprar los títulos valores del inversor a opción del inversor a partir de un tiempo y a un precio predeterminado que le asegure a los inversores un retorno importante sobre su inversión (*put option*).

Es común también otorgar como edulcorante opciones (*warrants*) al grupo inversor durante un período definido (que típicamente oscila entre los tres y siete años) para comprar más títulos valores al mismo precio que el que pagaron por su inversión inicial. Esto permite al grupo inversor recibir un beneficio adicional en el caso en que el valor de la empresa aumente.

Una vez que las partes llegan a un acuerdo sobre la hoja de términos, el grupo inversor lleva adelante una auditoría, llamada "*due diligence*", de todos los aspectos relevantes de la empresa. Si en la auditoría no se descubre nada inesperado, entonces se procede a firmar la documentación pertinente. La documentación principal se compone de un convenio de compra de títulos valores (*Securities Purchase Agreement*), que refleja entre otras cosas los términos básicos de la inversión y establece las condiciones para

el cierre de la transacción. En particular, incluye declaraciones y garantías (*representations and warranties*) similares a las descritas arriba en la sección anterior.

Los estatutos sociales de la empresa también deben ser modificados para reflejar los derechos inherentes de las nuevas clases de título valores. El convenio de derechos de inversores (*Investor Rights Agreement*) refleja los derechos políticos y económicos otorgados al grupo inversor antes descritos. Si se emiten opciones, sus términos se establecerán en un convenio (*Warrants Agreement*).

Para los dueños de la empresa, una inversión de riesgo directa implica compartir el control de la gestión de la empresa. Esto puede requerir un cambio de cultura gerencial, ya que las políticas empresariales más significantes podrán ser adoptadas solo con la aprobación del grupo inversor. Existe hasta la posibilidad de que los dueños de la empresa dejen de ser accionistas en el caso que el inversor ejerza su derecho de obligar a los dueños a vender sus acciones (*drag-along rights*). Este último aspecto pudiera ser inaceptable para dueños que deseen perpetuar la presencia familiar en la empresa, por lo que deberán negociar un acuerdo que excluya tal cláusula.

VI. EMISIÓN DE OBLIGACIONES NEGOCIABLES

La emisión de obligaciones negociables en los mercados internacionales de capital es una opción para empresas uruguayas que buscan financiamientos de un mínimo de US\$75 millones.² La emisión requiere ese tamaño mínimo para proveer cierto nivel de liquidez a la obligación negociable y para amortizar los gastos de la emisión, que pueden ser considerables.

Una emisión de obligaciones negociables puede ser efectuada, para efectos de las leyes de valores de los Estados Unidos, de manera privada o pública. Una oferta pública implica, entre otras cosas, el poder ofrecer las obligaciones negociables a cualquier inversor, sin ninguna restricción, a diferencia de una oferta privada que puede ser ofrecida solamente a inversores que tengan ciertos niveles preestablecidos de patrimonio y/o sean suficientemente sofisticados. Además, obligaciones negociables vendidas a través de una oferta pública pueden ser negociadas libremente por sus tenedores, mientras que la transferencia de obligaciones negociables vendidas en una ofer-

2 Es posible emitir obligaciones negociables por un monto agregado significativamente inferior a los US\$75 millones, pero este tipo de colocación se caracteriza más por ser una venta negociada a unos pocos inversores. Los gastos de la emisión son menores debido a que normalmente no es necesario preparar un folleto informativo con el nivel de detalle requerido para una oferta más amplia de obligaciones negociables. Sin embargo, debido al tamaño más reducido de la colocación, la comisión pagadera al banco colocador tiende a representar un porcentaje sobre el monto total de la colocación más alto que en el caso de una oferta de obligaciones negociables de mayor envergadura a un grupo más amplio de inversores. No es inusual que, para reducir costos, las partes acuerden utilizar un solo escritorio de abogados de cada jurisdicción para la transacción, en vez de que tanto la empresa como el banco colocador tengan sus propios abogados.

ta privada está sujeta a ciertas restricciones durante un período de dos años.

Una oferta pública permite a la empresa acceder a un grupo (*pool*) de posibles inversores más amplio que una oferta privada, lo que, en teoría, aumenta la probabilidad de éxito de la colocación tanto en términos de nivel de demanda como de precio. Sin embargo, una oferta pública requiere que el documento de venta sea registrado y aprobado por la Comisión de Valores de los Estados Unidos (*Securities Exchange Commission (SEC)*). Esto implica un proceso de colocación más largo (típicamente cinco meses) y consecuentemente mayores gastos de la emisión.

También, al efectuar una oferta pública, la empresa uruguaya pasaría a estar sujeta a los requisitos de información y otras obligaciones de la SEC, lo que se entiende como tener calidad de *reporting company*. Estos requisitos, los más importantes de los cuales se detallan a continuación, implican agregar una carga administrativa y financiera considerable para la empresa:

- Registro ante la SEC de un reporte anual que incluya, entre otras cosas, (i) estados financieros auditados según principios contables generalmente aceptados (llamados "GAAP") de Uruguay reconciliados al GAAP de los Estados Unidos y (ii) una descripción detallada del negocio de la empresa, su industria, su condición financiera y estado de resultados en los últimos tres años fiscales, sus perspectivas, su composición accionaria, su plantel ejecutivo, el efecto de las leyes tributarias uruguayas y estadounidenses sobre la tenencia de las obligaciones negociables y los riesgos que un tenedor asume al comprar las obligaciones negociables.
- Registro ante la SEC de hechos relevantes que hayan sido divulgados a través de comunicados de prensa, comunicaciones a accionistas u otros tenedores de títulos valores de la empresa, o registros ante las autoridades uruguayas.
- Establecimiento de normas de buena gestión (*corporate governance*) tales como la creación de un comité de auditoría independiente que contrate los auditores y apruebe estados financieros.
- Prohibición con respecto al otorgamiento de préstamos a altos ejecutivos o directores de la empresa.

- Sujeción a ciertas normas sobre responsabilidad civil y penal contra la empresa y personas responsables en el caso que la información provista por la empresa a la SEC o a sus inversores contenga un error o una omisión material, o en el caso que se considere que la empresa o sus ejecutivos hayan cometido algún fraude en el mercado.

La empresa no estaría sujeta a estas condiciones en una oferta privada. Sin embargo, es típico que los potenciales inversores exijan que la documentación de la obligaciones negociables incluyan *covenants* que requieran que la empresa entregue información similar a la que entregaría a la SEC si fuera un *reporting company*.

Otra ventaja de una oferta privada es que el proceso es más corto (aproximadamente tres meses) que una oferta pública, lo que permite más flexibilidad para acceder al mercado rápidamente si se abre una ventana de oportunidad en el mismo. Finalmente, una oferta privada implica menos gastos de emisión (aproximadamente US\$1,3 millones a US\$1,6 millones comparado con US\$2,0 millones a US\$2,5 millones, en gastos de abogados, auditores, imprenta, viajes y otros gastos, sin incluir la comisión del banco colocador (*underwriter*))³ y menores gastos para cumplir con las normas en el futuro al no ser un *reporting company*.

En años recientes, los bancos colocadores han impulsado un producto híbrido, que es una oferta privada de obligaciones negociables bajo la Regla 144A (que exime de registro ante la SEC las ofertas que estén dirigidas solamente a compradores institucionales sofisticados) con el compromiso de la empresa de canjear en una oferta pública esas obligaciones negociables dentro de un período máximo normalmente de seis meses por obligaciones negociables libremente transferibles. El razonamiento detrás de este mecanismo es que, en mercados complicados como los que han tenido los títulos valores de empresas latinoamericanas en los últimos años, es primordial estar listo para lanzar la oferta cuando se abre una ventana en el mercado. Como una oferta privada no requiere de la aprobación de la SEC, la empresa está en mejor posición de acceder a esa demanda repentina que en el caso de un proceso de oferta pública. La obligación de canjear esas obligaciones negociables a través de una oferta pública posterior es para otorgar liquidez a los tenedores liberándolos

³ La comisión del banco colocador se basa en un porcentaje del monto total de la colocación. Este porcentaje varía dependiendo de las características del emisor (si es un emisor que ya ha emitido en el mercado la comisión normalmente es más baja que para un emisor que participa por primera vez, porque presumiblemente la labor de colocación del banco es menos complicada) y la competitividad existente entre los bancos colocadores, la cual tiende a ser mayor cuando el volumen de operaciones que hay en el mercado es bajo. Las comisiones que se suelen pagar en emisiones de empresas latinoamericanas normalmente oscilan entre 2% y 4% para obligaciones negociables y entre 1% y 3% para participaciones societarias.

de la prohibición sobre la libre transferencia de la obligaciones negociables que surgen de una oferta privada. Esta promesa de liquidez, en teoría, permite a la empresa asegurar un precio de colocación en la emisión privada como si fuera de emisión pública.⁴

Toda emisión de obligaciones negociables requiere la preparación de un folleto informativo, llamado *offering circular* en ofertas privadas y *prospectus* en ofertas públicas. Este folleto informativo incluye información detallada, entre otras cosas, sobre las operaciones de la empresa, su industria, su condición financiera y resultado de operaciones en los últimos tres años fiscales, sus perspectivas, su plantel ejecutivo, su composición accionaria, las características de las obligaciones negociables, el efecto de las leyes uruguayas y estadounidenses sobre la tenencia de las obligaciones negociables y los riesgos a los que se expone un inversor al comprar las obligaciones negociables. Además, el folleto informativo deberá incluir estados financieros auditados para los últimos tres años fiscales de la empresa, los cuales en el caso de una oferta pública en los Estados Unidos, deberán ser reconciliados al GAAP de los Estados Unidos.

El folleto informativo es normalmente redactado por los abogados estadounidenses contratados por la empresa, y es pulido mediante numerosas sesiones de redacción en la que participan ejecutivos de la empresa, representantes del banco colocador, los abogados uruguayos y estadounidenses tanto de la empresa como del banco colocador y los auditores.

Simultáneamente con la redacción del folleto informativo, se lleva a cabo una auditoría (*due diligence*) completa de todos los aspectos jurídicos, operativos y financieros de la empresa. Este proceso es de suma importancia ya que el banco colocador, como medida preventiva ante eventuales reclamos por parte de inversores sobre la calidad de la información del folleto informativo, requieren como condición para el cierre de la colocación que los abogados uruguayos y estadounidenses de la empresa y el banco colocador entreguen al banco colocador una opinión en la cual aseveran que el folleto informativo no contiene ninguna omisión o error material. Para poder emitir esa opinión los abogados necesitan llevar a cabo esa auditoría y reflejar lo aprendido durante la misma en el folleto informativo.

Además del folleto informativo, el documento principal de una emisión de obligaciones negociables es el *Indenture*, que es el documento bajo el cual se emiten las obligaciones negociables y se establecen los derechos de sus tenedores. Al igual que en el caso de créditos sindicados, la sección de *covenants* es la más importante y más negociada del documento. En el caso de emisiones por parte de países como puede ser Uruguay (llamadas emisiones soberanas (*sovereign issuances*)) o empresas de alta calificación crediticia, los *covenants* tienden a ser mínimos, limitándose normalmente a prohibir el incumplimiento de ciertas garantías prendarias y, en el caso de empresas, a prohibir o restringir cambios sustanciales en su giro de negocios o ciertas fusiones o combinaciones. Obligaciones negociables con este tipo de *covenants* básico son llamadas "*plain-vanilla bonds*".

Para acceder al capital mediante la emisión de obligaciones negociables, una empresa uruguaya seguramente deberá aceptar *covenants* más intrusivos que pueden afectar la estrategia y el desarrollo del negocio. Estos *covenants*, llamados *covenants* de alto retorno o "*high-yield covenants*", son descritos en más detalle arriba en la sección sobre créditos sindicados. La diferencia principal de estos *covenants* con respecto a *covenants* de un crédito sindicado es que aplican en el caso que la empresa piense llevar a cabo algún acto, por lo que se les conoce como *covenants* de incumplimiento. Los *covenants* de un crédito sindicado deben ser cumplidos en todo momento, por lo que se les conoce como *covenants* de mantenimiento. Por lo tanto, a diferencia de un crédito sindicado, la empresa necesita efectuar un acto positivo para violar un *covenant*.

Otra sección importante del *Indenture*, aunque menos sujeta a negociación, es la que se refiere a eventos de incumplimiento. En la medida que la empresa incumpla con sus pagos, tenga problemas de insolvencia, incurra en alguna contingencia sustancial o viole algún *covenant* u otra cláusula del *Indenture*, los tenedores de las obligaciones negociables tendrán el derecho a reclamar la aceleración del pago de las obligaciones negociables. Este derecho de aceleración está sujeto a que tenedores de un porcentaje específico del monto agregado de las obligaciones negociables (establecido según el evento de incumplimiento, aun-

4 Se puede pensar que los bancos colocadores tienen el incentivo de utilizar esta estructura híbrida en vez de una oferta pública porque finaliza unos dos meses antes, lo cual les permite cobrar su comisión con esa anterioridad y libera sus recursos para utilizarlos en otras transacciones con otros clientes, ya que el banco colocador no participa en el canje.

Para la empresa, esta oferta híbrida 144A con derechos de canje (llamados *registration rights*) implica mayores gastos ya que debe efectuar dos ofertas (incluyendo la publicación de folletos informativos para cada transacción) y un mayor compromiso de tiempo por parte de sus altos ejecutivos. Además, la empresa se expone más al riesgo de reclamo de algún inversor que el folleto informativo contenía algún error u omisión material. Esto se debe a que la empresa vende sus obligaciones negociables en base a una oferta privada 144A exenta de registro ante la SEC y después, como parte del registro ante la SEC para efectos de recibir la autorización para llevar a cabo el canje, presenta a la SEC un nuevo folleto informativo con virtualmente la misma información que utilizó para la venta. La SEC normalmente emite decenas de comentarios sobre el contenido del folleto informativo y requiere que la empresa modifique su folleto informativo para reflejar tales comentarios. Cualquiera de estos comentarios pudiera dar base a tal reclamo por parte de un inversor.

que normalmente es 51%) acuerden ejercer ese derecho.

El convenio de compra (*Purchase Agreement*) establece los términos bajo los cuales el banco colocador se compromete a comprar todas las obligaciones negociables de la empresa para su posterior venta a los inversores. El convenio de compra establece la comisión que recibirá el banco colocador, normalmente establecida como un descuento sobre el precio al que el banco colocador distribuirá las obligaciones negociables a los inversores. El convenio de compra se celebra una vez que la empresa y el banco colocador haya culminado la gira de promoción de la oferta, o *roadshow*, y el banco colocador ya haya recibido indicaciones de interés de compra por parte de los potenciales inversores. Esto quiere decir que el banco colocador efectivamente no se compromete a comprar los títulos de la empresa hasta que los eventuales inversores se comprometen virtualmente a comprar los títulos al banco colocador.

El convenio de compra también incluye declaraciones y garantías (*representations and warranties*) de la empresa similares a las antes descritas en la sección sobre créditos sindicados. Además, la empresa debe declarar que ha cumplido con todos los requisitos de las leyes federales de valores de los Estados Unidos. Es también típico que los abogados del banco colocador usen la sección de declaraciones como una herramienta más de su auditoría y exijan que la empresa declare acerca de ciertos aspectos específicos descubiertos durante la auditoría. El convenio de compra también incluye una sección de *covenants* pero estos están relacionados principalmente con el proceso del cierre de la transacción.

La sección sobre indemnización es de vital importancia para el banco colocador. El convenio de compra típico establece que la empresa deberá indemnizar al banco colocador por toda pérdida o gasto que este incurra debido a algún reclamo o demanda relacionada con la oferta. El banco colocador tampoco estará obligado a indemnizar en un monto mayor a la comisión recibida por el banco colocador en la transacción, salvo que el banco colocador hubiera actuado de manera fraudulenta. Esta cláusula no es negociable ya que ningún banco colocador está dispuesto a asumir una mayor responsabilidad, ya que el riesgo no compensa el beneficio de la comisión.

Cabe agregar que en el caso que la empresa necesite reestructurar su deuda, el *Indenture* no permite ninguna modificación al monto de las obligaciones negociables, ni a la tasa de interés o calendario de pago, sin el consentimiento previo del 100% de los tenedores de obligaciones negociables. Debido al número elevado de tenedores, es prácticamente imposible obtener tal consentimiento. La alternativa más utilizada es la de hacer una oferta de canje de las obligaciones negociables existentes por nuevas obligacio-

nes negociables con términos negociados entre la empresa y un comité compuesto por los principales tenedores. Los tenedores no están obligados a participar en el canje (salvo aquellos que participaron en el comité de reestructuración, quienes normalmente acuerdan contractualmente que van a participar) y pueden optar por mantener sus viejas obligaciones negociables. Sin embargo, para que un plan de reestructuración sea viable es imprescindible que un porcentaje alto de los tenedores participe. Por lo tanto, las ofertas de canje normalmente requieren como condición para su efectividad que participen tenedores que representen un porcentaje mínimo del total agregado de las obligaciones negociables. Este porcentaje tiende a ser de por lo menos 90%.

VII. SECURITIZACIONES

Las securitizaciones son un instrumento financiero que se ha ido desarrollando más asiduamente en los últimos años y que principalmente permite a las empresas transformar en líquidos activos inmovilizados (ilíquidos). Una securitización consiste en la representación de activos inmovilizados en títulos de deuda o certificados de participación garantizados para ser colocados entre inversores en los mercados de capitales.

Se puede securitizar diferente tipos de activos. Las securitizaciones más comunes efectuadas en América Latina hasta la fecha son de préstamos para vivienda, cuentas por cobrar de tarjetas de crédito, remesas, recaudación fiscal y flujos de proyectos específicos.

Estas son las características ideales de los activos a securitizar:

- Homogeneidad en los activos (características y naturaleza similares);
- Transferibilidad de los activos;
- Generación de flujos de fondos permanentes y constantes que permitan crear un modelo de amortizaciones acorde a la capacidad de pago de las obligaciones; y
- Riesgo limitado de pérdida de los activos.

A través de la securitización el dueño de los activos los transfiere o cede a un ente jurídico llamado "vehículo" (*special purpose vehicle*) creado con la única finalidad de convertirse en dueño de dichos activos y emisor de los títulos de deuda o certificados de participación que se distribuirán entre los inversores. Los activos securitizados abandonan el patrimonio del dueño original y pasan a formar parte del patrimonio del vehículo (en la mayoría de las jurisdicciones se los conoce como "fideicomisos financieros") y son administrados por un administrador o fiduciario. El administrador o fiduciario controla al vehículo de acuerdo a los derechos y obligaciones establecidas en el contrato de constitución de dicho vehículo.

Las securitizaciones por medio de la movilización de activos de baja liquidez generan beneficios tanto al dueño de los activos (al que generalmente se conoce como el originante) como para los inversores.

Los beneficios que obtiene el originante principalmente son:

- Disminución de la relación deuda/capital propio dado que la deuda es emitida por un vehículo legal separado del originante y por lo tanto no se registra en el balance del originante (en dicho balance solo se registran los fondos provenientes de la emisión de los títulos en carácter de ingresos por la venta de los activos securitizados y se reducen los activos que fueron transferidos al vehículo);
- Aumento de la liquidez de los activos ya que los flujos de fondo proveniente de dichos activos son generalmente a futuro y el originante consigue capital en el mercado al cierre de la securitización;
- Al encontrarse garantizados por flujos de fondo se mejora la calificación de los títulos a emitirse y se logra tomar capital a menores tasas y en condiciones más beneficiosas para el tomador puesto que el riesgo empresa del originante se reduce y dicho riesgo se traslada total o mayormente a los activos securitizados; y
- Aumenta la rentabilidad de la empresa debido a la rotación de activos que antes de securitizarse son relativamente ilíquidos.

Los inversores se ven principalmente beneficiados por el hecho de que los activos garantizan su inversión y el riesgo crediticio es menor, manteniendo un buen retorno sobre el capital invertido.

Cualquier empresa uruguaya que quiera embarcarse en un proceso de securitización deberá comenzar seleccionando al banco colocador, un estudio de abogados para que la represente, a una entidad que se convierta en la administradora (o fiduciaria) de los flujos producidos por los bienes securitizados y a las calificadoras de riesgo que van a evaluar el proyecto. El banco colocador de los títulos deberá conducir su proceso de auditoría (*due diligence*) enfocado no solo a la empresa dueña de los bienes a securitizarse, sino que muy particularmente también a aquellos bienes que dejaran de formar parte del patrimonio de la empresa titular de los mismos para constituirse en una garantía de los inversores.

Los contratos base de la securitización son el contrato de fideicomiso, que es por el cual se constituye el vehículo jurídico que va a pasar a ser dueño, en nombre de los inversores, de los bienes securitizados; el contrato de administración, por el cual un administrador se obliga a administrar los flujos de los bienes securitizados y realizar los pagos de capital e intereses a los inversores cuando sea aplicable; y el fo-

llo informativo, que será muy similar al descrito en la sección sobre obligaciones negociable pero con énfasis principalmente sobre los bienes securitizados.

El objetivo final del proceso de securitización es efectivizar una venta real (*true sale*) de los bienes del originante al nuevo vehículo, de manera tal que en el caso de un posible futuro concurso preventivo del originante los bienes no queden afectados a la masa concursal. Para ello, es importante confirmar que los activos a ser cedidos puedan serlo, tanto por la naturaleza de los activos como por la legislación existente. Por ejemplo, en ciertas jurisdicciones, no es posible la cesión de créditos hipotecarios para la vivienda sin el consentimiento previo de cada deudor, por lo que dichos activos no son pasibles de ser securitizados.

Las empresas uruguayas que posean activos ilíquidos que sean pasibles de securitización deben considerar esta alternativa ya que a través de este proceso logran colocar títulos cuyo riesgo es menor porque la unidad de análisis crediticio no es el emisor sino los bienes securitizados. De esa forma se baja la tasa de interés de los títulos emitidos, logrando la empresa uruguaya una substancial ganancia.

VIII. FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS

Otra alternativa de acceso al capital para una empresa uruguaya es el financiamiento de proyectos (*project finance*). Este medio de financiamiento es idóneo para situaciones en que la empresa desea embarcarse en un proyecto que sea separable del resto de la actividad de la empresa. La construcción de una planta de energía, el desarrollo vial, la construcción de una terminal portuaria y la expansión de una refinería de petróleo son ejemplos de proyectos que han sido financiados a través de esta modalidad.

Bajo la modalidad de un financiamiento de proyectos, los acreedores, ya sean bancos bajo un crédito sindicado o tenedores bajo una emisión de obligaciones negociables, tendrán recurso solamente contra un vehículo jurídico cuyos únicos activos serán aquellos relacionados al proyecto en sí. La unidad de análisis crediticio es el proyecto en sí, y no la empresa. Por lo tanto, si el proyecto no genera los flujos esperados, la empresa no estará obligada a comprometer el resto de su patrimonio.

Para que esta modalidad sea viable, la transacción deberá ser estructurada de manera tal que los riesgos del proyecto sean aceptables para los potenciales inversores. Estos riesgos se dividen en tres grandes categorías:

- **Riesgo de Construcción.** Este riesgo se relaciona con la existencia de algún problema con la

construcción, ya sea en cuanto a los tiempos de obra y/o la calidad de la construcción. Este riesgo se mitiga:

- contratando a una empresa constructora sumamente calificada y con solidez financiera;
 - comisionando un estudio de ingeniería que concluya que el proyecto puede ser construido dentro de los plazos establecidos y que la tecnología del proyecto es probada;
 - obteniendo de la empresa constructora garantías de pago de daños punitivos (*liquidated damages*) que cubran (i) en caso de una demora en los plazos de construcción, el servicio de deuda durante ese período, o (ii) en el caso en que la construcción del proyecto sea tal que la productividad del mismo resulte menor a lo especificado, el pago anticipado de una porción de la deuda tal que la capacidad productiva del proyecto remanente sea suficiente como para pagar el servicio de deuda reducido y los gastos de operación.
- **Riesgo Operación y Mantenimiento.** Este riesgo se refiere a caídas en el flujo de fondos provenientes del proyecto debidas a problemas relacionados con la operación y el mantenimiento del proyecto. Este riesgo se mitiga:
 - contratando a una empresa operadora sumamente calificada y con solidez financiera, que bien puede ser la misma empresa constructora; y
 - obteniendo de la empresa operadora garantías de pago de daños punitivos (*liquidated damages*) que cubran (i) en caso de una merma en el flujo del proyecto debido a problemas operativos o de mantenimiento, el faltante para cubrir el servicio de deuda y los gastos operativos durante ese período, o (ii) en el caso que el problema operativo o de mantenimiento cause una merma permanente en el flujo del proyecto, el pago anticipado de una porción de la deuda tal que la capacidad productiva del proyecto remanente sea suficiente como para pagar el servicio de deuda reducido y los gastos operativos.
- **Riesgo Comercial.** Este riesgo se refiere a caídas en el flujo de fondos provenientes del proyecto debidas a problemas de orden comercial, tales como puede ser una demanda de energía inferior en el caso de una planta cogeneradora, o un nivel de tráfico vehicular inferior al anticipado en el caso de una carretera. La manera más usual para mitigar este riesgo es mantener una relación de flujo anti-

cipado a servicio de deuda más gastos operativos suficientemente alto como colchón para el caso que los flujos en dólares resulten ser significativamente inferiores a los anticipados. Igualmente, este riesgo se reduce mediante el uso de edulcorantes tales como cartas de crédito, fondos de depósito o pólizas de seguro. En el caso de proyectos que dependen de un número limitado de clientes, estos podrían proveer edulcorantes adicionales como garantías de compras mínimas a largo plazo con un precio preestablecido que en ningún caso sea inferior al necesario para cubrir el servicio de deuda.

Todos los activos relacionados con el proyecto son otorgados como garantía prendaria a los acreedores o tenedores de obligaciones negociables para asegurar el cobro de la deuda.

La empresa uruguaya podría mejorar la tasa a pagar contratando una empresa constructora y operadora con un grado de inversión alto y haciéndola participe del proyecto como socia. Esta empresa podrá participar como socia en el proyecto, lo que reduciría los gastos del mismo, ya que parte de los gastos de construcción se pagarían a través de la cesión de esa participación societaria. Este fue el caso del proyecto de expansión de la refinería de la Empresa Nacional de Petróleo de Chile en Talcahuano en 1996. El proyecto, que incluía la construcción de una coquizadora y una planta cogeneradora, incluyó a Foster Wheeler, una empresa de construcción estadounidense de gran solidez financiera. Foster Wheeler asumió los riesgos de construcción y operación y también se responsabilizó por ciertos edulcorantes tales como una carta de crédito para fundear el proyecto y garantías con respecto al pago de ciertas contribuciones de capital. Como resultado de esto, el proyecto pudo financiarse por 18 años a una tasa de 7.36%.

Bajo la modalidad de un financiamiento de proyecto, la empresa deudora es un vehículo jurídico cuyos dueños serían la empresa uruguaya y, posiblemente, la empresa constructora, la empresa operadora y/o algún cliente que reciba un beneficio como resultado del proyecto.

El convenio de sociedad (*Partnership Agreement*) es el documento que establece al vehículo jurídico (normalmente llamado "project company") y rige la relación entre los dueños del vehículo. Este convenio también establece, entre otras cosas, los porcentajes de propiedad de cada uno de los socios y las obligaciones respectivas de cada socio de aportar capital adicional o cartas de crédito bajo ciertas circunstancias, los derechos de transferencia de la participación de cada socio, la distribución de los fondos provenientes del proyecto y la terminación del mismo.

El convenio de construcción (*Construction Agreement*) establece los términos bajo los cuales la

empresa constructora acuerda construir el proyecto. De particular importancia son las secciones relacionadas a las especificaciones a seguir en la construcción, los plazos de construcción, los niveles mínimos de calidad y las penalidades (*liquidated damages*) que deberá pagar la empresa constructora en caso de demora o calidad insuficiente.

El convenio de operación y mantenimiento (*Operation and Maintenance Agreement*, o "*O&M Agreement*") establece los términos bajo los cuales la empresa operadora deberá desempeñar su tarea como tal, los honorarios que recibirá por tal función y las penalidades que deberá pagar en caso de problemas atribuibles a su gestión.

El financiamiento de proyectos puede ser efectuado a través de un crédito sindicado o una emisión de obligaciones negociables, documentándose por medio de un convenio de crédito o un *Indenture*, respectivamente. Estos documentos normalmente incluyen *covenants* que limitan la libertad del vehículo de llevar a cabo actividad alguna que no sea la específicamente relacionada con el proyecto.

IX. OFERTA DE PARTICIPACIONES ACCIONARIAS

Una oferta de participaciones accionarias normalmente esta reservada para empresas que tienen un potencial de crecimiento significativo y que tienen necesidades de capital de por lo menos US\$75 millones. La emisión requiere ese tamaño mínimo para proveer cierto nivel de liquidez a la acción y para amortizar los gastos de la emisión, que pueden ser considerables.

Al igual que en el caso de una emisión de obligaciones negociables, la oferta puede ser privada (normalmente bajo la Regla 144A que permite vender en los Estados Unidos a inversores sofisticados sin necesidad de obtener la aprobación de la SEC) o pública, llamada "*IPO*" (*initial public offering*) lo que sí requiere la aprobación previa de la SEC e implica estar sujeto a los requisitos de información y otras obligaciones de la SEC, también descritos en la sección sobre emisión de obligaciones negociables.

El proceso de emisión es similar al descrito anteriormente para obligaciones negociables. En el caso de ofertas públicas, típicamente la empresa también se listaría en la Bolsa de Valores de Nueva York (*New York Stock Exchange*) o Nasdaq. Esto requiere aprobaciones adicionales que son mayormente complementarias a las requeridas por la SEC.

A diferencia de obligaciones negociables, cuyas características se establecen en el *Indenture*, las características de las participaciones societarias se reflejan en los estatutos sociales de la empresa. Una alternativa empleada desde principios de los años 90 para

incentivar la compra de participaciones societarias extranjeras por parte de inversores estadounidenses es la figura del Recibo de Depósito Americano (*American Depositary Receipts* o "*ADRs*"). Cada ADR representa un número específico de participaciones societarias de la empresa extranjera. El tenedor del ADR mantiene sustancialmente los mismos derechos políticos y económicos de las acciones subyacentes, no obstante que el tenedor para efectos de los registros de la empresa es un banco que actúa como depositario o el "clearing" en donde el banco depositario tiene los ADRs depositados.

La figura del ADR permite al inversor estadounidense obtener periódicamente información sobre la empresa en inglés y el pago de dividendos y otras distribuciones en dólares. Los ADRs son emitidos por medio de un convenio de depósito (*Deposit Agreement*). Este convenio establece las características del ADR, designa al banco depositario e identifica sus obligaciones y derechos. Cabe notar que el convenio de depósito no otorga a los tenedores de ADRs derechos políticos o económicos superiores al de un tenedor directo de las participaciones societarias subyacentes.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Una vez que la empresa uruguaya determina beneficioso acceder a los mercados internacionales de capital, debe entonces determinar que modalidad de financiamiento es la más adecuada. Esta determinación deberá tomar en cuenta los siguientes factores:

- las necesidades específicas de la empresa;
- la situación y exigencias de los accionistas de la empresa; y
- la disponibilidad de los distintos productos financieros en el mercado y su costo.

Normalmente la institución financiera con la que la empresa tiene mayor relación es un buen punto de partida para orientar a la empresa con respecto a esta determinación. Sin embargo, la empresa no debe limitarse a una única institución financiera ya que esta puede ser muy capacitada para un tipo de producto pero quizás no tenga la capacidad suficiente para otros. Por lo tanto, es probable que el banquero esté más predispuesto a ofrecer los productos que mejor maneja su institución, aunque estos no sean necesariamente los más idóneos para la empresa. La transacción es muy importante para la vida de la empresa como para elegir a la institución financiera en base a una relación preexistente.

La empresa debería identificar tres o cuatro instituciones financieras y requerir a estas que presenten propuestas sobre la ingeniería financiera más apta tomando en cuenta la situación de la empresa y sus accionistas. Con esta información en mano, la empresa podrá tomar una determinación más adecuada.

Comúnmente, la empresa termina contratando al banco que presenta la propuesta que la empresa considera más acorde a sus necesidades. Cuando más de una institución financiera propone la misma estructura, la empresa decide en base a costo y/o familiaridad con la institución. También el contactar a más de una institución ayuda a crear una presión saludable sobre la cotización de las comisiones y costos de la transacción.

Si la empresa no logra despertar interés en las instituciones financieras eso es señal que quizás la empresa no está aún en condiciones de acceder a los mercados internacionales de capital o que el monto de capital al que la empresa quiere acceder es relativamente bajo. En este segundo caso, la empresa puede entrar en contacto con instituciones financieras cuyo segmento de actividad cubre operaciones de menor envergadura.

La decisión sobre qué instituciones financieras deben ser invitadas a participar puede hacerse de varias maneras. La empresa o algunos de sus accionistas de por sí pueden ya tener una relación preestablecida con algunas instituciones. En otros casos, la empresa puede haber ya sido visitada por algunas de estas instituciones. También es recomendable que la empresa consulte con sus auditores y abogados por referencias basadas en sus respectivas experiencias previas.

En transacciones de emisiones de títulos valores, es importante que los representantes de la empresa tengan presente que la institución financiera tiene un conflicto de interés intrínseco. Los banqueros que trabajan en la ejecución de la transacción (preparación de la documentación, auditoría, etc.) tienen a la empresa como su cliente. Sin embargo, el sector de ventas de la misma institución, que es la que estima el precio de la emisión en base a consultas con potenciales inversores y apoya el proceso de colocación de los títulos, ve como a sus clientes a esos inversores. Esto es natural ya que los grandes inversores son posibles participantes en todas las ofertas que la institución financiera trae al mercado, mientras que la empresa es un cliente circunstancial. Por lo tanto, es importante que la empresa mantenga un sano escepticismo sobre la información de mercado que recibe ya que los banqueros del sector de ventas tienden a buscar complacer a sus clientes, lo cual podría ser en desmedro de la empresa.

Otra consideración importante para la empresa es la elección de sus auditores. Es recomendable en todos los casos que los auditores locales estén afiliados a alguna de las grandes empresas de auditoría, ya que esto representa un sello de calidad para los potenciales inversores. Además, la preparación del folleto informativo requiere la inclusión de información financiera según lineamientos establecidos por la SEC. Por lo tanto, es imprescindible que los audito-

res tengan experiencia y conocimiento sobre estos requisitos. Por lo anterior, es virtualmente un requisito en el caso de una emisión de obligaciones negociables o participaciones societarias que la firma auditora sea reconocida internacionalmente.

La empresa también deberá contratar abogados neoyorquinos, ya que la documentación normalmente está regida por la ley del Estado de Nueva York. En la medida que ni la empresa ni sus dueños hayan tenido contactos anteriormente con estudios de Nueva York, los banqueros y los abogados uruguayos de la empresa pueden recomendar estudios a la empresa. Como condiciones mínimas, la empresa deberá cerciorarse que el estudio de abogados tenga suficiente experiencia con el producto financiero elegido y que cuente con abogados que hablen castellano. El rol del abogado es muy importante en la transacción, ya que normalmente redacta la documentación y participa activamente en la negociación de sus términos. Además, un abogado capaz y con experiencia es una fuente de consulta importante para la empresa cada vez que haya alguna duda con respecto a la función y/o sugerencias de otros actores en la transacción.

En el caso de una emisión de títulos, la empresa deberá también contratar a una imprenta para que imprima el folleto informativo. Tanto los banqueros como los abogados neoyorquinos pueden establecer el contacto entre la empresa y una imprenta confiable. Los costos de impresión pueden ser considerables, llegando a exceder el US\$1 millón. Para controlar estos costos, es importante que la empresa asegure que el proceso de preparación del folleto informativo sea eficiente. El abogado neoyorquino es la persona indicada para ayudar a la empresa con respecto a esto.

Todos estos participantes requieren que la empresa firme un mandato o carta de contratación al comienzo de la transacción. Es importante que la empresa revise con detalle estos contratos ya que podría estar comprometiéndose a más de lo que es razonable. En particular, es importante que el mandato con el banco colocador no sea firmado por la empresa hasta que sus abogados neoyorquinos hayan tenido oportunidad de revisarlo y corroborar que los términos del mismo están en línea con los estándares de la industria. Por ejemplo, no es inusual que un banco colocador busque otorgarse un período de exclusividad para llevar a cabo la transacción más largo de lo aconsejable. En otros casos, bancos colocadores se han otorgado exclusividad sobre transacciones futuras de la empresa, ya sea relacionadas con el mismo producto financiero u otro diferente. Al conceder esta cláusula, la empresa pierde todo poder de negociación para el momento de alguna transacción futura. Aún peor, la empresa podría quedar liga-

da a un banco colocador que al momento de la transacción futura quizás no tenga la capacidad o experiencia para llevarla a cabo debido a despidos, renunciaciones o cambios de enfoque internos.

Para que la transacción se lleve a cabo de la manera más eficiente y rápida, la empresa deberá asegurarse que al momento de comenzar la transacción sus estados financieros estén debidamente auditados y revisados de acuerdo al GAAP de Uruguay y en la medida que fuera necesario, al GAAP de los Estados

Unidos. También es importante que el personal ejecutivo de la empresa organice toda la documentación de la empresa con anterioridad para facilitar el proceso de auditoría legal (*due diligence*).

El acceso al capital en los mercados internacionales de capital normalmente constituye un hito importante en la historia de una empresa. Dada su importancia, es prudente que la empresa no avance en el proceso sin antes tener absolutamente claras las implicancias del mismo.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno N° 20 de 4 de marzo de 2002*
- *Delpiazzo, Carlos F. - «De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa».*

SENTENCIA Nº 20 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE 7º TURNO

Montevideo, 4 de marzo de 2002

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos acumulados. "ANDRES ALSINA C/ MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA; ACCIÓN DE AMPARO" Fa. 28/2002, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo de 2º turno (Fa. 220/2001).

RESULTANDO:

I

LO ACTUADO EN ESTOS AUTOS

Por sentencia definitiva, fs. 147 dictada por Juez Letrado Suplente, Dra. María Teresa LARROSA, fs. 153, 154, se acogió la excepción de caducidad opuesta por la parte demandada, declarándose en consecuencia la caducidad de la acción de amparo, fs. 152.

Fue apelada por el accionante, fs. 156 y ss. Examinándose los argumentos formales de la sentenciante para rechazar el amparo, el plazo de 30 días dispuesto por la ley 16.011, el cómputo del mismo, la atribuida inadmisibilidad de aquellos fundamentos formales, la vigencia del C.G.P., la naturaleza procesal o civil de dicho plazo ante el cual (de ser civil) la acción tampoco habría caducado, el denominado "inexplicable" cómputo del mismo, la "imputación" del Juez al Tribunal por la revocatoria precedente (fs. 108, 109) la interrogante de la seguridad jurídica "a costa" de la "violación" de los Derechos Humanos, la connotada contraposición entre los argumentos formales y la protección de los Derechos fundamentales y el Derecho aplicable.

DE LA PUBLICIDAD A LA TRANSPARENCIA EN LA GESTION ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCION

El dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno de la sentencia Nº 20 de 4 de marzo de 2002, hace propicia la reflexión acerca de transparencia de la actuación administrativa, erigida como nuevo principio general de Derecho que exhorbita el clásico de la publicidad.

En virtud del mencionado fallo, dictado en el marco de un proceso de amparo, se dispone que el Estado debe entregar al accionante (un periodista) los informes realizados por el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, cuyo acceso le había sido negado, en un plazo no mayor de diez días.

Con un criterio garantista, el Tribunal despeja dos cuestiones obstativas del pronunciamiento sobre el objeto reclamado, cuales son la caducidad de la acción y la precisa determinación de la legitimación pasiva cuando la pretensión se dirige contra una dependencia del Poder Ejecutivo, integrante de la persona pública mayor Estado. Con ser ambos puntos de interés ⁽¹⁾, el análisis subsiguiente habrá de centrarse exclusivamente en lo que la propia sentencia califica como "cuestión de fondo" (Considerando XIV).

Al respecto, señala la Sala que no existe "ningún árbitro social suficientemente legitimado para decidir qué es comunicable o no" y que "en general, las limitaciones a la información favorecen la utilización y la restricción de los medios de comunicación por grupos de poder político o económico" (Considerando XVII).

Invocando jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ⁽²⁾, recuerda el Tribunal que el derecho a la información comprende las facultades de investigar, difundir y recibir información "independientemente de que en la información esté involucrada una persona pública... y la denominada misión pública, que se traduce en la importancia pública que tiene la información suministrada a través de la prensa para toda la comunidad social, en virtud del derecho a estar informado ya que naturalmente la libertad de información es

⁽¹⁾ Ver: José Aníbal CAGNONI - "El derecho a la información", en Rev. de Derecho Público, Año 2002, Nº 21-22, pág. 211 y sigtes.

⁽²⁾ Ver: Ricardo C. PEREZ MANRIQUE - "Panorama de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos humanos", en Rev. de Derecho Público, Año 2000, Nº 17, pág. 70 y sigtes.

II

Trasladada, fs. 167, se contestó "en representación del ESTADO-M.E.C.", fs. 169, a los fines de su confirmatoria, fs. 170.

Concedida, fs. 171, se Estudió por la Sala, Acordándose esta sentencia de segunda instancia.

Tal lo que ocurre en autos en los cuales el Tribunal, en forma reiterada (fs. 104, 1057 160), al expedirse su previa decisión (fs. 102), advirtió que la acción amparatoria tenía demandado definido. El ESTADO (PODER EJECUTIVO M.E.C.), fs. 64 y ss., ante una carátula inicial del Jdo. Ldo. (aún fechada el 30 de noviembre/2001) que incorporaba solamente al "M.E.C.", como lo hace la actual de remisión (de 26 de feb./202 por quien fuera Jdo. Subrogante, la primera en la Ficha (197/2001) y la actual en la Ficha (220/2001) de los Jdos. Ldos. De Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. y 2º. y Tno. respectivamente, lo que advierte la Sala al Acordar.

CONSIDERANDO:

I

Que se ha de revocar la *recursión*, no haciéndose lugar a la excepción que admitiera en la especie el Juez *n quo*, por lo que ha de admitirse, en su lugar, la demanda instaurada, disponiéndose que el ESTADO proceda a entregar a la parte accionante los informes realizados por el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, derivados de las solicitudes a que refiere el Petitorio 2, fs. 75 vto. de autos en plazo no mayor a 10 días desde el siguiente a la notificación de esta sentencia.

Y habrá de reformarse la carátula conforme a lo que surge del acápite (fs. 64).

II

POR QUE NO EXISTE LA CADUCIDAD

Esta, que fue invocada por el M.E.C. en calidad de "parte demandada", junto a otra excepción, vino a fundarse, en términos de audiencia, en el ap. 3 incluido a fs. l 124.

Resulta que ésta es una acción de Amparo, la que ha de interponerse dentro de los 30 días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho y omisión caracterizados en el art. 1 ley 16.011 de 19/12/88, siendo claro que no le correrá el término al titular del derecho (o libertad) lesionados si estuviere impedido por justa causa.

formadora de la opinión pública inherente a todo sistema democrático" (Considerando XIX).

Concluye que la reserva de las actividades del Estado constituye una excepción y que la solución de principio es que la sociedad (la opinión pública) tiene derecho a conocer lo que hacen los funcionarios públicos (Considerando XX).

II ALCANCE DE LA TRANSPARENCIA

1 - Deslinde

En anterior oportunidad, he señalado que cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, "se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal" (3).

Según se ha destacado con acierto, el principio de publicidad deriva de la forma republicana de gobierno (4) y "las restricciones a la publicidad deben atender a dos criterios: por un lado, deben ser más débiles cuanto mayor sea el interés individual del que pide información; por otro lado, deben ser más débiles cuanto mayor sea la responsabilidad del solicitante por el buen funcionamiento del ente administrativo requerido. Y en ambos casos, la restricción debe ser motivada en una razón que sea suficientemente importante como para compensar la razón genérica que aconseja la publicidad como resorte esencial del sistema republicano. No hay que olvidar que la restricción debe tener siempre un motivo legítimo, derivar de un acto inspirado en alguna razón atendible... Pero si no hay razones para la restricción, aunque tampoco existan motivos especiales para la publicidad, ésta procede; precisamente porque ésta es la solución de principio bajo el sistema republicano" (5).

Más allá de la publicidad, la transparencia refiere a la diafanidad del obrar público, permitiendo ver con claridad el actuar de la Administración en la disposición y uso de los fondos públicos y en el obrar de sus funcionarios; "constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen" (6).

(3) Carlos E. DELPIAZZO - "La regulación legal del control social y transparencia", en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM, Año 5, Nº 1, pág. 29 y sigtes.

(4) Felipe ROTONDO TORNARIA - "Aproximación a la participación del administrado a la luz de los principios generales", en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S., Año XXVI, Nº 1, pág. 63.

(5) Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "El principio de publicidad de la gestión administrativa", en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 58, págs. 165 y 166.

(6) Richard S WERKSMAN y Carlos MAMFRONI - "La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción", en Rev. de Derecho Administrativo, Año 8, Nº 21-23, pág. 346.

La expresión *justa causa* es igualmente propia de lo dispuesto en el art. 98 C.G.P. (principio general de suspensión de los plazos), debiendo vincularse al impedido por el motivo expuesto (*justa causa*), al cual no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese agregándose que sólo se considera *justa causa* la que provenga de fuerza mayor (o caso fortuito) para la parte y que la coloque en la imposibilidad de realizar el acto (por sí o por mandatario).

III

En ese orden, (a) qué podía hacer el accionante desde el punto de vista procesal (según la especie, deducir su amparo) si como expresa el Juez a quo – el plazo vencía en día SÁBADO cuál era (h), para él, el último momento hábil del horario de la oficina del tribunal del día respectivo, cf. art. 95 inc. 1 C.G.P., si para esta norma todos los plazos que vencen en día inhábil se entenderán (en forma preceptiva) prorrogados hasta el primer día hábil siguiente, (c) qué son para el art. 96 ejusdem días hábiles para la realización de los actos procesales: todos aquellos en los que funcionen las oficinas de los tribunales, y horas hábiles, las correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de esas oficinas, (d) a quién pedir la habilitación de días y horas hábiles en SÁBADO para la realización de diligencias sin cuyo cumplimiento corra grave riesgo el ejercicio de algún derecho (por ejemplo, accionar), cf. art. 97 C.G.P. si en materia Civil (y fuera de las Ferias Judiciales, cf. art. 94 ejusdem) perdieron su vigencia los (ex) arts. 603 inc. 4 C.P.C. y 63, ley 13.355.

Luego, (e) qué plazo caducó a partir del SÁBADO que cita el Juez a quo, si la acción que es de Amparo, se dedujo el 12/11/01, fs. 76 vto., habiéndose pronunciado anteriormente el subrogado por la existencia de una acción manifiestamente improcedente y habiéndose expedido el Tribunal por le sustanciamiento de la acción en cuanto era, en ese orden, temporánea ante un término o plazo que es civil; ello sin abstraer la previsión y los alcances propio del art. 1439 inc. 2 del C.C. en lo aplicable.

Formular la pregunta es respondería por razones de mérito legal, específicamente temporal y subsiguientemente procesal: nadie se halla obligado a presentar su demanda, su acción en día inhábil, hecho y acto imposible; importa entonces el primer día hábil posterior, y en él fue presentada la demanda.

Fundamentos bastantes a los fines de la revocatoria en ESE orden.

IV

Incluso a mayor abundamiento, se expresa en el Acuerdo que la serie real de correlaciones normativas que incluye el Juez a quo, desde el art. 4, ley 16.011 (como "Ley posterior al C.G.P.", fs. 150) a los arts. 93, 95 in fine, Sección IV, Cap. I, Título VI y 92 de dicho Código, tiene un solo destino; es afirmar que "en el caso que nos ocupa, se notificó al actor de

Se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración de principios del siglo XXI: no sólo debe servir sino que debe mostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático, con un funcionamiento transparente que la transforme en una verdadera casa de cristal.

Según se ha destacado ⁽⁷⁾, la transparencia se asocia a lo que es visible y accesible, a lo que puede ser conocido y comprendido, por contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. Igualmente, la transparencia se asocia a una carga afectiva ligada a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se domina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido. Además, del contraste entre las sombras y la luz, entre opacidad y transparencia, nacen nuevos métodos que tratan de referir el principio de legalidad, como límite y fundamento de la acción administrativa, al principio de consecución del interés público y del respeto por los derechos de los ciudadanos en el marco del bien común, métodos que tratan de promover los principios de colaboración ciudadana, de participación y de promoción de una nueva y diferente forma de concebir el poder administrativo más próximo a los ciudadanos.

2 - Reconocimiento positivo

Aunque la operatividad de los principios generales de Derecho no está condicionada a su explicitación por normas positivas dado que participan de la idea básica de principialidad en sentido ontológico ⁽⁸⁾, nuestro Derecho positivo reciente exhibe una marcada tendencia a su enumeración a través de disposiciones legales y reglamentarias ⁽⁹⁾.

Por lo que refiere al principio de transparencia en el obrar público, interesa destacar especialmente su reconocimiento en el marco del ordenamiento dispuesto para prevenir y reprimir la corrupción ⁽¹⁰⁾.

Así, la ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1988 establece en su art. 6° que "El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta (Asesora en Materia Económico Financiera del Estado creada en la misma ley), llevará a cabo periódicamente campañas de difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano". Agrega el art. 7° que "Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiere lugar por Derecho".

⁽⁷⁾ Jaime RODRIGUEZ-ARANA - "La dimensión ética" (Dykinson, Madrid, 2001), pág. 312.

⁽⁸⁾ Juan Carlos CASSAGNE - "Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo" (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988), pág. 29 y sigtes.

⁽⁹⁾ Ver: Carlos E. DELPIAZZO - "Normas y principios de la contratación administrativa" (E.C.U., Montevideo, 2002), pág. 27 y sigtes.

⁽¹⁰⁾ Ver: Carlos E. DELPIAZZO - "Transparencia y anticorrupción en la contratación pública", en Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico (www.ecomder.com.ar); y "El principio de transparencia en la contratación administrativa", en El Derecho Digital (www.clderechodigital.com.uy).

la Resolución A 184 el 12/10/2001", agregándose que "los treinta días vencieron el día SABADO 10/11/2001" y que "el actor presentó la demanda el día lunes 12/11/2001", fs. 150.

Punto (el día inhábil) el del Juez que obligaría a los particulares, en situaciones similares, a no encontrar eventuales o reales cuando NO turno SIJ día ante el Tribunal, porque no funcionaba: situación que independientemente de l especie del término en cuestión (plazo en cuestión) llevaría a enervar las pretensiones cuando nada es posible conseguir "en autos" porque no hay actividad, y que incluso descarta el buen criterio de interpretación, que se "pro/acione" (procesal/sustancial amparatorio), por razones de método y de fin (VIERA, L.A., La ley de amparo/93, p. 51).

Y relación de normas (por el Juez) en la que falta empero la noción expresa del art. 13 de la ley de 19 dic /88, según el cual las normas procesales vigentes tendrán el carácter de supletorias en los casos de oscuridad o insuficiencia de las precedentes; disposiciones procesales en las cuales se ha insistido en el Acuerdo, para determinar los fundamentos de la revocatoria a recaer.

Decisión de la Sulu que habilita, naturalmente, el subsiguiente Estudio de la falta de legitimación pasiva opuesta por el M.E.C., examen que obviamente no hiciera el Juez a quo, por lo que surge del nral. II, fs. 150 y del "primer término", que fue le único evaluado; concretamente, la "caducidad".

V

LA LEGITIMACIÓN PASIVA, TAL COMO FUERA ENTABLADA LA DEMANDA

Resulta claro que al comparecer solo el M.E.C. a la audiencia en calidad de "parte demandada", en el ap. 2 de fs. 123 expuso que interponía "la excepción de falta de legitimación pasiva de mi mandante" fundándose en que "el informe solicitado es parte de un expediente administrativo cuyo único ejemplar es encuentra en el" (sic).

Aun reparando en la omisión (virtual) de la grafía escriturada, su asistencia no puede concentrar ni impedir la recalificación de los antecedentes y atributos de quien fue en autos "parte demandada", tal como fue entablada la demanda.

Sobre el punto, la previa decisión revocatoria de la Sala (fs. 108) reparó en una acción contra el ESTADO (PODER EJECUTIVO, M.E.C.) en forma reiterada y ostensible, y es lo que debe subrayarse en autos por razones de mérito adjetivo.

Obsérvese que la transparencia se vincula al control y a la responsabilidad, a la vez que la gestión administrativa no sólo se prevé que pueda ser conocida (a través de la publicidad de la información) sino que la misma pueda ser divulgada libremente.

3 - Proyección

De lo que viene de decirse se desprende que la transparencia de la gestión pública implica avanzar sobre su publicidad para exhibir el quehacer de la Administración tal como éste se desenvuelve y, de ser posible, mientras se está desarrollando. Se trata de una "especificación" del principio de publicidad que demanda de la Administración una posición más servicial y receptiva ⁽¹¹⁾, jerarquizando el derecho a la información de que es titular la sociedad como tal y cada uno de sus integrantes.

De ahí la importancia del fallo que motiva este análisis en tanto prioriza la libertad de información, especialmente de quien, por su trabajo de periodista, está llamado a dar a conocer a la opinión pública los datos constitutivos de determinado actuar administrativo.

III. LIBERTAD DE INFORMACION Y CONTROL SOCIAL

1 - Caracterización conceptual

Según se ha dicho, el derecho a la información es un derecho humano consistente en el derecho al mensaje informativo, que es su objeto ⁽¹²⁾.

En cuanto a su contenido esencial, se ha postulado que el mismo comprende las tres facultades que releva la sentencia en vista, a saber ⁽¹³⁾:

- la facultad de investigar, es decir, de acceder directamente a las fuentes de la información;
- la facultad de difundir, que es consecuencia de la libertad de expresión del pensamiento y cuyo ejercicio está vinculado al concepto de autoría así como a los derechos (tanto morales como económicos) y responsabilidades del autor; y
- la facultad de recibir información, que es la facultad de elección que se traduce en la posibilidad de recibir o no información y en la posibilidad de elegir de entre todas las informaciones una de ellas.

En un sentido más amplio, se ha dicho que el derecho a la información es manifestación de la llamada libertad de información que comprende básicamente los siguientes tres aspectos ⁽¹⁴⁾:

⁽¹¹⁾ Luis Alberto POMED SANCHEZ - "El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos" (M.A.P., Madrid, 1989), pág. 109 y sigtes.

⁽¹²⁾ José María DESANTES y otros - "Derecho de la Información" (Colex, Madrid, 1994), tomo I, pág. 14.

⁽¹³⁾ José María DESANTES - "La información como derecho" (Madrid, 1973), pág. 36 y sigtes.

⁽¹⁴⁾ Así: Miguel Angel EKMEKDJIAN - "Derecho a la información", (Depalma, Buenos Aires, 1992), pág. 25 y sigtes.

Ha dicho el Tribunal antes de ahora que cuando se demanda al ESTADO como persona pública mayor, ello absorbe, de suyo, la existencia de organismos que son codemandados junto a él citados en garantía por cuanto estos últimos carecen, individualmente considerados, de personería jurídica y de autonomía patrimonial (sent. 96 de 27/6/2001).

La Sala ha compartido la sentenciu 89/997 del T.A.C. de 5ª. Tno. y ha estimado que los Ministerios son Organismos de la persona jurídica mayor, por lo que en puridad, y en lo adjetivo, el demandado es UNO: el Estado, como persona pública mayor; situación no idéntica obviamente, pero sí de carácter similar a los efectos de estas actuaciones.

VI

Pues bien, esta demanda se promueve contra el ESTADO (PODER EJECUTIVO, M.E.C.).

Se advierte que el Jdo. Recurrido remite los obrados rotulándolos como si hubiera UN demandado: "M.E.C."

Y debe reformarse la carátula, conforme a lo que surge a fs. 64.

Específicamente se ha entendido que "el amparo puede pedirse de todo acto o hecho u omisión de la Administración, ya sea la Central, la de los Servicios Descentralizados, Entes Autónomos, personas paraestatales y el Parlamento" (VIERA, L.A., La ley de amparo/89, 38).

Esto confirma que la idea de PARTE demandada, accionada, en estos autos, responde entonces a la jerarquía que induce el orden Constitucional y que ahora es preciso definir.

VII

Conforme a lo dispuesto en el art. 159 de la Carta la representación del Estado tanto en el Interior como en el Exterior la inviste el Presidente de la Republica; ello con la variables que se incluían desde el punto de vista procesal por los comentaristas de la norma (DE LA BANDERA, M., La Constitución de 1967, ed. Sría. Del Senado/969, 188); ello sin abstraer la referencia que en otros precedentes judiciales se hace a lo que disponen los uris. 1, D. Ley 15.635, 4, ley 15.869 y 384, ley 16.320.

Atento a lo dispuesto en el art. 149 de la Carta, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la Republica actuando con el Ministro o Ministros respectivos o con el Consejo de Ministros, cf. Sección IX y ccs. (Op. Cit., 376 y BARBAGELATA, A., El Consejo de Ministros en la constitución Nacional, 133).

- a) el derecho a informar, es decir, a la expresión pública, que comprende la prohibición de censura explícita o encubierta (aspecto negativo) y el acceso a los medios de comunicación (aspecto positivo);
- b) el derecho a informarse, o sea, a recibir información y a poder acceder a las fuentes de la misma; y
- c) el derecho a la protección contra la información disfuncional o abusiva.

En tal sentido, la libertad de información ha sido encarada como una forma de la libertad de expresión caracterizada por su incidencia social, por exigir un soporte infraestructural para su desarrollo, y porque el receptor adquiere una particular relevancia frente al emisor; si se restara importancia al sujeto pasivo de la libertad de información, bastaría la libertad de expresión, que es claramente una libertad del sujeto para emitir y no para recibir información ⁽¹⁵⁾.

Por eso, a veces se ha puesto el énfasis en que la libertad de información es la libertad de expresión que se realiza por los cauces de las modernas tecnologías, superando la comunicación interindividual ⁽¹⁶⁾.

Así caracterizado, el derecho a la información es un derecho de la persona como ser espiritual ⁽¹⁷⁾, del que pueden predicarse los siguientes atributos propios de todo derecho de la personalidad ⁽¹⁸⁾:

- a) es un derecho esencial o "inherente a la personalidad humana" en la terminología de nuestro art. 72 de la Constitución;
- b) es un derecho no patrimonial en el sentido de que no tiene una medida de valor;
- c) es un derecho irrenunciable ya que, en la medida que integra esencialmente la personalidad, su renuncia llevaría a la autonegación del sujeto como tal;
- d) es un derecho imprescriptible por cuanto no se pierde por el no uso en el tiempo;
- e) es un derecho inexpropiable ya que su condición de natural, lo pone fuera del alcance del poder estatal, lo cual no puede conducir a proclamar la ausencia de límites;
- f) es un derecho inalienable;
- g) es un derecho inembargable; y
- h) es un derecho insubrogable.

⁽¹⁵⁾ Ramón SORIANO - "Las libertades públicas" (Tecnos, Madrid, 1990), pág. 144 y sigtes.

⁽¹⁶⁾ Fernando URIOSTE BRAGA - "El derecho a la información", en Rev. Prisma (Montevideo, 1994), Nº 2, pág. 143 y sigtes.

⁽¹⁷⁾ Martín J. RISSO FERRAND - "Derecho Constitucional" (Ingranusi, Montevideo, 1998), tomo III, pág. 174 y sigtes.

⁽¹⁸⁾ Arturo YGLESIAS PEROLO - "Derecho a la información" (E.C.U., Montevideo, 1987), pág. 41 y sigtes.

El Ministerio, el Consejo de Ministros, su composición y competencia, la Presidencia del Consejo de Ministros y las normas para el funcionamiento del Cuerpo surgen naturalmente regulados (*ibid*, 380 y BARBAGELATA, *cit.*, y La competencia del Consejo de Ministros en la Constitución uruguayo de 1967, *Temas Jurídicos*, ef. FCU del U. de E., 1; 9 a 32), y entre las funciones del Poder Ejecutivo y atribuciones del Presidente de la República como jefe de Estado, actuando CON el Ministro o ministros respectivos o con el Consejo de Ministros figura la designación del fiscal de Corte, etc., (*op. Cit.* 382, 385).

VIII

Por lo edictado, entre las Carteras previstas en la Carta especialmente, figura el M.E.C. en las Disposiciones Transitorias E y O (*cit.*, 336), cuya distribución de competencias estaba regulada en el Decreto de 1/1967 (D.Of. 17.554, o. 714, A., t. 246; *ibid*, 339), en cuyo orden al ministerio de Cultura se le atribuyó lo concerniente al Ministerio Público y Fiscal y Procuraduría Gral del Estado en lo Contencioso Administrativo (*cit.*, 348), mientras que al Poder Ejecutivo le correspondía el nombramiento del Fiscal de Corte y demás Fiscales Letrados en las condiciones del art. 168 nral. 31 de la Carta (*ibid*, 197).

A su vez, la Fiscalía de Corte y Procuraduría Gral de la Nación se rige por el D. Ley 15.365 de 30/12/82, para el cual el Ministerio Público y Fiscal constituye un cuerpo técnico/administrativo jerarquizado al Poder Ejecutivo (anteriormente) por el (ex) Ministerio de Justicia, bajo la jefatura directa del Fiscal de Corte y Procurador Gral, de la Nación (art. 1), con la titularidad y funciones jurídicas del art. 5 y la competencia funcional de ASESORAMIENTO al Poder Ejecutivo (en este caso), cuando este viera (del caso) recabar su opinión en materia jurídica (art. 8, nral. 10).

IX

En el nuevo orden Institucional, nada varió en esencia las funciones ni, en forma vertebral, la dependencia que reseñó la Sala antes de ahora en la revocatoria precedente (CAMANO ROSA, A., *Mrio. Pco. y Fiscal/950*, 35 y 38).

Y así planteada la demanda en autos, debiendo sustanciarse en lo adjetivo, sólo compareció a la audiencia del art. 6, ley 16.011, el M.E.C.

Es decir, que entablada la demanda contra el ESTADO (PODER EJECUTIVO, M.E.C.), debe tenerse en cuenta que el concepto de PARTE ES formal (VESCOVI, E., *Cuad. Der. Proc.*, 1/973m 112), debiendo comparirse

2 - Reconocimiento positivo

La libertad de información ha recibido reconocimiento positivo, tanto en el ámbito internacional como en el interno de nuestro país.

A nivel internacional, corresponde mencionar en primer lugar al art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, a cuyo tenor se dispone lo siguiente:

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

En segundo término, debe recordarse que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por la ley N° 13.751 de 11 de julio de 1969, establece en su art. 19 lo siguiente:

1. "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

En tercer lugar, es preciso hacer referencia al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica), suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por la ley N° 15.737 de 8 de marzo de 1985, que dice:

1. "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

que a la idea de PARTE, como ha dicho nuestra Jurisprudencia, la da el mismo pleito, relación procesal, sin que sea preciso buscarla en la relación sustancial (LJU, 22, 161).

X

Determinado lo anterior, y asistiendo a la audiencia sólo el M.E.C., expresamente sus representantes entendieron, y así fue registrado, que "Ministerio actuó en la emergencia sólo como "Correo" entre la Autoridad que solicitó el informe y quien debía evacuarlo, no teniendo ingerencia alguna" que "si se desea conocer el o los informes deberán ser solicitados a la Autoridad que él requirió, ya que reitero mi mandante no posee ningún medio para poder agregarla" (sic), y que "a mayor abundamiento ese informe o esos informes se encuentran en expediente administrativos que se tramitan en dependencia del PODER EJECUTIVO diferente al Ministerio que represento", fs. 123.

"La parte actora deberá dirigirse a la Autoridad Administrativa donde se encuentren radicados esos autos () deberá recurrir a la Sede administrativa correspondiente", fs. 124.

XI

Conforme se expresara en el Acuerdo, por lo que surge de autos, no se advierten los atributos de coordinación dentro de la dinámica formal de los arts. 149m 159, 161 nral. 13 de la Carta y 10, nral, 19 del Decreto de 1/3/67 en lo aplicable, en su correspondencia con el art. 8 nral. 1, D. Ley 15.365 de 30/12/982, sin que surja probado que existiendo procedimientos administrativos (fs. 123, 124, 125) se den las condiciones que confirmen lo que expresara el M.E.C. en el sentido de lo que inducen sus representantes (fs. 124), pese a lo que se agrega en el sub causa por el actor para accionar su Amparo cuando apuesita a secuencias hechas públicas y que tampoco ha desvirtuado el M.E.C. asistente único a la audiencia en autos.

Pudo hacerlo el ESTADO (PODER EJECUTIVO) y aportar las circunstancias propias de los arts. 77, 80 y ccs. Del Decreto 500/991, o similares, igualmente atendibles, elementos ue impulsaran la calificación sustancial de los mismos por la Sala; pero algo es firme y real: su inasistencia, por lo que debe decidir la Sala (art. 257.3 C.G.P.), en estricta continencia, con lo que aporta el juicio en atención a la comparecencia que resulta.

Una comparecencia "en representación del ESTADO (M.E.C.), aún a los efectos de evacuar (vide) el traslado de la apelación (fs. 169), pero con referencias advertibles a un expediente administrativo o a expedientes administrativos (fs. 123), autos (fs. 124), expediente, aun más: "el expediente" (fs. 125), de los que, incluso, quien compareciera habría

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

Analizando esta disposición en forma comparativa con la equivalente de la Convención europea, la más calificada doctrina ha enfatizado en la mayor amplitud de la Convención americana ya que las garantías de la libertad de expresión contenidas en esta última "fueron diseñadas -al decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva de 13 de noviembre de 1985- para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de ideas" (19).

A nivel nacional, corresponde citar en primer lugar el art. 79 de la Constitución, según el cual se reconoce lo siguiente:

"Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren".

Dicha norma consagra en la forma tradicional y con gran latitud (20) la libertad de información. De su texto se infieren los siguientes elementos destacables:

- a) se trata de una libertad de amplísimo contenido, tal como surge del giro "es enteramente libre";
- b) abarca a todos los medios de comunicación posibles, por cuanto refiere a "palabras, escritos privados o publicados en la prensa o por cualquier otra forma de divulgación" sin limitación de especie alguna;
- c) refiere a todo contenido de la información, ya que alcanza a "toda materia" sin exclusiones;
- d) sin censura previa; y
- e) con responsabilidad ulterior del autor o editor, lo cual constituye el complemento imprescindible de la ausencia de control previo, sistema que caracteriza a los regímenes democráticos (21).

(19) Hector GROS ESPIELL - "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo" (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991), pág. 103.

(20) Así: Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución Nacional" (Cámara de Senadores, Montevideo, 1992), tomo I, pág. 260 y sigtes.; Martín J. RISSO FERRAND - "Derecho Constitucional" cit., tomo III, pág. 186 y sigtes.; y Jorge Elbio LOPEZ ROCA - "La libertad de pensamiento", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político (Montevideo, 1996), tomo XII, Nº 67-72, pág. 463 y sigtes.

(21) Anibal Luis BARBAGELATA - "Derechos fundamentales" (E.C.U., Montevideo, 1970), pág. 98 y sigtes.

requerido "a la oficina competente testimonio de los expedientes administrativos en el día de ayer y espero tenerlos entre hoy y el lunes por lo cual pido a la Sede me conceda plazo para agregarlos", fs. 128.

XII

El curso de estos autos deriva en Acordar que la ausencia de legitimación pasiva no funciona en el subcausa, cuando ante lo dispuesto en los arts. 5 del CGTP y 13 y ccs de la ley 16.011, del ESTADO al PODER EJECUTIVO y al M.E.C. (compareciente "en representación"), todo deriva de un preasesoramiento del Fiscal de Corte y Procurador Gral. de la Nación, jerarquizado (dependiente del M.E.C., *vfu directu*, quien actuara conforme a lo dispuesto en el art. 8.1 de la ley 15.365 de 30/12/982.

Pero el M.E.C. fue "correo (fs. 123) entre la Autoridad que solicitó el informe y quien debía evacuarlo", sin que, tuviera (vide) "ingerencia alguna" (fs. cit.); y sin que, en puridad, LOS demandados (fs. 64) en Reconquista 535, por lo que al menos surge del sub causa, fueran impuestos por la "Dirección Gral. De Secretarías" de lo solicitado en el Pct. 2, fs. 75 voto. de autos, a los fines de coparticipar en el uso de los antecedentes, de evaluar causas administrativas que se opusieran a la información por razones de mérito legal (lo que no surge de autos) o de hacer precisiones que fueran pertinentes como codemandados procesales (partes) en una acción que es, fue de Amparo, por cuanto había informes y expedientes de los que no dispone el Tribunal, y que no sabe el M.E.C. "donde se encuentran" (fs. 129 ut supra).

XIII

En virtud de lo anterior se Acuerda que lo común no es el peregrinaje para determinar qué dependencia del ESTADO (PODER EJECUTIVO), como persona pública mayor, tiene la información solicitada, pueda entregarse o no a quién solicita conocimiento, vista o difusión, "cuyo único ejemplar se encuentra en el" (v. fs. 123), grafía que impide, incluso al Tribunal, decir dónde se encuentra el único ejemplar, el que "puede haber sido declarado reservado de acuerdo al art. 80 del Dec. 500(991 o referirse a materia penal, en cuyo caso hay limitaciones a su acceso a los efectos de impedir medidas cautelares que se puedan adoptar sobre requeridos se puedan frustrar" (sic), fs. 124.

Lo mismo en lo que surge del art. 77 del Decreto cit. (fs. cit), pautas administrativas e inclusive legales que, en la especie, no fueron invocadas menos aún probadas. el M.E.C., órgano que, en funciones dependientes del ESTADO, PODER EJECUTIVO; no interpone una excepción eficaz, como lo es la analizada, conforme a lo que, en autos, surge a

A nivel legislativo, merece destacarse la denominada ley de prensa Nº 16.099 de 3 de noviembre de 1989, la cual consagra en forma también amplia la libertad de difusión de informaciones por cualquier medio de comunicación, haciendo extensivo el objeto de esta libertad a la facultad de fundar medios de información (art. 1º). Complementariamente, el art. 2º excluye las autorizaciones previas, censuras previas y garantías pecuniarias⁽²²⁾.

3 - Control social

Según lo he destacado antes de ahora, nuestra ley Nº 17.060 vincula el principio de transparencia con el control social, expresión con la que se designa el capítulo III de la misma⁽²³⁾.

Es que -tal como lo reconoce la sentencia in vista- no puede haber control sin información; no puede la sociedad controlar a la Administración si ésta no transparenta o provee la información pertinente.

IV. DEBER DE INFORMAR Y RESPONSABILIDAD

1 - Caracterización conceptual

La contracara del derecho a la información es el deber de informar, consistente en dar a cada uno la información porque es suya, porque tiene un derecho precedente sobre ella⁽²⁴⁾. Consecuentemente, el acto informativo, que es el acto propio de cumplimiento del deber de informar, es un acto de justicia⁽²⁵⁾ a la vez que una concreción del principio de transparencia en lo que refiere al obrar administrativo.

Como todo deber, el de informar postula la exigencia de alguien que está en la posición de acreedor, que es toda persona física (y, por extensión, toda persona jurídica) y de alguien que está en la posición de deudor, que es todo informador. Este debe proceder a informar con rectitud⁽²⁶⁾ y sin deformaciones ni abusos⁽²⁷⁾ para no generar conflictos con otros derechos.

Tales premisas de carácter general son de especial aplicación a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, cualquiera sea su rango, sin perjuicio de las diversas responsabilidades que a cada uno pueda caber.

⁽²²⁾ Ramón VALDES COSTA - "Libertad de comunicación de pensamientos y de información en el Derecho uruguayo", en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S. (Montevideo, 1990). Año XXXI. Nº 1-2, pág. 57 y sigtes.

⁽²³⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Desafíos actuales del control" (E.C.U., Montevideo, 2001), pág. 97 y sigtes.; y "La regulación legal del control social y transparencia" cit., págs. 29 a 31.

⁽²⁴⁾ José María DESANTES - "La información como deber" (Abaco, Buenos Aires, 1994), pág. 47.

⁽²⁵⁾ José María DESANTES - "La función de informar" (Pamplona, 1976), pág. 151 y sigtes.

⁽²⁶⁾ José María DESANTES - "La información como deber" cit., pág. 49 y sigtes.

⁽²⁷⁾ Miguel LANGON - "Abuso del derecho de información", en Rev. Prisma (Montevideo, 1994), Nº 2, pág. 46 y sigtes.

ds. 64 de estas actuaciones. Por cuanto, la decisión judicial, siempre debe basarse en hechos efectivamente invocados, controvertidos y probados y en el ocurrente se ha esbozado una mera suposición.

XIV

CUESTIÓN DE FONDO: OBJETO DEL AMPARO

En cuanto a lo esencial de la demanda, resulto el punto de caducidad y el extremo de legitimación pasiva a los efectos de este Amparo, resulta relevante que sea el M.E.C., sometido a indudables jerarquías, quien exprese en la audiencia celebrada que "es política de muy largo plazo del M.E.C. no negar a ningún interesado el acceso a ningún expediente y no sería en este caso que cambiaría tal tesitud (sic)"; que "en el Ministerio se exhiben todos los expedientes que se tramitan salvo que tengan rótulo de confidencial" y que "en 31 años que hace que estoy en esa Secretaría de Estado nunca vi que se hiciera tal declaración", agregándose que "incluso en materia sumarial es política del Ministerio darle las máximas garantías y desde la iniciación de los procedimientos se le invita a designar defensor al que se le dan las más amplias facultades para asistir a todas las diligencias e intervenir en ellas".

Por lo que "en consecuencia si el expediente no hubiera sido declarado confidencial o no hubiera razones procesales penales que le impidieran la exhibición del o de los expedientes el M.E.C. no tengo dudas lo hubiera facilitado de inmediato", fs. 125.

XV

Posteriormente el M.E.C. expresa, por quien lo representa al asistir, que "el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA y yo suscribimos totalmente lo expresado por la contraparte sobre el derecho a la información y las normas jurídicas que lo tutelan", pese a que estime que "ese no es objeto del juicio", fs. 128.

No.

El objeto del juicio (acción de Amparo) surge determinado en el Pet. 2, fs. 75 vto. ("entregar los informes realizados"), aunque lo decidido es la excepción (o excepciones) planteada (s) por el M.E.C., quien comparte en la especie y sin perjuicio de las apreciaciones que formula, los fundamentos de la pretensión.

Y es ésta, como son sus fundamentos, la que debe admitirse en lo esencial, cuando el M.E.C. y la Sala no disponen de elementos de calificación anticipadamente relevantes sobre las circunstancias que obstarían de manera eventual a contener la reserva/confidencialidad, etc. de expedientes existentes y tramitados por el demandado (persona pública mayor). extre-

2 - Reconocimiento positivo

Tal como se señaló muchos años atrás -en expresiones que guardan lamentable actualidad- "aún existen oficinas administrativas que desconocen los principios republicanos y actúan como dueños privados de los expedientes que tramitan, invirtiendo la regla y exigiendo un acto positivo para dar acceso a las actuaciones inherentes a su gestión" ⁽²⁸⁾.

Reaccionando contra dicha mala práctica, la multicitada ley anticorrupción N° 17.060 consagra como "conductas contrarias a la probidad en la función pública", entre otras, las siguientes: "negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad con la ley", y "usar en beneficio propio o de terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga conocimiento en el ejercicio de su función" (art. 22, nums. 1 y 5).

Quiere decir que, en línea con la disposición del art. 7° de la misma ley antes citada, se considera un deber del funcionario público informar ampliamente al habitante que lo requiera, a la vez que se considera una práctica corrupta o contraria a la probidad beneficiarse de información reservada a la que se haya accedido en razón de la función.

3 - Responsabilidad

Evidentemente, el apartamiento del deber funcional de probidad constituye un supuesto de responsabilidad que puede exceder el ámbito administrativo para alcanzar los campos civil o patrimonial, penal y aún político.

Mientras que las responsabilidades disciplinaria, penal y política son personales del funcionario involucrado, la civil o patrimonial compromete en primer lugar a la Administración respectiva (art. 24 de la Constitución) y sólo en segundo término al funcionario (art. 25 de la Carta).

V. VALORACION

Sin perjuicio de tales responsabilidades, la omisión o la negativa a proporcionar la información requerida obligará al interesado a acudir a los tribunales para demandarla.

⁽²⁸⁾ Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "El principio de publicidad de la gestión administrativa" cit., pág. 163.

mo no acreditado y no probado en autos por éste en su específico interés, lo que "a priori" e "in ordine" habilita las circunstancias de esta expedición.

XVI

Esta (la expedición, la decisión) tiene sus propios precedentes útiles, los que refieren a la información que pretende obtener la acción de Amparo.

Doctrinarios y Jurisprudenciales, aquéllos deben mencionarse en autos, una vez removidas las defensas que debieron juzgarse antes de ahora; y es, en la especie, la actuación del M.E.C. en términos de audiencia la que aporta la certeza de que los expedientes que incluyen el informe o los informes que – hasta ahora – no se han proporcionado, "cuyo único ejemplar se encuentra en él" (sic), los cuales "se tramitan en dependencia del Poder Ejecutivo diferente al Ministerio () donde se encuentran radicados", debiendo recurrirse "a la Sede administrativa correspondiente", fs. 123, 124, como tales, existen; tanto, que fue en ellos que le Sr. Fiscal de Corte y Procurador Gral de la Nación debió atender a al competencia funcional de asesoramiento prevista en el art. 8.1. del D. Ley 15.365/982 multicitada.

Punto entonces el de la información la que también se aplica el Tribunal.

XVII

SOBRE UN DERECHO A LA INFORMACIÓN

Se ha Acordado que en autos la demanda tuvo por fin, propósito u objeto, como resulta a fs. 75 vto. el que define el Pet. 2: "entregar los informes realizados por el Fiscal de Corte", etc..

Naturalmente, de la intervención exclusiva del M.E.C. surgen sus propias razones (sin perjuicio) a los efectos de no enervar ninguna información, ello con precisiones entendibles.

No obstante, no resulta en la dinámica real de las jerarquías que se estudian por fundamentos Constitucionales, por qué el Fiscal de Corte y Procurador Gral. De la Nación se ha expedido en función de lo dispuesto en el nral. 1, art. 8, D. Ley 15.635 del 30/12/982.

Pero ha existido un asesoramiento, puntualmente al PODER EJECUTIVO, por y en cuanto éste vio del caso recabar su opinión en la materia jurídica de especie habilitante para que en forma posterior, la actora quisiera conocer su contenido.

Por lo que surge de autos, el Fiscal, sujeto a jerarquías, expidió los recaudos que, en autos, surgen de fs. 131 a 139, sin que resulte si procedió o no conforme a lo que estudia la Doctrina (CAMAÑO ROSA, cit., 35).

La sentencia que da mérito a este comentario ilustra acerca de la idoneidad de la acción de amparo para tal fin.

No obstante, tanto en nuestro país ⁽²⁹⁾ como en el Derecho comparado ⁽³⁰⁾, es constatable el planteo de iniciativas legislativas tendientes a consagrar una acción especial, generalmente llamada habeas data, frente a los supuestos en que la Administración requerida se niegue o guarde silencio frente a una concreta solicitud de información.

Sobre el particular, es interesante señalar que si bien el habeas data se ha ido perfilando como una garantía de acceso a los datos personales (habeas data propio) ⁽³¹⁾, también se ha extendido respecto de datos no personales, especialmente en poder de Administraciones públicas (habeas data impropio). Al respecto, ya he tenido oportunidad de pronunciarme ⁽³²⁾ en el sentido de que la segunda de las indicadas hipótesis no es más que una manifestación actual del viejo derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, cuyo fundamento radica en los principios de publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas, el cual resulta reforzado a la luz de recientes normas dictadas para combatir la corrupción.

Desde tal perspectiva, merece destacarse la amplitud de reconocimiento que la sentencia comentada hace del derecho a la información y del correlativo deber de informar. En tal sentido, la misma puede encuadrarse en la tendencia actual al rescate de lo ético en el ámbito de la Administración ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ Ver: Proyecto de ley sobre derecho a la información y habeas data, en Derecho Informático (E.C.U., Montevideo, 2002), tomo II, pág. 413 y sigtes.

⁽³⁰⁾ OSCAR PUCCELLI - "El habeas data en Sudamérica" (Temis, Bogotá, 1999), pág. 210 y sigtes.

⁽³¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Protección de los datos personales en tiempos de Internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad", en Rev. de Derecho (Universidad Católica, Montevideo, 2002), Nº III, pág. 264 y sigtes.

⁽³²⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado", en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VI, pág. 22.

⁽³³⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Ética no ejercicio da função administrativa", en Rev. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal (Curitiba, 2001), Nº 5, pág. 420 y sigtes.

La demanda de Amparo ingresa, así, a atributos que son de periodismo, Derechos Humanos y control del Poder Político, en cuyo orden, a la aproximación teórica sobre el tema los Ensayos no abstraen la libertad de información y el derecho a la información como "dos caras de la misma moneda", ni el objeto del derecho a la información, ni el sujeto del derecho a la misma, ni el contenido del derecho a ella dentro de un debate (y tesis) que favorece las limitaciones o que se opone a las limitaciones, sin que exista ningún árbitro social suficientemente legitimado para decidir qué es comunicable o no, hasta concluirse que, en general, las limitaciones a la información favorecen la utilización y la restricción de los medios de comunicación por grupo de poder político o económico (ORDÓÑEZ, J., *Antología básica en Derechos Humanos*, ed. IIDII/94, 411/424).

XVIII

Si en tales áreas se distinguen el derecho pasivo y el activo a la información, esta como ejercicio de la libertad y a la vez, como satisfacción de un derecho público de la sociedad, con los medios de comunicación como controladores del poder político, teniéndose presentes las raíces de la libertad de expresión y del derecho a la información incorporados al núcleo de los Derechos Humanos, recibida en la Resolución 59 de la Asamblea Gral. de Naciones Unidas (14 dic./946), en el art. 19 de la Declaración Universal de Ds. Hs. de la O.N.U. (10 dic./48), en el art. 10 de la convención Europea de Ds. Hs. y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Ds. Hs. suscrita en San José de Costa Rica el 22 de nov./69 (op.cit., 412/414), frente a esta acción de amparo es entendible que, para el M.E.C., en términos de audiencia, no se niegue a ningún interesado el acceso a ningún expediente "y no sería en este caso que cambiaría tal tesis" (sic), ello en las condiciones expresadas a fs. 125, o hubiera facilitado de inmediato (fs. cit.) y suscribiría (en tales condiciones) lo expresado por el actor sobre el derecho a la información y las normas jurídicas que lo tutelan, fs. 128.

XIX

Junto a lo expuesto precedentemente, en medio de responsabilidades sociales, culturales y político/jurídicas (penales, civiles y administrativas), el deber de informar o no informar integra los conflictos de interés propios de las responsabilidades ético/deontológicas de una efectiva comunicación que debe autorregularse de manera responsable (HEGUY TERRA, E., *La responsabilidad de los medios de comunicación*, Mdeo., 2001, 21, 49, 111 y 137).

Y es advertible en las expediciones del Jdo. Ldo. De lo Contencioso Administrativo de 2º. Tno., como derecho a la información, específicamente mencionado en el RESULTANDO (1) e) y CONSIDERANDOS II y V de la sentencia Nº

Es que la transparencia de la gestión pública, superando la publicidad de las actuaciones, es la contracara actual de muchas formas de corrupción, entendiendo a ésta no sólo como "el uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado" (según reza el art. 3º de la ley Nº 17.060) sino más ampliamente como la conducta de quienes, "en lugar de servir al interés general, se sirven de su ejercicio para su provecho" (34).

CARLOS E. DELPIAZZO

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

28 de 10/5/2000 (Dra. E. JUBETTE); y de la Suprema Corte de Justicia N° 253 de 13 oct./99 (Red. Dr. M. CAIROLI), ésta aplicada a la información como derecho de todo ser humano, al concepto de derecho a la información, a tres facultades jurídicas: investigar, difundir y recibir información, a la formación de un ámbito de libertad de información, al género/derecho a la información, dividido en derecho a informar, a informarse o ser informado, a la función de información, al interés público de la información, "independientemente de que en la información esté involucrada una persona pública o privada y a la denominada misión pública, que se traduce en la importancia pública que tiene la información suministrada a través de la Prensa para toda la comunidad social, en virtud del derecho a estar informado", ya que "naturalmente la libertad de información es formadora de la opinión pública ingerente a todo sistema democrático". Fallo que incluye citas conclusorias a las que se remite el Tribunal.

XX

En conclusión, como diría SÉLLER (n., Teoría DEL Estado, F. De C.E., México/971), "la doctrina de la opinión pública como fuerza gobernante constituye una forma singular de la revitalización del Estado al pueblo y de la identificación del poder al Estado con la voluntad del pueblo", dentro de un Estado liberal/democrático (op. cit., 431).

Cuando hay actividades que el Estado tiene que reservar, debe decirlo, comunicarlo en forma anticipada, pues hay principios administrativos, como existen principios procesales (concretamente, el de publicidad), incluidos, por ejemplo, en el art. 7 del C.G.P. en la adición dispuesta por el art. 8, ley 16.699 de 25/4/995.

Nada existe probado en ese orden (posiblemente por la no asistencia del ESTADO (PODER EJECUTIVO) a la audiencia cumplida o en virtud de las invocaciones que obró el M.E.C..

Lo cierto e indudable es que la Sala, que debe estar a lo que surge de autos, lo que advierte es que el M.E.C., expresamente, (a) DESCONOCE el "tema" de si es uno o varios dictámenes los que ha expedido el Fiscal de Corte, asesor del PODER EJECUTIVO, (b) dice que no se ha especificado si se requieren todos o alguno de ellos (fs. 1239, (c) señala que "PUEDE haber sido reservado de acuerdo al art. 80 del Dec. 500/991 o referirse a materia penal, en cuyo caso", etc., y (d) agrega que "Si el expediente no hubiera sido declarado confidencial o no hubiera razones procesales penales que le impidieran la exhibición", etc., (fs. 125).

Pese a asistir (y pese a excepcionarse), recurre a una inflexión condicional, dubitativa ("puede () si") o invoca su desconocimiento, cuando es parte del ESTADO, PODER EJECUTIVO, sin informarse en forma previa y sin brindarle al Tribunal, como asistente único, los extremos eficaces que aplacen los supuestos de la acción, que limiten su propia continuidad de especie instrumental y procesal, y que prueben por qué la demandante no ha podido ejercer antes de ahora su derecho a informarse y a informar, dentro de lo admisible y prevenido.

Por cuya consecuencia, en este estado, revocándose el Fallo recaído dentro de la medida del agravio (COUTURE, E., FDPC., 361), deberá recibirse la demanda tal como fue propuesta y disponer que el ESTADO (PODER EJECUTIVO) proceda a entregar al accionante los informes realizados por el Fiscal de Corte y Procurador Gral. de la Nación, derivados de las solicitudes a que refiere el Pet. 2, fs. 75 vto. de autos, en plazo no mayor a los 10 días desde el siguiente a la notificación de esta sentencia.

Por tales fundamentos, en Acuerdo y atendiendo a las normas que se incluye, el Tribunal

FALLA:

REVÓCASE LA RECURRIDA EN AUTOS, NO HACIÉNDOSE LUGAR A LA EXCEPCIÓN QUE ADMITIERA EN LA ESPECIE EL JUEZ A QOU: PO LO QUE ADMITISE EN SU LUGAR LA DEMANDA INSTAURADA, DISPONIÉNDOSE QUE EL ESTADO (PODER EJECUTIVO) PROCEDA A ENTREGAR AL ACCOINANTE LO SINFORMSE REALIZADO SPOR EL FEICAI. DE CORTE Y PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN, DERIVADOS DE LAS SOLICITUDES A QUE REFIERE EL PETITORIO 2, FS. 75 VTO., EN PLAZO NO MAYOR A 10 DÍAS DESDE EL SIGUIENTE A LA NOTIFICACIÓN DE ESTA SENTENCIAL. SIN CONDENA ESPECIAL EN ESTE GRADO. Y MODIFÍQUESE LA CARÁTULA CONFORME A LO QUE SURCE DEL ACÁPITE (FS. 64). EN SU OPORTUNIDAD, DEVUÉLVANSE.-

Dra. Graciela Bello, Ministra.

Dr. Hipólito Rodríguez Caorsi. Ministro.

Dr. Pablo Troise. Ministro (Redactor).

Dra. Dinorah E. Bassini Fígoli. Secretaria letrada.



INFORMACIONES

- *Walter Howard - Grupo de Derecho de Familia (GDF)*
- *Pablo Labandera - Grupo de Comercio Exterior (GE)*
- *Beatriz Bugallo - Grupo de Propiedad Intelectual (GPI)*

GRUPO DE DERECHO DE FAMILIA (GDF)

La problemática de la familia es una de las cuestiones que con mayor frecuencia se presenta tanto en el ámbito forense como en el notarial, lo cual ya de por sí constituye elemento suficiente para promover un análisis detenido de las instituciones que componen el Derecho de Familia, a través de un grupo de estudio como el que se ha formado en la Facultad de Derecho de la UM.

Uno de los motivos por los cuales es atrayente tal estudio, es que se trata de una rama con unos perfiles tales que provocan que siempre se encuentre rezagada frente al resto del ordenamiento jurídico, en razón de que está expuesta más que otras a padecer las consecuencias de lo estático de los preceptos constitucionales y legales que la regulan frente a los veloces cambios que acontecen en la sociedad.

Es nota conocida ya la de que todo saber científico se caracteriza por su provisoriedad o interinidad, en tanto se encuentra en constante evolución; y una de las razones que conducen a ello seguramente es la de que cada día son diferentes las condiciones existentes y las necesidades que surgen en cada sociedad.

De ahí se deriva que para comprender el funcionamiento jurídico de la familia no sea suficiente, en un sinnúmero de ocasiones, con el análisis de los textos legales que la regulan, ni siquiera acompañándolo de las obras que la doctrina vernácula ha elaborado, sino que su continuo dinamismo exige una indagación mucho mayor por parte de quienes la efectúan.

Es una verdad, a todas luces fuera de toda discusión, que el alto número de profesionales que se desempeñan en las ramas jurídicas exige de cada uno el mayor nivel posible de capacitación y perfeccionamiento en el estudio del Derecho. Por ese motivo es que asume una trascendencia magna tomar en consideración la mayor judicialización de la materia que ha permitido imponer sus criterios valorativos para solucionar con equidad las cuestiones que acontecen en la realidad y para las cuales el legislador en muchas ocasiones no ha regulado con detalle (vgr. el amplio poder discrecional atribuido a los magistrados para imponer un régimen de visitas respecto a los hijos en situaciones de conflicto familiar).

En el análisis del devenir histórico de esta rama jurídica, surge como trazo cardinal, la pretensión del legislador de dictar preceptos destinados a provocar la igualdad de derechos y obligaciones entre las diversas familias que pueden existir en la realidad como forma de cumplir con lo dispuesto básicamente por

los arts. 40 a 42 de la Carta Magna. A vía de muestra, el status iuris del hijo natural, caracterizado por un desamparo prácticamente total en 1869 cuando comenzó a regir el Código Civil patrio, se ha desarrollado de tal forma que, aun cuando solo sea en ciertas hipótesis, su condición se asemeja a la de los hijos legítimos; de manera que el estigma que pesaba sobre ellos en cierta medida ha desaparecido para dar lugar a una equiparación con la condición de los hijos legítimos.

Sin embargo, a pesar de varios esfuerzos concretados, continúan presentes variadas disparidades en el tratamiento de las familias legítima y natural, pues esas mejoras en la órbita legislativa no cubrieron todo el Derecho de familia, lo que condujo a que en diversas figuras debieron ser los tribunales quienes han intervenido para dar soluciones de equidad a cuestiones no previstas por la normativa. Por ejemplo, es de notorio conocimiento que frente a las reclamaciones patrimoniales entre quienes conformaban una unión concubinaria han sido los magistrados quienes, basándose en la tesis de la sociedad de hecho o en el enriquecimiento sin causa, han dado satisfacción a esos reclamos.

Por eso, quien se estime colmado con un estudio de la normativa y la doctrina referida al tema se conduce por una senda errónea, pues si bien aquella es la base de decisión como en toda rama jurídica, la profusión, diversidad y complejidad de casos que se incoan ante los tribunales provoca que sea insuficiente para una comprensión total de la temática.

La interacción de la amplia diversidad de intereses que requieren protección (todos ellos en la medida de lo posible) de parte de los organismos judiciales y la profusión de adelantos en las investigaciones científicas aplicables a la materia conduce a que sea menester una mayor meditación de las relaciones familiares y un afinamiento y sistematización de los conocimientos que gracias al estudio de las sentencias se puedan obtener.

La necesidad de profundizar el estudio de esta rama jurídica nos ha movido a quienes integramos el Grupo (estudiantes y egresados, pero ninguno blandiendo esas condiciones) a procurar estudiar la amplia temática que contiene venciendo de esa manera la escasez endémica de tiempo presente en todos los cursos curriculares.

El Grupo de Derecho de Familia de la Universidad de Montevideo tiene diversos fines que cumplir: — procurar el desarrollo sistémico de los marcos

teóricos y prácticos que son fundamentales en la actualidad para el ejercicio profesional, conociendo y comprendiendo las posturas jurisprudenciales;

- obtener por parte de sus integrantes un conocimiento y una capacitación mayores a los que se obtienen con los cursos universitarios, sin contar con la urgencia de éstos;
 - desarrollar investigaciones científicas procurando nuevos aportes para la materia;
 - difundir a través de publicaciones y jornadas los resultados obtenidos.
- Durante el año 2002, en el Grupo se trataron por sus integrantes, con la profundidad que las circunstancias requerían, diversos temas:
- La partición de paquetes accionarios, por Juan Martín Olivera;
 - Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia demencia, por Martín Pecoy;
 - El concubinato en la jurisprudencia nacional, por María Federica Brugnini e Isabel Laventure

- Temas atinentes a las personas jurídicas o colectivas, por Carlos Loaiza.

Por otra parte, se contó con la presencia de la Dra. Mabel Rivero de Arhancet quien expuso cuestiones referidas a la filiación legítima.

De concretarse diversos proyectos de ley que se encuentran en el seno parlamentario, no hay dudas acerca de que el Grupo de Derecho de familia de la Universidad de Montevideo va a tener amplias actividades. En efecto, la existencia de proyectos destinados a reglar las uniones concubinarias o la reproducción asistida, entre otros, o la esperada sanción del Código de la Niñez y Adolescencia, proyectado por el Poder Ejecutivo y presentado al Parlamento en junio de 1997, permiten pronosticar la profusión de análisis al respecto entre quienes lo conforman.

Por lo dicho, invitamos a quienes tengan interés a unirse al Grupo, el que se reúne quincenalmente, en horario nocturno, en la Universidad de Montevideo.

Walter Howard

GRUPO DE COMERCIO EXTERIOR (GE)

A partir del año 2002 ha funcionado de manera regular en el marco de la Facultad de Derecho, lo que - ambiciosamente - hemos dado en llamar "Grupo de Estudios sobre la realidad del Comercio Exterior" (GE).

Lo realmente atractivo y peculiar del mismo, es que ha logrado integrar a los diferentes operadores jurídicos y económicos, tanto públicos como privados, en un verdadero ámbito de discusión académica que, con un elevado nivel, han sabido intercambiar opiniones y posturas - muchas veces encontradas - sobre los diferentes temas vinculados a la materia mencionada.

Así, tanto Magistrados como funcionarios de la Dirección Nacional de Aduanas que ocupan cargos de Dirección, y asesores de empresas, consultoras o entidades gremiales, han "cultivado" un estilo de discusión de elevado tono técnico, intentando ejercer una "corrección fraterna" sobre sus eventuales "contendores".

La agenda de temas analizados giró en casi todos los casos, en torno a las diferentes modalidades de proteccionismo encubierto adoptadas por nuestro país, durante el año anterior, en especial respecto de los productos originarios de la República Argentina.

De igual modo, temas ya "clásicos" como la valoración en aduana, los problemas suscitados en torno

a la certificación del origen de las mercaderías provenientes de los Estados Partes del Mercosur, o la responsabilidad objetiva en materia de infracciones aduaneras, fueron objeto de profundización y diferencia a lo largo de las diferentes sesiones de reunión.

La agenda de temas prevista para este año, más allá de los diferentes tópicos de discusión de corte coyuntural y por ende, imprevistos, que puedan surgir, se sitúa en el ámbito del régimen de responsabilidad de los diferentes operadores del sistema de comercio exterior, las facultades y límites del actuar de la Administración Fiscal, y los medios de defensa de los administrados en cuanto a dicho accionar.

Por último, se ha planeado con la esperanza cierta de concretar, las "Primeras Jornadas Uruguayo - Argentinas de Derecho Aduanero", a realizarse en la Universidad de Montevideo, en el correr del presente año.

Dichas "Jornadas", que serán recogidas en una publicación, permitirán consolidar y proyectar la tarea, hoy discreta y poco difundida del GE, dándole un marco institucional del cual todavía carece.

Pablo Labandera

GRUPO DE PROPIEDAD INTELECTUAL (GPI)

La formación en una disciplina jurídica tiene muy diversas facetas: los conocimientos que se adquieren en el grado universitario, el estudio que merece el ejercicio profesional, la lectura que dedicamos a un tema que nos interesa particularmente o la formación de postgrado. Más allá de estas actividades también se puede plantear una disciplina más rigurosa o metódica para el estudio de la temática, ya sea individual o colectiva. La última alternativa, es la de mejores efectos en cuanto al cultivo del análisis crítico y a las posibilidades de actualización en sus distintas perspectivas, aunque es la más difícil de desarrollar. Su instrumentación resulta muchas veces muy compleja porque no es fácil encontrar personas afines para la realización del mismo esfuerzo, no siempre se pueden coordinar horarios y – hasta por razones materiales – tampoco es sencillo encontrar un lugar donde reunirse con suficientes comodidades para la actividad.

Por otra parte, hay materias de especial actualidad para las cuales el intercambio de experiencias e información de tiempos recientes resulta fundamental. La Propiedad Intelectual, reguladora de signos distintivos, creaciones inventivas, creaciones del derecho de autor y derechos conexos, con temas de constante expansión, es claro ejemplo de ello. Se trata de institutos dirigidos al mercado, especialmente sensibles a los cambios económicos y tecnológicos que en estos tiempos guardan gran dinamismo.

En Uruguay quienes estudiamos y trabajamos en materia de Propiedad Intelectual teníamos necesidad de contar con un ámbito para volcar inquietudes, debatir sobre las soluciones, contrastar experiencias nacionales e internacionales, investigar académicamente diversas cuestiones de la materia y, en definitiva, crecer en el propio conocimiento de tan vasta área. Sin centros de estudio especializados, con muy escasa jurisprudencia nacional, no era posible desarrollarnos. Y desde la Universidad de Montevideo nos propusimos promover un ámbito de debate e investigación en la temática de la Propiedad Intelectual, brindando el impulso necesario para reuniones periódicas así como también las comodidades de instalación.

De esta forma, el 20 de setiembre de 2001 comenzó a reunirse en la Universidad de Montevideo el Grupo de Propiedad Intelectual, al que denominamos por su sigla GPI. Las primeras reuniones fueron en la sede de la calle Ponce, en el altílo. La actividad inaugural estuvo a cargo del Dr. Carlos Fernández Ballesteros quien expuso sobre "El nuevo rol de los

derechos de autor como condicionante del comercio internacional". Desde un primer momento acordamos que el GPI se reuniría semanalmente, todos los jueves de 9 a 11. Como el objetivo fundamental es analizar y discutir cuestiones prácticas de la propiedad intelectual en el Uruguay, el régimen de trabajo que nos impusimos para cada reunión fue que uno de nosotros sería el encargado de plantear el tema eje de discusión con sus diversas aristas, dando lugar al debate general. Además del tema de debate central, podríamos también presentar cuestiones concretas prácticas que consideráramos de interés y, en ocasiones, hemos contado con prestigiosos invitados que nos han ilustrado y respondido sobre distintos puntos relacionados con nuestra materia. Trabajamos como coordinadores del grupo Beatriz Bugallo y Juan Manuel Gutiérrez. Los Miembros del GPI somos aproximadamente cuarenta, y estamos en contacto permanente a través de una Lista de suscripción electrónica.

Hasta ahora tenemos un nutrido elenco de temas tratados en las reuniones del GPI, que enumeramos desde los más recientes a los más remotos.

Jueves de 2003:

- 10 de julio – Uso descriptivo de la marca, Natalia Gomensoro, Julio Speranza
- 3 de julio – Caso de software, Rodolfo Pilas
- 26 de junio – Superposición entre derecho de marcas y derecho de autor, Beatriz Bugallo
- 12 de junio – Aspectos penales de la Reforma del Derecho de Autor, Paul Pereira Schurmann
- 5 de junio – Derecho de autor en la Escuela, Beatriz Bugallo
- 29 de mayo – ADPIC: su negociación y apropiación internacional, Manfredo Cikato
- 22 de mayo – Cláusulas del contrato de producción audiovisual, Manuel Suárez
- 15 de mayo – Derecho de comunicación y los hoteles, Eduardo de Freitas
- 8 de mayo – Tributación en propiedad intelectual. Segunda parte. Sebastián Arcia
- 24 de abril – Abuso de posición dominante y entidades de gestión colectiva, Beatriz Bugallo
- 10 de abril – Tributación en propiedad intelectual, Sebastián Arcia
- 3 de abril – Cuestiones generales del derecho de autor, Debate de grupo.
- 20 de marzo – Cuestiones de la práctica juris-

diccional en materia de software, Virginia Cervieri

- 13 de marzo - Dispositivos de seguridad en la ley de derechos de autor, Rodolfo Pilas
- 27 de febrero - Aspectos de la nueva ley de derechos de autor en relación con las creaciones audiovisuales, María Balsa
- 20 de febrero - Régimen jurídico de las bases de datos, Carlos Delpiazzo

Jueves de 2002:

- 12 de diciembre - Visita del Diputado Pablo Mieres para conversar sobre el (entonces) proyecto de ley de reforma a la ley de propiedad literaria y artística de 1937
- 4 de diciembre - Protección marcaria de la frase publicitaria, Beatriz Bugallo
- 28 de noviembre - Comentarios sobre el PCT, Gonzalo Fernández Serco
- 21 de noviembre - Temática de las copias reprográficas, Oscar Sarlo
- 7 de noviembre - Regulación jurídica del software, Omar Tuvi
- 31 de octubre - Visita del Sr. Director Nacional de la Propiedad Industrial, Dr. Callorda
- 24 de octubre - Ajustes de cuestiones para plantear y comentar con el Dr. Callorda
- 17 de octubre - Actividad con el Prof. Ortells, "Seminario Proceso jurisdiccional y nuevas tecnologías"
- 26 de setiembre - Medidas en frontera - base ADPIC -, en materia de propiedad intelectual, Virginia Cervieri, Pablo Labandera
- 19 de setiembre - La protección jurídica de los conocimientos tradicionales, Manuel Suárez
- 12 de setiembre - Aspectos actuales de derecho de patentes. Segunda parte. Andrea Barrios
- 5 de setiembre - Protección jurídica del color como marca, derecho comparado y derecho nacional, Beatriz Bugallo
- 29 de agosto - Visita del Magistrado del TCA, Dr. Manuel Mercant, para comentar sobre cuestiones generales de marcas y el TCA
- 22 de agosto - Aspectos actuales de derecho de patentes, Andrea Barrios
- 15 de agosto - Posibilidad de reválidas de patentes a la luz del Tratado Internacional en materia de patentes de invención vincula a algunos países, entre ellos Argentina y Uruguay, desde el siglo XIX, Beatriz Bugallo
- 8 de agosto - Efecto de la cosa juzgada en relación con quienes no son parte en las acciones ante el TCA y de otros aspectos de los derechos compartidos en razón de prendas o embargos, Natalia Gomensoro
- 1º de agosto - Visita del Sr. Martínez, director del Registro creado por la ley de derechos de autor de 1937
- 25 de julio - Derechos sobre la filmación de espectáculos deportivos y sobre los formatos de los programas de televisión, María Balsa
- 11 de julio - Protección jurídica de los fonogramas, Martha Caviglia, Guzmán Fernández Ballesteros
- 4 de julio - Comentario general del proyecto de ley de reforma de la ley de 1937 sobre derechos de autor, Eduardo de Freitas
- 27 de junio - Licencias de software libre, Rodolfo Pilas
- 20 de junio - Patentamiento del software en el Uruguay, José Villamil
- 13 de junio - Agotamiento de los derechos de marca, Julio Speranza
- 30 de mayo - Los derechos en las telecomunicaciones con especial referencia al Mundial de Fútbol 2002, Asesores de la URSEC
- 23 de mayo - Nombres de dominio y propiedad intelectual, Virginia Cervieri
- 16 de mayo - Nombres geográficos como signos distintivos, Federica Acosta y Lara
- 9 de mayo - Jurisdicción competente y ley aplicable en Internet, Cecilia Fresnedo
- 2 de mayo - Aspectos penales de la propiedad intelectual, Enrique Moller
- 25 de abril - El derecho a la imagen y la propiedad intelectual, María Balsa
- 18 de abril - Charla sobre nombre comercial, marcas, denominaciones sociales, Mario Lamas
- 11 de abril - Derecho de reproducción y las nuevas tecnologías, Eduardo de Freitas
- 4 de abril - Taller de casos de nombre comercial, marcas, denominaciones sociales, Juan Manuel Gutiérrez
- 21 de marzo - Licencia de software, Alvaro Eirin
- 14 de marzo - La valuación de las marcas, José Luis Olivera
- 7 de marzo - Marcas no tradicionales: tridimensionales, sonoras, entre otras, Juan Deffeminis
- 28 de febrero - Patentamiento de software, Beatriz Bugallo
- 21 de febrero - Propiedad Intelectual y cultivares, Sr. Presidente de INASE Ingeniero Agrónomo Gustavo Blanco

Jueves de 2001:

- 13 de diciembre - La protección jurídica del título de obras protegidas por el derecho de autor, Beatriz Bugallo
- 6 de diciembre - Segunda parte: Daños y per-

juicios en materia de Propiedad intelectual, Carlos De Cores

- 15 de noviembre – Daños y perjuicios en materia de Propiedad Intelectual, Carlos De Cores
- 8 de noviembre - Arrendamiento de servicios informáticos, Rodolfo Pilas
- 1º de noviembre – Las patentes de productos farmacéuticos, Silvio Moreni
- 25 de octubre – Introducción en los conceptos y significados de la informática, Rodolfo Pilas
- 18 de octubre – Protección jurídica del trade dress, Victoria Dabezies
- 11 de octubre – Aspectos filosóficos sobre la existencia y necesidad de la regulación de la Propiedad Intelectual, Andrés Jaliff
- 4 de octubre – Autoejecutividad del Convenio de París, Gustavo Fischer
- 27 de setiembre - Desaplicación judicial de los actos administrativos, Juan Manuel Gutiérrez
- 20 de setiembre - El nuevo rol de los derechos de autor como condicionante del comercio internacional, Carlos Fernández Ballesteros

La actividad ha incluido organización de reuniones extraordinarias, contando tanto con la participación de profesores extranjeros invitados como con el aporte de los miembros GPI. Hemos contado en estos casos con numerosa concurrencia ajena al propio grupo. Entre estas actividades se encuentran:

- 17 de julio de 2002, Conferencia sobre "Riesgo de confusión en materia marcaria: aplicación práctica en la Oami", a cargo de la Dra. Virginia Melgar, OAMI, Unión Europea.
- 16 de setiembre de 2002, "Protección jurídica del software", contando con la participación del Prof. Dr. Antonio Millé, Argentina.

— 29 de noviembre de 2002, "Licencia de marcas y derecho de la competencia", a cargo del Prof. Dr. Guillermo Cabanellas, Argentina.

— 26, 28 y 31 de marzo de 2003, Jornadas del nuevo derecho de autor uruguayo, que contaron el aporte de varios colegas uruguayos y del Prof. Dr. Miguel Angel Bouza, Universidad de Vigo, España.

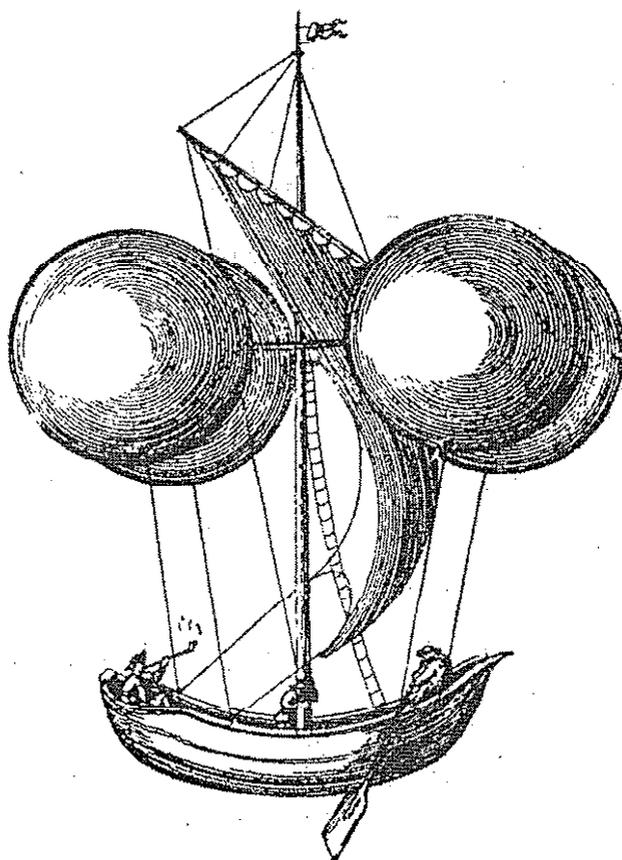
Hemos desarrollado también iniciativas de relacionamiento institucional con oficinas competentes en la materia. Tal fue el caso del planteo realizado ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial en cuanto a la información respecto de expedientes en trámite en el TCA, que fuera recogido e implementado por el entonces Director Nacional Dr. Ariel Callorda.

Actualmente estamos comenzando la etapa de publicación de contenidos de la materia, habiendo ya instrumentado la edición electrónica a través del Portal GPI, al cual se accede a través de la página de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo o en el URL <<http://gpi.espaciolibre.net>>. Para dicho portal contamos con la colaboración de colegas extranjeros especialistas.

También se promueve la investigación de diversos temas de interés, y algunos de los Miembros GPI están ya desarrollando aspectos de interés nacional en la materia.

Son muchos los proyectos, diversas las expectativas para lo cual seguiremos trabajando en pos de consolidar las metas propuestas y seguir aportando para la mejor difusión y formación en Propiedad Intelectual.

Beatriz Bugallo



TESINAS DE MASTERS

- *Vero, Ramón, «Tres aspectos en torno a las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo e inconstitucionalidad: la legitimación activa, sus objetos y los efectos de la sentencia»*

TRES ASPECTOS EN TORNO A LAS ACCIONES DE NULIDAD, REPARATORIA, DE AMPARO Y DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, SUS OBJETOS Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

RAMÓN VERO VINCI

Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ACCIÓN DE NULIDAD. III. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN PATRIMONIAL. IV. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. V. LA ACCIÓN DE AMPARO.

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo no pretendemos elaborar un desarrollo exhaustivo de la temática planteada. Simplemente procuraremos tratar en forma sucinta la doctrina y la jurisprudencia referente a cada uno de los tres aspectos que habremos de estudiar, en el campo de las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo y de inconstitucionalidad.

Para ello, dividiremos el trabajo en cuatro capítulos dedicados cada uno de ellos a las distintas acciones que habremos de analizar. A su vez, dentro de cada capítulo habrán cuatro apartados en los que se tratarán por su orden, la legitimación activa, el objeto, los efectos de la sentencia y la jurisprudencia más relevante que pudimos encontrar sobre cada uno de estos aspectos.

II. LA ACCIÓN DE NULIDAD

A) La Legitimación Activa

1. La parte actora: Legitimación Principal

La legitimación activa para entablar la acción de nulidad se encuentra prevista en los artículos 309 inciso 3° de la Constitución y 49 del Decreto - Ley 15.524.

El primero de los artículos establece que *"La acción de nulidad sólo podrá ejecutarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo."*

El segundo de los artículos nombrados dispone que *"Las personas físicas o jurídicas, titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo, estarán legitimadas para promover la acción anulatoria"*.

Al respecto, el Dr. Enrique Tarigo ha señalado que estrictamente ambas normas deben ser entendidas como expresando que están legitimados *"quienes afirmen ser titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo que, al mismo tiempo, afirman ha sido violado o lesionado por el acto administrativo"* (Cf. Enrique E. Tarigo, *"Enfoque Procesal del Contencioso Administrativo de Anulación"*, F.C.U., páginas 29 a 30)

El punto guarda relación con la legitimación causal, la cual es considerada en procedimiento que rige el contencioso de anulación recién cuando se dicta la sentencia definitiva.

En efecto, cómo enseña Giorgi, la "*legitimatío ad causam*" no es un presupuesto procesal sino "*la condición indispensable para obtener una sentencia favorable.*"

El presupuesto procesal lo constituye la "*legitimatío ad procesum*".

Mientras la primera implica la calidad de sujeto del litigio, de parte en sentido material, la segunda refiere a la calidad de sujeto de la acción, de parte en sentido formal. (Cf. Héctor Giorgi, "*El Contencioso Administrativo de Anulación*", Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, página 122)

Y más adelante, el prestigioso autor explica que "*el texto constitucional enumera equivocadamente, como causa de admisibilidad de la acción, una exigencia de fondo, indispensable para el éxito de la pretensión que en ella se deduce: la violación o lesión por la decisión administrativa impugnada de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo.... la determinación de si hay o no violación de un derecho o de un interés legítimo, constituye el objeto del juicio, la cuestión de fondo a resolver en la sentencia*" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 139)

Hecha esta aclaración, es menester abocarnos al estudio de los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo.

En relación con este tema, el Dr. Augusto Durán Martínez hace referencia a las distintas posturas que se han dado en torno a la diferenciación entre ambas categorías y a la trascendencia de las mismas, para finalmente optar por las definiciones que al respecto da Francisco Suárez, en mérito a que nuestra Constitución prevé la distinción entre derechos e intereses legítimos, no siendo posible por tanto ignorarla.

El citado autor manifiesta que "*el derecho subjetivo es el poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe*". El derecho subjetivo "*es conferido o reconocido por el Derecho en atención directa al sujeto y sólo indirectamente en función del interés público, mientras que el interés legítimo es tutelado en atención directa al interés público y solo indirectamente en función del particular*" (Cf. Augusto Durán Martínez, "*El Contencioso Administrativo de Anulación en el Derecho Uruguayo*", Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VIII, F.C.U., páginas 113 u 114)

En otro enfoque, el Dr. Horacio Cassinelli Muñoz explica que el derecho subjetivo "*consiste en la posición en que se encuentra un interesado frente a alguien que está obligado a una prestación; es decir el derecho subjetivo es el polo opuesto a la situación jurídica subjetiva correlativa de obligación*" (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, "*Responsabilidad del Estado por Lesión de Interés Legítimo*" en "*Cuarto Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*" Editorial Nueva Jurídica, página 12 y en similar sentido véase del mismo autor "*El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya*", en "*Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*", Homenaje a Enrique Sayaqués Laso, Tomo III, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, página 290)

Y con referencia al interés legítimo, luego de destacar que se trata de una situación jurídica que se correlaciona con la idea de poder, lo define como "*aquel interés que puede ser legítimamente satisfecho mediante el ejercicio de un poder por parte de la Administración, pero que también puede quedar legítimamente insatisfecho mediante el ejercicio de ese poder*" (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, *op. cit.* 1, página 13, y *op. cit.* 2, páginas 288 a 289)

Mientras la lesión a un derecho subjetivo se configurará mediante el incumplimiento de la obligación correlativa al mismo, la lesión al interés legítimo se verificará solamente cuando la Administración ejerza ilegítimamente su poder.

Por su parte, el Dr. Giorgi menciona que el interés legítimo "*es un interés protegido por el ordenamiento jurídico*" y lo diferencia del derecho subjetivo por la manera en la cual se lo protege. En el caso del derecho subjetivo, la protección del ordenamiento jurídico es absoluta y perfecta. En el caso del interés legítimo, la protección del ordenamiento es relativa o indirecta, a través de la tutela del interés general. Esto sería lo que la doctrina italiana llama "*diritto affievolito*" o "*diritto riflesso*" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 68)

En Derecho Comparado, el autor italiano Alessi ha criticado esta postura tradicional, que emplea como criterio de distinción entre una situación y otra "*el grado de protección del interés*", manifestando que la misma presupone una concepción "*individualístico-subjetiva*" de la jurisdicción administrativa que no siempre se da. A esto agrega además que la misma presupone también la efectiva existencia de una tutela, aunque sea ocasional, de reflejo, siendo demostrable que la misma en muchos casos tampoco se da (*en el sentido de protección que conduzca a la realización concreta del interés.*) (Cf. Alessi, "*Posición Jurídica de los Ciudadanos frente a la Administración*", página 452)

Entiende que lo que realmente diferencia al derecho subjetivo del interés legítimo es la utilidad que se le garantiza al individuo en cada una de las situaciones jurídicas. Cuando la situación jurídica es de derecho subjetivo al individuo se le garantiza una "*utilidad sustancial*", directamente referida al mismo. En cambio, cuando la situación jurídica es de interés legítimo, al individuo sólo se le garantiza una "*utilidad instrumental*", asegurándosele únicamente "*la legalidad del comportamiento administrativo*", sin que por ello necesariamente se le satisfaga su interés sustancial.

Así por ejemplo, el recurrir a la jurisdicción competente para la anulación de un concurso que se hubiera llevado a cabo en forma ilegal, en el cual el candidato no hubiera podido ganar, sólo le permi-

tirá el poder esperar que en el concurso que se lleve a cabo legalmente pueda ganar. (Cf. Alessi, *op. cit.*, páginas 455 a 457)

Luego de este somero recorrido que no pretende agotar la nómina de autores que tratan el punto, es preciso recordar que la nota que califica como legítimo al interés, implica que el mismo se encuentre protegido o amparado jurídicamente, no bastando con un interés que emane de una simple situación de hecho o de una actitud tolerante de la Administración. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.* página 188 y Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 30)

Al tratarse de un interés calificado, se descarta al interés "simple" como supuesto habilitante para ejercer la acción de nulidad. En efecto, como enseña Giorgi, en la jurisdicción anulatoria no estamos frente a un proceso al acto, frente a un contencioso objetivo, en el sentido antagónico al de litigio entre partes. De ser así, la anulación del acto sería imperativa en los casos en que el acto estuviera viciado por irregularidades manifiestas.

Nuestro régimen constitucional no autoriza a anular actos administrativos si al mismo tiempo no lesionan un interés legítimo o un derecho de quien los impugnó en la vía anulatoria. En consecuencia, el titular de la acción deberá probar la lesión de su situación jurídica de sus intereses o derechos. Como se dijo en el Informe en mayoría de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes: "No existe un derecho subjetivo a la legalidad; ni tampoco el sólo interés legítimo a la legalidad, que pertenece a todos los habitantes de la República... La acción de nulidad no es una acción popular" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 67 a 68)

Además de la nota de legítimo, el interés debe ser directo y personal. El interés directo, es el actual o inmediato y no el eventual o futuro. El interés personal es el que atañe a personas determinadas, a situaciones jurídicas subjetivas o particulares. Se contraponen a los intereses impersonales o generales. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 188; Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 30 y Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114)

Con respecto a esta última nota calificativa del interés, el Dr. Durán pone el ejemplo de una cuestión que afecte a un integrante de un sindicato, para manifestar que se trata de una cuestión que no habilitaría al sindicato a actuar por él. El interés sería el personal del afiliado, careciendo el sindicato de legitimación para actuar. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114)

El Dr. Giorgi, señala que en Francia la jurisprudencia ha objetivizado en parte el contencioso anulatorio, al permitir que los sindicatos recurran actos jurídicos en el ejercicio de la llamada acción corporativa, en defensa de un interés gremial o profesional colectivo. En este tipo de supuestos en los que el sindicato actúa para proteger para proteger intereses de sus miembros y no de la entidad u organización como tal, no habría un interés personal. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 188 a 189)

Para terminar con este apartado, mencionemos que existe una corriente de opinión que limita la noción de "parte" a los titulares de derechos subjetivos y excluye de la misma a los intereses legítimos.

Esta concepción no ha sido compartida por la doctrina mayoritaria. En primer lugar, porque restringe en demasía la noción de parte y la de derechos subjetivos, limitándola a los derechos subjetivos perfectos y excluyendo a los intereses legítimos, que en realidad, serían una especie dentro del género de los derechos subjetivos. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 119)

En segundo lugar, porque "sólo en virtud de una concepción ultraprivatista del derecho subjetivo puede negarse la calidad de parte al titular de un interés legítimo y sólo por una concepción ultrapublicista de la jurisdicción anulatoria puede considerarse que el titular de ese interés actúa como un simple instrumento al servicio del interés público, esto es, sea sólo un medio en el logro de un fin primordial: la defensa del derecho objetivo." (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.* página 119, citado por Enrique E. Tarigo, *op. cit.* página 30)

La parte actora podrá ser una persona física o jurídica y en este último caso, privada o pública, como surge del artículo 49 del Decreto - Ley 15.524. Nada impediría que una persona pública recurriera administrativamente la decisión de otra persona pública.

2. Los terceros coadyuvantes: legitimación secundaria

Como dice Giorgi, en la doctrina procesal se distingue la legitimación principal, propia de las partes, de la legitimación secundaria, que se da en el instituto de la intervención adhesiva. En este último caso, se autoriza a un tercero a actuar en el juicio junto a la parte actora o demandada, coadyuvando con ella. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 130)

La intervención adhesiva, requiere que un tercero invoque un interés jurídico propio ligado al interés en litigio. Se trata de una forma de intervención voluntaria que puede asumir dos formas diferentes: la simple o la autónoma o litisconsorcial. (Cf. Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, F.C.U.*, página 311)

La simple, "se verifica cuando un tercero, en razón de tener un interés jurídico coincidente con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias, participa en el proceso con la finalidad de adherir o coadyuvar al éxito de la pretensión o al éxito de la oposición a la pretensión." Lo característico de esta especie de tercería voluntaria es que el

tercero carece de legitimación para litigar por sí solo frente al adversario de la parte a la que adhiere. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 311)

La autónoma o litisconsorcial, se configura cuando "el ingreso del tercero en el proceso pendiente tiene por objeto hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias, adhiriendo a la calidad de actor o a la de demandado asumida por una y otra de éstas". A diferencia de la intervención voluntaria simple, el tercero cuenta con legitimación, tanto para ser demandado como para demandar originariamente. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 313)

Previo a considerar la pluralidad de actores en las tercerías adhesivas o coadyuvantes, es preciso aclarar que en el proceso contencioso de anulación no cabe por su objeto la otra modalidad de intervención voluntaria del tercero, denominada principal o excluyente. (Véase al respecto, Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 309, en donde se la define y la *op. cit.* 1, página 31, del mismo autor, en donde se establece la improcedencia de esta modalidad en el contencioso de anulación y en el mismo sentido, Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114, coincidiendo éstos autores con lo destacado con anterioridad por Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 130)

3. La Pluralidad de Actores: Legitimación Secundaria Activa

El punto se encuentra tratado específicamente por el Dr. Enrique Sayagués Laso, quien al respecto establece que cuando un acto administrativo afecta el derecho o interés de varias personas, cada una de ellas estará capacitada para accionar separadamente impugnando la validez del acto. Pero también podrán iniciar conjuntamente la acción, en un solo juicio.

En la primera hipótesis, cabría disponer, de oficio o a petición de parte, la acumulación de los diversos juicios en trámite.

En la segunda hipótesis, se estaría formando un litis consorcio activo, deduciéndose una acción conjunta. Un ejemplo de ello se daría cuando al impugnar los actos de ascenso los funcionarios que se consideran postergados optan por actuar en forma conjunta. (Cf. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Clásicos Jurídicos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Fundación de Cultura Universitaria*, página 600 y nota al pie de página número 5)

Como se podrá apreciar, la modalidad de pluralidad de actores a que se hace referencia es la denominada tercería adhesiva autónoma o litisconsorcial. (Ve. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 313)

La pluralidad de actores no crearía mayores problemas. Si la sentencia rechazare el recurso, cómo sólo tiene efectos en el proceso en que se dicta, no perjudicaría a los demás. Si el fallo anulara el acto, o tiene efecto absoluto, en cuyo caso beneficiaría a todos, o sólo produce efectos en el caso concreto, y entonces constituiría un precedente que anticiparía el resultado favorable para las demás acciones en trámite. (Cf. Enrique E. Sayagués Laso, *op. cit.*, página 601)

La intervención adhesiva en el proceso contencioso administrativo de anulación se encuentra legislada en los artículos 55 a 57 del Decreto - Ley 15.524. Los dos primeros refieren al tercero que coadyuva con la parte demandada. El último artículo establece que

"cuando actuara como coadyuvante más de una persona y sus posiciones no fueran contradictorias, el Tribunal podrá exigir que designen procurador común en el plazo que al efecto señala. Si en el mismo, los requeridos no se pusieren de acuerdo, el Tribunal podrá hacer la designación correspondiente" (Ve. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 31)

B) El Objeto de la Acción de Nulidad

1. Lineamientos generales

Para determinar el objeto de la acción de nulidad, es bueno partir del concepto del objeto del proceso contencioso de anulación. Al respecto, el Dr. Giorgi manifiesta que la jurisdicción anulatoria es aquella que tiene por objeto la anulación de los actos administrativos irregulares, que lesionen un derecho subjetivo o un interés directo, personal y legítimo. (Este concepto se puede inferir de lo señalado por el autor en las páginas 33 y 140, fundándose en lo dispuesto por los artículos 309 inciso 1° y 309 inciso 3° de la Constitución)

Por su parte, el Dr. Tarigo, siguiendo a Landoni, define al objeto del proceso contencioso administrativo como "la pretensión de anulación de determinado acto administrativo" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 25, seguido por Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 115)

Y más adelante, al pronunciarse sobre el objeto de la pretensión anulatoria, manifiesta que es "el acto administrativo definitivo - es decir, aquel a cuyo respecto se ha agotado debidamente la vía administrativa- y cuya anulación se pretende en la correspondiente demanda de nulidad" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 25)

En otro orden, el Dr. Sayagués Laso establece que "los actos administrativos inválidos se impugnan ante el Tribunal mediante la acción de nulidad. (arts. 309 s., de la Constitución)" Y luego destaca que la misma "está

estructurada como un juicio entre partes, cuya finalidad es tutelar los derechos e intereses de las personas afectadas por los actos de la administración y afirmar por esa vía la regularidad de la actividad administrativa" (Cf. Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, páginas 571 a 572)

Como se habrá podido apreciar, el objeto del proceso, el objeto de la pretensión y el objeto de la acción de nulidad son conceptos estrechamente ligados entre sí.

El objeto del proceso consistirá en resolver el litigio, esto es, "el conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión resistida o insatisfecha, sometido a la resolución del Juez o tribunal". En este caso puntual, resolver si se hace lugar o no a la pretensión de nulidad. (Véase para la definición de objeto del proceso u Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, páginas 26 y ss)

A su vez, el objeto de la acción, consistirá en la pretensión, que en este caso tendrá por objeto la obtención de la anulación del acto administrativo definitivo inválido o irregular. Esta pretensión, se ejercerá a través del acto procesal de demanda.

De todo lo expuesto y complementando las ideas de los prestigiosos autores, pensamos que podría decirse que el objeto de la acción de nulidad consistiría en la pretensión de anulación de un acto administrativo definitivo, que resultara contrario a una regla de derecho o que hubiera sido dictado con desviación de poder, lesionando una situación jurídica subjetiva de interés legítimo o de derecho subjetivo.

2. Supuestos alcanzados por el objeto de la Acción de Nulidad

Para el tratamiento de este punto, habremos de ceñirnos básicamente a los excelentes trabajos del Dr. Durán Martínez y del Dr. Tarigo.

En primer lugar, destacamos que como surge de lo señalado en el apartado anterior y en virtud de lo dispuesto por el artículo 309 de la Constitución, el objeto de la acción de nulidad comprenderá exclusivamente a los actos administrativos, quedando fuera por ende los hechos y los actos que no tengan naturaleza administrativa.

El acto administrativo, se encuentra definido por el artículo 120, del Decreto 500/991, como "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos", recogiendo en la misma los conceptos generalmente admitidos por la doctrina mayoritaria. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114)

Con respecto a los actos que no tengan naturaleza administrativa, corresponde señalar, en primer término, que quedan excluidos los actos legislativos y los jurisdiccionales. En segundo término, debemos precisar que sólo quedarán alcanzados los actos con contenido decisorio, los que obliguen a los administrados, quedando fuera así las opiniones técnicas o dictámenes administrativos, que en sentido estricto no constituyen actos administrativos.

Con el objeto de clarificar cuales son los actos que pueden ser objeto de la acción de nulidad, el artículo 23 del Decreto - Ley 15.524 establece: "En particular, y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad:

- a) Los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.
- b) Los que sean separables de los contratos administrativos.
- c) Los que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público sujeto a su autoridad, relativos a cualquier clase de reclamo referente a la materia regulada por ella, así estos sean de naturaleza económica"

Comentando las disposiciones contenidas en los literales a) y b), el Dr. Tarigo señala que de las mismas surgiría una diferenciación entre actos administrativos "convencionales", que a texto expreso son declarados procesables por el literal a), de los "contratos" administrativos que, indirectamente, no lo serían, en la medida en que se afirma que son procesables los actos administrativos "que sean separables de los contratos administrativos" (literal b). (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 26)

Esta línea de razonamiento cuenta con la adhesión del Dr. Durán Martínez, quien luego de transcribir el artículo 23 del Decreto - Ley 15.524 expresa que "con esto queda claro que los contratos no pueden ser objeto de la acción anulatoria", explicando que le asiste razón a Giorgi cuando señala que la referencia a actos convencionales comprende aquellos actos unilaterales que requieren la voluntad de otro sujeto para que produzca efectos jurídicos, como ser la designación de un funcionario. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.* página 115, citando a Héctor Giorgi, en "La competencia del tribunal de lo contencioso administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos", "Escritos Jurídicos", F.C.U., página 155)

En el otro extremo, el artículo 27 del mismo Decreto - Ley excluye de la jurisdicción anulatoria los actos que:

- 1°) Se emitan denegando los reclamos de cobro de pesos, indemnización de daños y perjuicios que tienen su causa en un hecho procedente de la Administración, del que se la responsabiliza.
- 2°) Desestimen la devolución de las cantidades de dinero que reclaman los interesados por entender que han sido indebidamente pagadas.
- 3°) Desestimen las peticiones de los interesados que tiendan al reconocimiento de compensaciones de adeudos, imputación de créditos o pagos futuros o reclamos similares.
- 4°) *Estén regulados por el derecho privado*"

Con referencia a esta disposición, el Dr. Durán establece que en la misma se han recogido soluciones ya admitidas por la jurisprudencia administrativa. Y luego comparte lo dicho por el Dr. Tarigo, en cuanto a que la exclusión del numeral primero resulta clara, en tanto el reclamo de cobro de pesos o de indemnización por daños y perjuicios no podría, aunque sobre ellos recayera una resolución denegatoria, "trasmutar en acto lo que fue un hecho." (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 115, citando la obra del Dr. Tarigo, *op. cit.* 1, página 19)

En otro orden, se resalta la modificación dada a la redacción del artículo 309 de la Constitución, que posibilita por el giro "cualquier otro órgano del Estado" que actualmente se pueda interponer la acción de nulidad contra actos administrativos dictados por el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 12 y Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 115)

Entre las normas que establecían los actos no procesables ante el T.C.A., se encontraba el artículo 26, que dejaba fuera del objeto de la acción de nulidad a los actos políticos, los de gobierno, los discrecionales, los fundados en razones de seguridad nacional y los declarados de interés público por la ley. Dicho artículo fue derogado casi en su totalidad por el artículo 1° de la ley N° 15.869, que dispuso. "Deróganse los numerales 2,3 y 4 del artículo 26 del Decreto - Ley N° 15.524, de 9 de marzo de 1984. Los llamados actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad" (Cf. Eduardo E. Tarigo, *op. cit.* página 27)

Esta disposición nos lleva a tener que hacer referencia al tema de los actos de gobierno y los actos políticos. Con respecto a los primeros, mucho se ha discutido acerca de su inclusión o exclusión del objeto de la acción de nulidad.

Según la opinión del Dr. Giorgi, de conformidad con el informe de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes, del año 1951, fue decisión expresa el excluir "los actos que provienen de una autoridad que tiene al mismo tiempo funciones de administración y de gobierno cuando el acto está dominado o impuesto por las necesidades de gobierno" (concepto de acto de gobierno). Y a esto, agregaba el autor que en la propia Constitución se distinguía con claridad los actos de administración, que serían los administrativos, de los actos de gobierno. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 147 a 151)

Esta ha sido la posición mayoritaria sostenida en nuestro país, tanto en el plano doctrinal como el jurisprudencial, destacándose entre sus principales expositores a Enrique Sayagués Laso, Gelsi Bidart, Julio Prat y Daniel Hugo Martins. (Vé. en el plano doctrinal a E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, página 560; Julio A. Prat, "Derecho Administrativo", Editorial Acali, Tomo V, Volumen III, página 162, citados por Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116, nota 25; Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 28, citando la opinión de Gelsi Bidart y Daniel Hugo Martins, "El Poder y su Control", "Acción de Nulidad", "Serie Congresos y Conferencias N° 1", "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político", página 222. En el plano jurisprudencial, Julio A. Prat, *op. cit.*, Tomo III, Volumen II, página 31, llamada 91, también citado en el trabajo de Durán Martínez, *op. cit.*, página 116, nota 26)

En el otro extremo, se han ubicado por ejemplo el Dr. Horacio Cassinelli Muñoz y el Dr. Mariano Brito. De acuerdo a lo señalado en clase por el Profesor Brito, la Constitución no estaría excluyendo de la acción de nulidad a los actos de gobierno. Además agrega el argumento del Dr. Cassinelli, que los antecedentes de la Reforma Constitucional no se plebiscitan, careciendo así de trascendencia para la interpretación, en virtud de que lo que se vota es el texto constitucional y no sus antecedentes. No obstante, advierte sobre la gran dificultad que se presentará para encontrar un legitimado activo por una lesión provocada por el acto. En definitiva, señala que si bien se ha entendido que los actos de gobierno no son justiciables ante el TCA, ello no obliga al Tribunal a aceptar la calificación que de los mismos hiciera el gobierno. Pone como ejemplos a los actos del gobierno de facto que bajo la denominación de "actos de gobierno" realizaron destituciones y al caso de la destitución del Senador Germán Araujo. En ambos casos, el TCA asumió competencia. (Véase la opinión de Cassinelli Muñoz en "Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución", "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Tomo 67, páginas 241 y ss., citado por Durán Martínez, *op. cit.*, página 116, nota 27)

El Dr. Tarigo señala en su análisis de la norma que "según resulta del informe de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado en relación al proyecto de ley que luego se convertiría en la ley N° 15.869, se mantuvo la procesabilidad de los llamados actos políticos, pero dejando en claro que la Comisión no se pronunciaba acerca de si estos actos conforman una categoría independiente, o por el contrario, quedan subsumidos dentro de la categoría de actos de gobierno" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 28)

Y culmina su comentario manifestando que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha admitido en determinada época la existencia de actos políticos, como ser la cesantía en un cargo de particular confianza, la censura del Poder Legislativo a un Ministro o el acto por el cual el Presidente de la República dispone el cese de un Ministro. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 28)

Por su parte, el Dr. Durán, luego de destacar las discusiones que se han planteado en torno a los actos de gobierno y destacar las diferentes posiciones, hace alusión a la posición del Dr. Méndez, autor que distinguió entre los actos políticos y los actos de gobierno, excluyendo a ambos de la acción de nulidad.

Respecto de los actos políticos, Méndez decía que *"los encontramos en todos los poderes u órganos primarios buscando la energía o fuerza fundamental que pone en movimiento al Estado como corporación social, como expresión de una colectividad determinada. Podríamos decir que representan la vida del Estado por sí misma, el esfuerzo por mantener el conjunto orgánico que él representa a fin de estar en condiciones de satisfacer luego concretamente todas las funciones capitales que constituyen su contenido funcional.... El acto político se caracteriza por su alcance objetivo, por su contenido generalmente extrajurídico y por su finalidad genérica"*

Con relación al acto de gobierno, el autor expresa que *"no tiene la amplitud del político ni goza de la consideración o tratamiento que acabamos de ver"*, aunque al igual escapa de la jurisdicción anulatoria, *"sin perjuicio de que pueda ser juzgado en consideración a sus elementos jurídicos extrínsecos, tanto a la competencia como a la desviación de poder"* (Cf. Aparicio Méndez, *"Lo contencioso de anulación en el Derecho Uruguayo"*, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, páginas 85 y ss., citado por Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116)

Y luego establece que la terminología del Dr. Méndez había sido recogida por el artículo 26 del Decreto Ley 15.524, que excluía tanto a los actos de gobierno como a los políticos de la acción anulatoria. Sin embargo, con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 15.869, se incluye expresamente a los actos políticos, generándose así un problema sumamente delicado para distinguir entre unos y otros.

Personalmente, se inclina por la posición que entiende que ninguno de los dos actos serían procesables ante el TCA. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116)

Por otra parte, indica que la Constitución exige para que un acto administrativo pueda ser objeto de nulidad que el mismo sea definitivo, que define como *"aquel respecto del cual se ha agotado la vía administrativa debidamente"*. Este concepto se encuentra recogido por el artículo 24 del Decreto - Ley 15.524, al establecer que:

"Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter de definitivos cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre el o los recursos que correspondan, conforme a lo regulado en el capítulo sobre el cumplimiento de aquel presupuesto...."

"A los mismos efectos se consideran comprendidos entre los actos administrativos definitivos procesables, aquellos que hacen imposible o suspenden en forma indefinida la tramitación, decidiendo así, directa o indirectamente el fondo del asunto" (Vé. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116)

El tema del objeto podría estudiarse con mayor profundidad y extensión, incluyéndose además, los requisitos de admisibilidad de la acción y las causales de anulación del acto administrativo. En el estudio de estos temas, se destacan, entre otras obras, el libro del Dr. Giorgi, en los capítulos V y VI y los trabajos del Dr. Tarigo y del Dr. Durán tantas veces citados.

De todas maneras y para ser concisos con lo señalado en oportunidad de definir al objeto de la acción de nulidad, creemos indispensable al menos señalar cuales son las causales de anulación del acto administrativo del punto de vista constitucional y legal.

En ese sentido, la norma constitucional prevista por el artículo 309 inciso 1° establece que el Tribunal conocerá de las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos *contrarios a una regla de derecho o dictados con desviación de poder*.

El contralor se limita a examinar la juridicidad, la validez o regularidad del acto administrativo definitivo, quedando fuera de sus potestades el examen de la conveniencia o mérito del acto.

En el plano legislativo, las normas claves para determinar las causales serían los artículos 24, 25 y 26 del Decreto - Ley 15.524. Con respecto al primero y al tercero, nos remitimos a los comentarios que trascubimos de los Doctores Tarigo y Durán. Simplemente, nos restaría agregar lo manifestado por el Dr. Martins, en oportunidad de explicar las causales de la acción de nulidad. En ese sentido, mencionaba que la ley había ampliado la causal de *"desviación de poder"*, incluyendo además, al *"abuso"* y el *"exceso de poder"* (Cf. Daniel Hugo Martins, *op. cit.*, página 224)

Para la explicación del significado de cada uno de estos conceptos, así como también del resto de las causales de la acción de nulidad, se remite a la opinión del Dr. Cajarville, en su trabajo sobre la *"Invalidez de los actos administrativos"*.

Con relación a la desviación de poder, expresa Cajarville que: *"En la base de la voluntad jurídica del órgano hay generalmente una expresión psicológica del o de los titulares del órgano, esta voluntad conlleva siempre un fin, como intención, propósito, objetivo o designio, porque es propio de la voluntad humana querer para una finalidad"*

Y luego establece que sobre el "abuso" y el "exceso" de poder no existen conceptos generalmente admitidos ni en doctrina ni en jurisprudencia, inclinándose por entender que el ámbito de los mismos es el de las relaciones entre el contenido dispositivo del acto con sus presupuestos de hecho (motivos) y con el fin debido.

El autor concluye su trabajo haciendo la distinción entre cada una de las causales de la acción de nulidad, las que transcribimos textualmente en la forma en que fueron sintetizadas por el Dr. Martins, de la siguiente manera:

- a) "desviación de poder" existirá siempre que "el fin querido" por la voluntad de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el "fin debido" impuesto por la regla de derecho.
- b) "abuso de poder" existirá toda vez que lo dispositivo no sea objetiva y cuantitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cuantitativamente idóneo para el fin debido; los motivos existieron pero sólo hacían necesaria una medida de menor gravedad, dosificación o cuantía.
- c) "exceso de poder" existirá cuando lo dispositivo no sea objetiva y cualitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cualitativamente idóneo para el fin debido; en tal caso, objetivamente, no han existido motivos para actuar como se ha hecho, o no se ha perseguido el fin debido.
- d) "violación de una regla de derecho" existirá siempre que cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legal, reglamentaria o contractual" (Cf. Daniel Hugo Martins, op. cit. páginas 223 a 224, citando la opinión del Dr. Juan Pablo Cajarville, en su trabajo sobre "Invalidez sobre los actos administrativos")

En lo que tiene que ver con lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto - Ley 15.524, que era la norma que nos faltaba por comentar, se dispone que "Será admisible la demanda de nulidad de los actos generales que dictare la Administración, que hubiesen de ser cumplidos directamente o no por los administrados...", y agrega que "También lo será la impugnación de los actos dictados en aplicación de los actos generales mencionados en el inciso anterior, fundada en la ilegitimidad de estos o de los primeros aún cuando se hubiere omitido recurrir y contener a propósito del acto de carácter general"

Con esta norma se consagran las enseñanzas del Profesor Giorgi, cuando en 1958 establecía las mismas soluciones para los actos administrativos regla, los que materialmente serían legislativos. (Cf. Héctor Giorgi, op. cit., páginas 143 a 145)

C) Los Efectos de la Sentencia Definitiva

El tema de los efectos de la sentencia definitiva que resuelve el contencioso de nulidad puede ser encarado básicamente desde tres enfoques. Un primer enfoque, atendería a los que el Profesor Giorgi denominaba como "efectos en el espacio" de la sentencia anulatoria, que se centra en el alcance general o relativo del fallo, previsto por el artículo 311 de la Constitución.

Un segundo enfoque, referiría a los efectos en el tiempo, tanto de la sentencia confirmatoria como de la anulatoria, así como también de la sentencia que no hace lugar a la nulidad pero reserva al titular de un interés directo, personal y legítimo la acción de reparación.

Finalmente, cabría un tercer enfoque, que basado en las potestades del Tribunal, permitiría distinguir los llamados efectos negativos de los positivos. Este último enfoque refiere solamente a la sentencia anulatoria del TCA.

A continuación dividiremos nuestra exposición en tres apartados, destinados al tratamiento de cada uno de los enfoques nombrados.

1. Efectos de la sentencia en el espacio

a) Efectos de la Sentencia Anulatoria

Al respecto, el artículo 311 de la Constitución dispone que:

"Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte"

"Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos"

Al comentar la norma, el Profesor Tarigo destaca que "aunque la conclusión no resulte enteramente lógica, lo que surge de la norma transcripta es que cuando se anule el acto administrativo por lesionar un derecho subjetivo del accionante, la sentencia tendrá necesariamente, efectos relativos, es decir, efectos con relación al demandante. (Aún cuando además de ese derecho exista un interés de la regla de derecho o de la buena administración en la anulación del acto)

Y por el contrario, cuando la anulación haya sido en consideración a un interés directo, personal y legítimo y además, en interés de la regla de derecho o de la buena administración, la eficacia de la sentencia será "erga omnes" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 62)

En el mismo sentido se pronunciaron con anterioridad, los maestros Giorgi y Sayagués Laso, quienes criticaban a la disposición constitucional por su falta de lógica. (Ve. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 287 a 290 y Enrique Sayagués Laso, páginas 595 a 596)

La falta de lógica en la regulación de los efectos de la sentencia anulatoria estaría dada por el hecho de que los mismos motivos que llevaron a atribuir efectos "erga omnes" a las sentencias previstas en el segundo inciso del artículo 311 estarían presentes en las hipótesis a que refieren las sentencias previstas en el inciso primero. En efecto, bien podrían darse casos en que un acto administrativo lesionara derechos subjetivos de más de una persona y que al mismo tiempo mediaran razones de buena administración, de protección del orden jurídico y de igualdad de tratamiento de los administrados, para justificar una sentencia anulatoria con efectos "erga omnes" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 289)

Sayagués decía que la disposición constitucional "carece de lógica porque en el primer inciso toma en cuenta la naturaleza del agravio al recurrente, lesión de un derecho subjetivo, y en el segundo considera otro elemento, el "interés de la regla de derecho o de la buena administración; para guardar armonía, en el segundo inciso debió referirse a los casos en que se declara la nulidad por causar lesión a un interés" (Cf. Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, página 595)

Ahora bien, en opinión del Dr. Giorgi, la eficacia "erga omnes" de la cosa juzgada del fallo que anula el acto "en interés de la regla de derecho o de la buena administración", se extiende únicamente a las personas a quienes afecta la decisión administrativa impugnada, no alcanzando por ende, a los casos similares. Esto implica tanto como decir que "el fallo del Tribunal no extingue los actos administrativos no recurridos, aun cuando sean de igual contenido que el que ha sido objeto de impugnación y anulado".

Ello se debe fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, adjudicar efectos expansivos al fallo implicaría la atribución de potestades legislativas a un órgano de justicia. En segundo lugar, la extensión del fallo anulatorio a los actos similares o idénticos que hubieran quedado firmes en razón de no haber sido impugnados, desvirtuaría el régimen constitucional, que en consideración a la estabilidad y seguridad de las situaciones administrativas ha señalado plazos breves para recurrir. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 289 a 290)

De acuerdo a lo señalado en clase, una solución extensiva a todos los interesados y no solamente a quienes hubieran impugnado el acto llevaría a tener que sostener la existencia de un contencioso de derecho objetivo, lo cual no parecería condecirse con la exigencia de un interés personal, que implicaría que el mismo tiene que haberse deducido. Agregado a esto se presentaría la dificultad de tener que individualizar a los sujetos alcanzados por la sentencia.

En lo que respecta a la postura del TCA, conforme a lo señalado por el Profesor Brito, el Tribunal no se ha pronunciado específicamente por una u otra posición.

En otro orden, es preciso aclarar que será necesario que el Tribunal atribuya expresamente los efectos generales y absolutos a su fallo, no operando los mismos en forma automática, aún cuando se dieran los requisitos para dictar la sentencia con dichos efectos.

Para terminar, destacamos que la opinión conforme a la cual en los casos de lesión a derechos subjetivos el fallo sólo podrá tener efectos relativos no ha sido unánimemente compartida por nuestra doctrina nacional. En efecto, como se ha destacado en clase, el constitucionalista Justino Jiménez de Aréchaga llegó a entender que los efectos "erga omnes" también podrían operar en los casos de violaciones a derechos subjetivos perfectos.

b) Efectos de la Sentencia Confirmatoria

La sentencia confirmatoria del TCA tiene efectos relativos. Por esa razón, el constituyente ha utilizado una terminología inadecuada cuando, en lugar de establecer que rechaza la acción instaurada, si la misma es infundada, manda que se confirme el acto impugnado. El empleo del verbo confirmar, es susceptible de dar lugar a confusiones, pues podría interpretarse, al decir de Giorgi, como "certificación de legalidad, con carácter absoluto, de la decisión administrativa cuestionada" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 290 a 291)

La sentencia que desecha la demanda limita sus efectos a las partes litigantes. Ello no constituye más que la aplicación del principio general del proceso civil "res iudicata ius inter partes". Este principio se aplica también a la jurisdicción anulatoria por no diferir por su naturaleza con la civil. En el único caso en que no rige es en las sentencias que anulen actos en interés de la regla de derecho o de la buena administración, por así haberlo dispuesto expresamente el constituyente. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 291 y en similar sentido, Sayagués Laso, *op. cit.*, página 595)

De esta manera, se garantiza el derecho a accionar a todos aquellos que se sientan lesionados por una decisión administrativa.

c) Efectos de la Sentencia que Reserva al Impugnante la Acción Reparatoria

No hemos encontrado que la doctrina se refiriera específicamente al punto, excepto por el Dr. Durán, quien establece que esto ocurre cuando el impugnante es titular de un interés legítimo, personal y directo y no se llega a los cuatro votos necesarios para la anulación pero se logra que tres miembros del Tribunal declaren suficientemente justificada la causal de nulidad invocada. De esta manera, se habilitaría al impugnante a acudir a la vía reparatoria (artículo 310 de la Constitución). (Cf. *Augusto Durán Martínez, op. cit., página 124*)

Atendiendo puntualmente al tema de los efectos de la sentencia en el espacio, diríamos que esta sentencia se regiría también por el principio general "*res iudicata ius inter partes*", no haciéndose lugar a la acción de nulidad, pero posibilitándole al impugnante una reparación patrimonial.

2. Efectos de la sentencia en el tiempo

a) Efectos de la Sentencia Anulatoria

Los efectos de la sentencia anulatoria plantean problemas muy complejos. En tanto la sentencia confirmatoria no presenta grandes problemas, pues su pronunciamiento no altera el ordenamiento jurídico, la anulatoria, por su naturaleza constitutiva, por su efecto retroactivo, nos coloca ante situaciones de hecho y jurídicas que fundamentándose en el acto anulado, perderían como consecuencia de la anulación, toda validez. (Ve. el trabajo de *Cristina Vázquez, "Ejecución de la Sentencia Anulatoria", en "Cuarto Coloquio: Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, páginas 52 a 54, en el que se analizan las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la naturaleza de la sentencia anulatoria, siendo opinión mayoritaria la que entiende que es fundamentalmente constitutiva*)

El efecto jurídico retroactivo del fallo anulatorio haría desaparecer del mundo jurídico todas las consecuencias que hubieran derivado en el pasado del acto administrativo anulado.

Por esa razón, el Profesor Giorgi formula ciertas aclaraciones. En primer lugar, establece que la declaración de invalidez y anulación del acto administrativo no quita al mismo su carácter de tal. Esto implica que el acto administrativo fue cumplido legítimamente por la Administración hasta la fecha de anulación, produciendo efectos.

No se puede ignorar que el acto anulado pudo haber producido sus efectos durante el lapso que va entre su formulación por la Administración a su anulación por el Tribunal encargado de juzgarlo. Y ciertos hechos pudieron haberse consumado, escapando por ende al alcance del pronunciamiento jurisdiccional.

Del mismo modo, la "*restitutio in integrum*" resultará a veces imposible respecto de los actos administrativos que condicionaban su validez a la del acto anulado. Así por ejemplo, no podría admitirse que las decisiones adoptadas por un funcionario cuyo nombramiento fuera anulado perdieran por vía de consecuencia toda validez.

Por idénticas razones a las que fundamentan la teoría de la función de hecho – interés legítimo de los terceros, principio de continuidad de funcionamiento de los servicios públicos, etc. esos actos subsistirán sin importar que provengan de un funcionario ilegítimamente designado.

Ante la imposibilidad de la "*restitutio in integrum*", el administrado lesionado por el acto ilegal deberá ser indemnizado, en compensación, por la Administración.

En cambio, las resoluciones de mera aplicación del acto anulado y aquellas decisiones estrechamente unidas o ligadas al mismo, sufrirán los efectos de la anulación. (Cf. *Héctor Giorgi, op. cit., páginas 292 a 294*)

b) Efectos de la Sentencia Confirmatoria

Como ya se dijo anteriormente, la sentencia confirmatoria no produce, en principio alteraciones en el mundo jurídico. En efecto, la mencionada sentencia tiene por objeto declarar la juridicidad del acto atacado, dando solución a un estado de incertidumbre jurídica. Encuadra pues en lo que la doctrina procesalista califica como sentencias declarativas. Las sentencias declarativas son aquellas que "*tienen por objeto la pura declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, dando solución a un estado de incertidumbre jurídica.*" (Cf. *Cristina Vázquez, op. cit., páginas 51 a 52, siguiendo las definiciones de Eduardo Couture*)

Agreguemos, como enseña Tarigo, que las sentencias declarativas tendrán una retroactividad absoluta. La función del fallo en éstos casos resultará meramente documental, declarando el derecho. El derecho hasta entonces incierto se hace cierto, adquiriendo en la sentencia la demostración perfecta de esa certidumbre. (Cf. Enrique E. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 214, citando también a las ideas de Eduardo Couture)

Sin embargo, es preciso señalar, que en opinión de la Dra. Vázquez, la sentencia confirmatoria haría más que declarar la juridicidad del acto. También lo confirmaría.

Como consecuencia de su confirmación, el acto atacado deviene firme, no admitiendo impugnación alguna en vía administrativa o jurisdiccional. En este sentido, podría decirse que la sentencia tendría un cierto efecto constitutivo, aunque, como observa Giorgi, no produciría el efecto típico de las sentencias constitutivas, que consiste en "crear, modificar o extinguir una situación jurídica regulada por el derecho de fondo", careciendo de una eficacia jurídico-material directa. (Cf. Cristina Vázquez, op. cit., página 52, donde hace referencia a la precisión del Dr. Giorgi)

c) Efectos de la Sentencia que Reserva al Impugnante la Acción Reparatoria

Cuando la sentencia reserva al impugnante la acción reparatoria podríamos decir que también declara la juridicidad del acto impugnado y lo confirma. Por lo expuesto, nos remitimos a las consideraciones vertidas en el apartado anterior, al analizar los efectos de la sentencia confirmatoria. (Cf. Cristina Vázquez, op. cit., página 52)

3. Los efectos negativo y positivo de la sentencia anulatoria

Como dice Giorgi, las sentencias anulatorias del TCA pasadas en autoridad de cosa juzgada obligan jurídicamente a las partes. Esa autoridad, se impone a la Administración, a quien competirá el cumplimiento de la sentencia, para lo cual deberá adoptar todas las medidas que directa o indirectamente sean consecuencia de la misma, teniendo en cuenta fundamentalmente, los motivos o considerandos que constituyen la base o soporte del mismo, cuyo estudio le permitirá interpretarlo y ejecutarlo rectamente. (Cf. Héctor Giorgi, op. cit., página 294)

En algunos casos, la reparación jurídica del agravio inferido por el acto administrativo podrá lograrse íntegramente con la decisión jurisdiccional, pero en otros, será necesario que la Administración adopte medidas especiales para ejecutar o cumplir la sentencia. A vía de ejemplo, en el caso de la anulación de la destitución de un funcionario público, será necesario que la Administración disponga lo necesario para que el mismo pueda reintegrarse efectivamente al cargo del cual era titular. (Cf. Héctor Giorgi, op. cit., páginas 296 y 298)

El efecto negativo de la sentencia de anulación se dará por la extinción del acto administrativo ilegítimo, mientras que el efecto positivo, se verificará a través de indicadores que permitan orientar a la Administración sobre cuáles son los caracteres que debió necesariamente tener el acto para ser legítimo, para no incurrir en la nulidad invocada, los que podrán encontrarse en la parte dispositiva y en los fundamentos del fallo (Cf. Cristina Vázquez, en "Cuarto Coloquio, Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", "Ejecución de la Sentencia Anulatoria", Editorial Nueva Jurídica, páginas 54 a 55, citando la manifestado por Cassinelli Muñoz en "Acción de Impugnación y Acción de Cumplimiento en lo Contencioso Administrativo para la tutela de intereses legítimos, R.D.J.A., t. 70, página 122 y en "El ajuste de la Administración a las sentencias jurisdiccionales", R.D.J.A., Tomo 55, páginas 70 y ss.)

D) La Jurisprudencia

La jurisprudencia que consideramos más relevante sobre los tres temas gira fundamentalmente en torno a la legitimación activa y los efectos de la sentencia. No obstante, haremos alguna referencia a algún caso vinculado al objeto de la acción de nulidad.

1. Jurisprudencia sobre legitimación activa

El primer caso que hemos escogido trata sobre una acción de nulidad interpuesta para impugnar una resolución del Poder Ejecutivo que autorizó a la Sociedad Televisora Larrañaga S.A. a operar temporalmente la frecuencia del Canal 2 de Televisión de Punta del Este, adjudicado al SODRE. El accionante se agravia estableciendo que el otorgamiento de frecuencias vacantes debe hacerse con llamado público a interesados, invocando como norma violada el artículo 7, del Decreto 734/978 y señalando además de haber realizado una importante inversión en Canal 11 Punta del Este, en el entendido de que el Canal 2 iba a ser una emisora oficial.

El Tribunal desestimó la demanda por falta de legitimación activa, considerando que el actor no era titular de un interés directo, personal y legítimo ni tampoco de un derecho subjetivo. (*Sentencia N° 787, de 14 de septiembre de 1994*)

El segundo caso que nos pareció interesante considerar fue el entablado por Zona Franca Florida S.A. contra el Estado, Ministerio de Economía y Finanzas. La acción se promovió contra las resoluciones dictadas por Dirección Nacional de Zonas Francas que aprobaron la calidad de usuarios del sistema de Zonas Francas a las empresas York International Corp. S.A. y Mimo Uruguay S.A., y la resolución dictada por la misma autoridad (DNZF), que aprobó el contrato de usuario directo entre las firmas Zona Franca de Montevideo S.A. y Mimo S.A.. La parte afirma que el acto de aprobación de los contratos es ilegítimo porque se desvirtúan los términos de la autorización originariamente otorgada por el P.E., especialmente por quebrantar la ley 15.921, en cuanto a que se deben entregar parcelas con construcciones erigidas, lo que no sucede en el caso. Afirma que las contrataciones que a su entender resultan ilegítimas han perjudicado a Zona Franca Florida S.A., en la medida que desviaron en beneficio de Zona Franca de Montevideo S.A. potenciales usuarios que inicialmente venían negociando con ella.

El Tribunal desestimó la demanda por falta de legitimación en la causa al no haber probado que ella y no Zona Franca de Montevideo S.A. estaba habilitada para celebrar contratos de usuarios directos de predios sin construcciones. Se señala además que las resoluciones que autorizaron a las dos sociedades a explotar zonas francas privadas establecieron una situación de libre competencia, teniendo por ende la actora una mera expectativa en cuanto a que los terceros (York International Corp. S.A. y Mimo Uruguay S.A.) contrataran con ella. Y se concluye que si en definitiva los terceros nombrados contrataron con Zona Franca Montevideo S.A. y la administración aprobó tales contratos, la accionante es ajena a los mismos, a cuyo respecto son "*res inter alios acta*" según los principios generales, no sufriendo un perjuicio jurídico como consecuencia directa de los actos administrativos, careciendo en consecuencia de legitimación activa. (*Sentencia N° 1223, de 5 de noviembre de 1999*)

2. Jurisprudencia sobre el Objeto

En primer lugar, destacamos los casos 18 y 19, del Anuario de Derecho Administrativo, Tomo V, en los que se resuelve que los actos de asesoramiento no constituyen actos administrativos en el sentido previsto por el artículo 309 de la Constitución. (*Sentencias N° 788 de 7-X-1991 y 44 de 5-II-1992, página 133*)

En segundo lugar, nos resultó interesante el caso 20, del mismo Anuario. Allí se establece que cuando un órgano administrativo advierte que un reglamento contradice una ley, se impone que se abstenga de aplicarlo, siempre que no se trate de una reglamentación dictada por el jerarca del órgano que debe decidir. Y luego se dice que cuando exista un titular de un derecho subjetivo o de interés directo, personal y legítimo lesionado por un acto administrativo dictado en aplicación de un reglamento contrario a una regla de derecho y no impugnado, esa persona puede recurrir el acto derivado y deducir la correspondiente acción de nulidad. (*Sentencia N° 132 de 19-II-1991, página 133*)

En tercer lugar, elegimos el caso 81, del mismo Anuario. En el mismo se establece que la impugnación tardía, cuando el acto ha quedado firme, constituye un vicio de tal naturaleza que impide tener por cumplido el presupuesto de validez de la acción, el cual es el correcto agotamiento de la vía administrativa. (*Sentencias N° 197 de 24-VII-1991 y 209 de 29-VII-1991, páginas 149 a 150*)

Finalmente, mencionaremos el caso 59, del Tomo VIII del Anuario de Derecho Administrativo, que refiere a la impugnación de una resolución por la cual el Intendente Municipal de Canelones disponía el "*cúmplase*" a dos decretos de la Junta Departamental de Canelones, que aprobaban la Modificación Presupuestal para los ejercicios 1993 - 1994.

Por tratarse de un acto de promulgación y ser por ende parte integrante del proceso legislativo propio de los Gobiernos Departamentales se estimó que el acto fue dictado legítimamente, no cabiendo la eventual posibilidad de impugnarlo por tratarse de un acto de naturaleza legislativa. (*Sentencias 543, 544, 545, 566, 599 y 600 de 29-VII-1996, página 327*)

3. Jurisprudencia sobre los efectos de la sentencia definitiva

Sobre el punto haremos alusión a tres casos. El primero, es el 1096 del Anuario de Derecho Administrativo, Tomo V, donde se establece que si bien corresponde anular el acto, ello no importa admitir que el cargo corresponda asumirlo el accionante, pues si bien surge su mejor derecho frente al designado habrían otros funcionarios prioritariamente. Como se podrá apreciar, el caso se relaciona también con la situación jurídica que posea el impugnante, que no era de derecho subjetivo sino de interés legítimo.

El segundo caso, es el 12.256 de la Justicia Uruguaya, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno. En la misma se establece que la Administración se encuentra obligada a cumplir con el pronunciamiento del TCA, debiendo acatar los dos extremos contenidos en la sentencia: el negativo, dirigido a extinguir el acto procesado, y el positivo, orientado al sometimiento de las partes al fallo, en cuanto presupone rehuir el acto invalidado, respetando la carrera del funcionario destituido. El TCA no puede disponer la recomposición de la carrera administrativa porque ello exorbita sus poderes, pero la misma es una consecuencia obvia e ineludible de la anulación del acto y de la repristinación de la relación estatutaria. En consecuencia, no habiendo cumplido la Administración, corresponde la reparación por equivalente. (*Sentencia de Segunda Instancia, de 25 de marzo de 1992, redactada por Víctor Bermúdez, citando como doctrina para fundar sus considerandos a Real, Cassinelli y Sayagués Laso*)

El tercero de los casos que hemos seleccionado refiere a los efectos generales y absolutos de la Sentencia N° 996, de 23-12-96, también redactada por el Dr. Bermúdez. La acción se promueve contra un Decreto del Poder Ejecutivo, el N° 369/94 de 22-8-94, especialmente en su artículo 4°. Dicho acto reglamentaba la ley 16.497, que regula la actividad de los representantes de firmas extranjeras, disponiendo que los mismos deberían inscribirse en un registro que llevaría el Ministerio de Economía y Finanzas. El artículo impugnado, excepción hecha a determinados impugnantes. En consecuencia, en el Considerando V se resolvió, atento a la naturaleza de decreto reglamentario del acto y a su ámbito de aplicación y en interés de la regla de derecho y buena administración, conferirle al fallo efectos generales y absolutos. Cuando se habla de ámbito de aplicación, se hace referencia a los vicios invalidantes de dicho acto, que por invasión de esfera y materia privativas de la ley, exorbitan el alcance de la potestad reglamentaria y la naturaleza del acto. (*Ve. al respecto Lorenzo Sánchez Carnelli, "Contencioso Administrativo", "Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos", Editorial Nueva Jurídica, páginas 122 a 124*)

III. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN PATRIMONIAL

A) La Legitimación Activa

En este caso, dado que no existen particularidades especiales en torno a la legitimación secundaria, centraremos nuestro estudio en la legitimación principal. Para los terceros coadyuvantes se aplicarán las normas que regulan el proceso civil, remitiéndonos a los conceptos explicitados en oportunidad de analizar la acción de nulidad.

En función de la manera en la cual se encuentra regulada la legitimación activa en nuestro derecho, pensamos útil distinguir entre la acción de reparación por actos administrativos ilegítimos y las demás hipótesis en que procede la acción.

1. La legitimación activa en la Acción de Reparación por Actos Administrativos Ilegítimos

En este caso, las normas a tener en cuenta son fundamentalmente los artículos 310, 312 y 309.

El primero de los artículos nombrados trata sobre las potestades del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para anular o confirmar el acto. Es allí donde se establece que *"El Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada"*. El caso trata sobre lo que la mayoría de la doctrina entendió como una acción complementaria de la de nulidad. Al pronunciarse respecto a quiénes podrían entablar la acción de reparación en esta hipótesis, el Profesor Cassinelli establece que *"en el caso expresamente previsto, la acción de reparación se reserva a la parte demandante en la acción de nulidad"*, vale decir, que quien estará legitimado será el titular de un interés directo, personal y legítimo que haya entablado la acción de nulidad contra un acto administrativo definitivo ilegítimo, tal como surge del artículo 309, que regula la legitimación para promover la acción de nulidad. (*Ve. Horacio Cassinelli Muñoz, en "El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya", en "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX", "Homenaje a Sayagués Laso", Tomo III, página 303 y en "La Acción de Reparación Patrimonial en la Reforma Constitucional", "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996", página 121, donde explica el fundamento de lo que denomina acción de reparación accesoria, como complemento de la de nulidad*)

El segundo de los artículos dispone:

"La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieron legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.

"El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado.

"En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación."

Esta disposición ha establecido modificaciones a la denominada "prejudicialidad" de la acción anulatoria respecto de la de reparación y plantea determinados problemas interpretativos que habrán de ser tratados en el capítulo que destinaremos al objeto de esta acción.

En lo que aquí interesa, podemos ver claramente que tanto cuando se ejerza únicamente la acción de reparación como cuando la misma se ejerza como complemento de la acción de nulidad, la misma "sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieran legitimación para demandar la anulación del acto que se tratare"

La norma que regula la legitimación para demandar la nulidad de los actos administrativos es el artículo 309, que establece en su último párrafo que: "La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo"

En consecuencia, podemos decir que de la interpretación armónica de las disposiciones citadas surge que los sujetos legitimados para promover la acción de reparación serán quienes hallan sido lesionados por un acto administrativo ilegítimo en una situación jurídica de derecho subjetivo o de interés legítimo, personal y directo.

Como complemento de las disposiciones constitucionales, deberán tenerse presente además los artículos 38 y 49 de la Ley Orgánica del TCA. (Cf. Cristina Vázquez, "Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo", en "La Reforma Constitucional de 1997", F.C.U., página 174)

2. La Legitimación Activa en la Acción de Reparación en el resto de los Supuestos

Siguiendo la enumeración de supuestos realizada por el Profesor Juan Pablo Cajarville, podemos decir que la acción de reparación de los daños causados por la Administración también procede cuando los perjuicios son consecuencia de hechos, omisiones, actos no impugnables ante el TCA y de incumplimientos contractuales. (Cf. Juan Pablo Cajarville Petuffo, "Lo Contencioso de Reparación", Editorial Universidad y en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Tomo I, FCU, 1989 que reproduce el mismo trabajo, páginas 23 a 24, apartado IV)

El tema de la legitimación en la acción de reparación, se encuentra específicamente tratado por el Profesor Horacio Cassinelli Muñoz, en sus trabajos sobre "El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya" y "La Responsabilidad del Estado por Lesión de Interés Legítimo". (Ve. "El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya", en "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Sayagués Laso, páginas 302 a 304 y "La Responsabilidad del Estado por Lesión de Interés Legítimo", en "Cuarto Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", páginas 11 a 17)

Al abordar puntualmente el tema de la reparación del daño causado mediante lesión de interés legítimo, el autor aclara que "La conocida polémica desarrollada en Italia acerca de la resarcibilidad del daño causado mediante lesión de interés legítimo no tiene lugar en Derecho Uruguayo, porque el inciso final del artículo 310 de la Constitución viene a dirimirla en el sentido de la admisión expresa de la solución afirmativa" Y luego explica que el mencionado inciso prevé la reserva al demandante de la acción de reparación en hipótesis ajenas a la lesión de un derecho subjetivo. (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 1, página 302)

Y en su otro trabajo explica que "muchos autores en el extranjero han sostenido que sólo cabe la acción de reparación cuando hay lesión de derechos subjetivos", lo que en nuestro Derecho no tendría cabida. (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 2, página 36)

De esta manera, el autor estaría marcando las diferencias entre nuestro derecho y el italiano, en donde sería necesario - al menos en opinión de algunos autores- que el accionante fuera titular de un derecho subjetivo perfecto.

Ahora bien, como lo destaca el autor, el inciso final del artículo 310 recoge el principio general de la responsabilidad civil de la Administración, por el daño causado en la ejecución de los servicios confiados a su gestión

o dirección, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, para la lesión de interés legítimo provocada por un acto administrativo.

¿Qué ocurre en los otros supuestos? El autor estima que *"una vez removido el criterio teórico contrario a la resarcibilidad de esta especie de daños, la interpretación del artículo 24 no puede ser restrictiva. Por ende, ha de entenderse que en la República Oriental del Uruguay rige en toda su plenitud el principio de que hay acción de reparación del daño causado mediante la lesión de un interés legítimo, ora provenga ésta de un acto administrativo, ora derive de una omisión o demora o de cualquier otro hecho cualquiera"* (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 1, páginas 302 a 303)

Similares consideraciones encontramos en su otro trabajo, cuando expresa que *"estu conclusión que valdría para los casos en los cuales la lesión de interés legítimo proviene de un acto administrativo, puede considerarse que no es más que la aplicación de una regla general, y extenderse a los casos en que la insatisfacción de un interés legítimo no provenga de un acto administrativo sino de un hecho, de una omisión o de cualquier otro tipo de comportamiento jurídico o no jurídico, lesivo de un interés legítimo; también concluiríamos que tiene que entenderse procedente la responsabilidad del Estado por lesión de interés legítimo"* (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 2, página 16, apartado 7)

Una postura diferente parecería haber sostenido el Dr. Sayagués Laso cuando en el capítulo que dedica a los principios generales de la responsabilidad por acto o hecho administrativo expresa que *"Para que surja obligación de indemnizar es indispensable que el reclamante haya sido afectado en su derecho. El mero ataque a un interés no da base a la reparación patrimonial"*. No obstante, el autor propugna un criterio amplio para determinar si se ha lesionado el derecho del particular. (Ve. Sayagués Laso, op. cit., tomo I, página 619)

B) El Objeto de la Acción de Reparación

Siguiendo los lineamientos generales que señalamos en oportunidad de estudiar la acción de nulidad, recordamos, que el objeto de la acción, consiste en la pretensión. Si el objeto de la acción consiste en la pretensión, en este caso, el objeto de esta acción consistiría en la obtención de la reparación patrimonial por los hechos u actos lesivos imputables al Estado. En efecto, pensamos que en sentido amplio, la acción de reparación patrimonial abarcaría todos los supuestos de responsabilidad del Estado, rigiendo como principio básico en la materia el artículo 24 de la Constitución, sin dejar de tener en cuenta también los artículos 23, 25, 7, 8, 72 y 332 del mismo cuerpo normativo.

En el presente trabajo, limitaremos nuestro objeto de análisis básicamente a los perjuicios derivados de un acto administrativo ilegítimo, sin perjuicio de hacer una breve referencia a los supuestos de responsabilidad de la Administración ya enumerados al tratar la legitimación, y para terminar, realizaremos algunos comentarios sobre el alcance del contencioso administrativo de reparación, aludiendo básicamente a pronunciamientos jurisprudenciales.

Se podría decir que focalizaremos nuestra atención en un concepto de acción de reparación restringido fundamentalmente a la reparación patrimonial de los actos administrativos ilegítimos, siguiendo la terminología de objeto empleada por la Dra. Mariella Saettone, la cual lo define comparándolo con el propio de la acción de nulidad. Textualmente expresa que *"en la acción anulatoria, el objeto es la lesión jurídica misma, buscándose la eliminación de la eficacia jurídica del acto administrativo definitivo, en cambio la acción reparatoria refiere al perjuicio material, está dirigida a los efectos reflejos que ha provocado ese acto sobre el patrimonio del damnificado"* (Cf. Mariella Saettone, "La Acción Reparatoria y la Prejudicialidad (Art. 312 y D.T. y E.L)", "Reforma Constitucional 1997", "Serie Congresos y Conferencias N° 16", "Revista de Derecho Constitucional y Político", página 167)

De esta manera, dejaremos fuera el análisis de la responsabilidad por actos legislativos y jurisdiccionales y la naturaleza jurídica de la responsabilidad del Estado, temas que por su vastedad y complejidad, excederían el propósito de esta monografía. Simplemente bástenos con señalar que en el trabajo de la Dra. Cristina Vázquez se sintetizan los fundamentos de las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica objetiva o subjetiva de la responsabilidad del Estado. A su vez, el Dr. Brito ha elaborado un trabajo que sistematiza y comenta los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional. (Ve. Cristina Vázquez, en "Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo, introducidas en virtud de la Reforma de 1997, op. cit., páginas 165 a 173 y Mariano R. Brito, "Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrativo, Legislativa y Jurisdiccional", en obra en homenaje a Alberto Ramón Real, FCU, año 1996, páginas 129 a 143)

A continuación, veremos en forma sucinta y por su orden, los supuestos de responsabilidad de la Administración, la acción de reparación por los perjuicios derivados de un acto administrativo ilegítimo y el alcance del contencioso de reparación a nivel jurisprudencial.

1. Los supuestos en que procede la Acción de Reparación por daños causados por la Administración

Reiterando lo señalado por el Profesor Cajarville, recordamos que los supuestos en que procedería la acción de reparación por daños causados por la Administración serían los siguientes:

- 1) Por daños causados por hechos de la Administración.
- 2) Por daños causados por omisiones de la Administración.
- 3) Por daños causados por un incumplimiento contractual.
- 4) Por daños causados por actos no impugnables ante el TCA.
- 5) Por daños causados por actos administrativos impugnables mediante la acción de nulidad.

En lo que respecta a la primera hipótesis, nos encontramos en el terreno de los hechos, los que podrían ser voluntarios o involuntarios y estar vinculados o no a un acto administrativo previo o independiente de todo acto administrativo.

En la segunda hipótesis, la omisión podrá ser total, la que se configura cuando la Administración debía actuar y no actuó, o bien parcial, que consistiría en una actuación tardía.

En el tercer supuesto, deberá tenerse presente que si el incumplimiento se cristalizó en el dictado de un acto separable, éste podrá ser objeto de la acción de nulidad.

En el cuarto caso, podría tratarse tanto de actos que por su naturaleza no fueran administrativos, así como también, de actos legítimos, en la medida en que se verificaran los requisitos necesarios para que operara la responsabilidad en esos casos.

En el quinto supuesto, nos encontramos con los daños causados por actos administrativos impugnables mediante acción de nulidad, sea que hayan sido anulados jurisdiccionalmente o no. (Cf. Juan Pablo Cajarville, *op. cit.*, páginas 23 a 24, apartado 4)

A continuación veremos en mayor detalle este último supuesto.

2. La Acción de Reparación por los Perjuicios derivados de un Acto Administrativo Ilegítimo

En esta hipótesis, con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1997, la doctrina dominante entendía que la acción de reparación de los daños ocasionados por actos administrativos ilegítimos requería el previo agotamiento de la vía anulatoria.

Así por ejemplo, el Dr. Giorgi, después de desarrollar la posición opuesta, concluía que en virtud de lo dispuesto por los artículos 312 inciso 1° y 310 inciso 3° "la perjudicialidad de la acción anulatoria respecto a la reparatoria surge indiscutiblemente...". Luego explicaba que la regla de la perjudicialidad no regía para los casos de actos no viciados y concluía su desarrollo diciendo que el objeto de la acción en el supuesto previsto en el artículo 312 no se limitaba exclusivamente a la determinación del daño sino que previamente, perseguía la condena de la Administración.

Entre los sostenedores de esta postura estaban, entre otros, los profesores Sayagués, Real, Korzeniak, Prat. En la posición contraria, se ubicaban Méndez, Jiménez de Aréchaga, Deus, Martins, Durán, Esteva y Risso. (Ve. Muriella Suettone, *op. cit.*, páginas 174 a 175 donde reseña las fuentes bibliográficas para consultar las fundamentaciones de cada autor)

El argumento central de la perjudicialidad radicaba en una interpretación a contrario sensu de la norma prevista en el artículo 312, que al interpretarla conjuntamente con lo dispuesto por el artículo 29 de la ley orgánica del TCA conducía inexorablemente a esa solución. (Ve. Juan Pablo Cajarville, *op. cit.*, páginas 24 a 28, en donde el autor llega a esa conclusión luego de analizar lo dispuesto por ambas normas)

El argumento fundamental de la otra posición se centraba en los distintos objetos perseguidos en una y otra jurisdicción, aduciéndose que la Jurisdicción por Lesión de Derechos no había sido afectada en ningún sentido por la Jurisdicción Anulatoria. (Cf. Héctor Giorgi, explicitando la opinión de Méndez, *op. cit.*, páginas 83 a 84)

Como consecuencia de las dificultades interpretativas que se suscitaban, se estimó oportuno reformar lo establecido por el artículo 312, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

"La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercerse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.

El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado.

En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación"

La disposición plantea básicamente dos problemas interpretativos. El primero, que consiste en determinar si es necesario agotar la vía recursiva para poder entablar la acción reparatoria. El segundo, que se circunscribe a determinar la jurisdicción competente en la materia.

Sobre el primer punto, la dificultad interpretativa se presenta por la referencia que hace el inciso 1° del artículo 312 a los actos a que refiere el artículo 309, que son los actos administrativos definitivos, esto es, aquel a cuyo respecto se agotó debidamente la vía administrativa.

De una primer lectura, parecería pues, que la disposición constitucional estaría exigiendo a quien se viera lesionado por un acto administrativo debería previamente acudir a la vía administrativa para luego poder entablar la acción reparatoria. (Cf. Mariella Saettone, *op. cit.*, página 169)

Sin embargo, no sería ese el sentido que surgiría de una interpretación de los textos en aplicación del método lógico sistemático teleológico. En efecto, después de ensayar varias argumentaciones posibles, la Dra. Saettone establece que podría sostenerse que al estar el artículo 312 partiendo del supuesto del acto administrativo definitivo los otros supuestos se regirían por el principio general. Y continúa su desarrollo diciendo que el fundamento que alegaría el accionante sería el principio general de la responsabilidad del Estado establecido en el artículo 24 de la Constitución. (Cf. Mariella Saettone, *op. cit.*, página 171)

En similar sentido, se pronunció la Dra. Cristina Vázquez, quien al plantearse la duda de si para iniciar la acción reparatoria era necesario haber agotado previamente la vía administrativa, respondía que no era ese el sentido que procedía dar a la norma.

Concretamente, explica que en el supuesto previsto por el artículo 312, el sujeto colocado en dicha situación tendrá la opción de plantear la acción de nulidad o la reparatoria. Al conferir la opción, se habría puesto fin a la prejudicialidad de la acción anulatoria respecto de la reparatoria, operando la derogación superveniente de dicha solución en cuanto resultara del artículo 29 de la ley orgánica del TCA, como entendiera Cajarville.

Fuera de la hipótesis particular contemplada en la disposición, regiría el principio general del artículo 24 de la Carta, en virtud del cual podría accionarse contra el Estado para hacer efectiva su responsabilidad, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa. (Cf. Cristina Vázquez, *op. cit.*, página 174 a 175)

Esta posición sería la sustentada además por los Drs. Horacio Cassinelli Muñoz y Daniel Hugo Martins, en las "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996", realizada los días 2 y 3 de abril de 1997 en el Salón Azul de la Intendencia Municipal de Montevideo. (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, "La Acción de Reparación Patrimonial en la Reforma Constitucional", *op. cit.*, página 124" y Daniel Hugo Martins, "Algunos aspectos del Reparatario Patrimonial", *op. cit.*, páginas 127 y siguientes)

En una posición diferente, el Dr. Carlos Labaure Aliseris ha sostenido que aún se mantendría el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, en base a dos argumentos.

El primero, se basaría en el texto del artículo 312, que al remitirse a los "actos administrativos definitivos" (actos a que refiere el artículo 309) estaría estableciendo claramente que para que la opción prevista se pudiera ejercer, el reclamante debería previamente agotar la vía administrativa. En efecto, el concepto de acto administrativo definitivo mayoritariamente aceptado los define como aquellos respecto a los cuales se ha agotado la vía administrativa mediante los recursos pertinentes.

El segundo argumento, surgiría de la coincidencia entre la interpretación propuesta y lo que surge de la exposición de motivos del Proyecto de Reforma Constitucional de 1993; en el que se expresa que "No eliminamos totalmente el agotamiento previo de la vía administrativa como requisito para pedir luego la anulación del acto lesivo o la reparación de los perjuicios..." (Cf. Carlos Labaure Aliseris, "Contencioso Anulatorio y de Reparación Patrimonial", *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo VI, páginas 39 a 40)

Sobre el tema de la determinación de la jurisdicción competente, el Dr. Martins plantea el problema de la aplicación al caso de la ley 15.881. Explica que se plantearían ciertos problemas interpretativos para que pudieran intervenir en estos asuntos los Jueces Letrados de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, transcribe lo dispuesto por la ley, la que establece que "Los Juzgados Letrados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo entenderán en primera instancia en toda la materia contenciosa administrativa de reparación patrimonial en que sea parte demandada una persona pública estatal". Y luego dice que "Esta materia comprenderá el contencioso de reparación por actos administrativos anulados por el Tribunal, Actos administrativos respecto de los cuales no proceda la acción anulatoria, hechos de la administración, actos administrativos revocados en vía administrativa por razones de ilegalidad, actos legislativos y jurisdiccionales"

Y acto seguido, pone de manifiesto que en el texto de la ley no está atribuida expresamente la competencia en el caso de que se opte por la acción de reparación cuando hay un acto administrativo ilegal susceptible de acción de nulidad ante el TCA. El acápite de la ley habla de "toda materia contencioso administrativa de reparación patrimonial", pero luego tenemos el artículo 2º, que dice que en todos los demás asuntos en que sea parte demandada una persona pública estatal, regirán las disposiciones de la ley 15.750.

De esta manera, se pregunta si hay contradicciones entre el artículo 2º y el 1º y responde que no. Debe entenderse que cuando el artículo 2º habla de todos los demás asuntos se está refiriendo a los que no sean reparatorio patrimonial, como podría ser una rescisión de contrato, concluyendo que esos casos irán a los Juzgados Letrados de lo Civil, los cuales tienen competencia residual. (Cf. Daniel Hugo Martins, *op. cit.*, páginas 130 a 131)

3. El alcance del Contencioso de Reparación a nivel Jurisprudencial

En el plano jurisprudencial, hemos podido percibir que se han dado dos corrientes interpretativas en cuanto al alcance más amplio o más restringido de la competencia de los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo, que consiste en la materia contenciosa de reparación patrimonial.

Por un lado, hemos encontrado una postura que interpreta restrictivamente la competencia de dichos juzgados, basándose en el principio de la competencia residual de los juzgados con competencia civil y en que las reclamaciones basadas en incumplimientos obligacionales no constituyen materia del contencioso de reparación.

En esta tendencia jurisprudencial se ubica por ejemplo la Sentencia N° 229/91 del Tribunal de Apelaciones Civil de 8º Turno, en la que se sostiene que frente a un incumplimiento contractual es competente el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Interior y no el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, "por cuanto no se trata de responsabilidad aquiliana, sino de responsabilidad contractual de la Administración" (Cf. "El Observador Económico", Sección Política/7, del viernes 24 de abril de 1992)

Otro caso que se orienta en esta línea de razonamiento se puede encontrar en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 4/985, caso n° 148, en la cual el TCA entiende que ontológicamente hay que distinguir entre actos administrativos "antijurídicos" de los generados a título de incumplimientos "obligacionales" latos, citando a Gamarra, en "Estudios sobre Obligaciones", página 17 y ss., los que escaparían a ese fuero. (Sentencias 116/84 y 95/84)

También se puede citar como jurisprudencia seguidora de esta corriente al caso 12.038 de "La Justicia Uruguaya", del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, por la cual se entiende que el Contencioso Administrativo de Reparación no comprende el cobro de sueldos y de subsidio legal. Ello sería competencia de la Justicia Civil y no de la Letrada de lo Contencioso Administrativo.

La Sentencia redactada por el Dr. Bermúdez establece respecto del subsidio que la fuente de la reclamación no deriva de ningún acto administrativo ilícito sino que se hallaría en la ley que lo establece, debiendo equipararse la prestación a las de pago de haberes salariales. Y cita también al trabajo de Gamarra, distinguiendo entre los daños y perjuicios causados por actos administrativos "antijurídicos" de los generados a título de incumplimientos obligacionales "latos".

A esto agrega el argumento de la competencia residual civil y lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 15881., concluyendo que no puede calificarse como reparatoria una decisión que compete a la Justicia Civil, según el citado artículo.

Por otro lado, hemos encontrado otra postura que interpreta que no resulta admisible distinguir si se reclama la reparación de daños y perjuicios o haberes impagos, para determinar si un asunto compete a los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo o a los Juzgado Civiles, quedando comprendidos tanto un caso como el otro dentro de la materia de reparación patrimonial, competencia propia de los primeros.

En tal sentido, encontramos la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, publicada con el número de caso 10922 de "La Justicia Uruguaya". Para el Tribunal "no resulta admisible distinguir si se reclama la reparación de daños y perjuicios o haberes impagos, porque el artículo 312 de la Constitución y el artículo 29 del decreto ley 15.532 hacen referencia al contencioso de reparación de los daños causados y entre ellos puede estar comprendida la no percepción de sueldos".

En síntesis, concluye que el pago de haberes es competencia de la Justicia Letrada de lo Contencioso Administrativo, confirmando la resolución dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12º Turno.

C) Los Efectos de la Sentencia Definitiva

1. Efectos de la Sentencia en el Espacio

Siguiendo con la terminología de Giorgi, con respecto a los efectos de la sentencia definitiva en el espacio, resulta aplicable el principio del proceso civil "*res iudicata ius inter partes*", circunscribiéndose los mismos a las partes en el proceso. Dicho con otras palabras, se aplica el "*principio de relatividad*" y los efectos se limitan al caso litigioso y a los sujetos intervinientes en el proceso.

Rige pues el principio consagrado por el artículo 219 del C.G.P. que establece que "*la cosa juzgada, obtenida en proceso contencioso, tendrá efecto en todo proceso entre las mismas partes siempre que versare sobre el mismo objeto y se fundare en el misma causa*"

Como dice Tarigo, la norma recoge los postulados de la doctrina clásica, que sostenía que la cosa juzgada formada en el proceso reconocía un doble límite en su extensión: un límite objetivo y un límite subjetivo. El límite objetivo está constituido por el objeto o cosa reclamada y por la causa o título jurídico en cuya virtud se reclama, esto es "*la causa petendi*". El límite subjetivo, está configurado por las partes en el proceso. (Cf. Enrique E. Tarigo, "*Lecciones de Derecho Procesal Civil*", Tomo II, FCU, página 295)

Lo expuesto es aplicable tanto a la sentencia que acoge la demanda como a la que la rechaza.

2. Efectos de la Sentencia en el Tiempo

Como se habrá podido apreciar en oportunidad de estudiar la acción de nulidad, el tema de los efectos de las sentencias en el tiempo se relaciona íntimamente con la naturaleza jurídica de las mismas. Por ello, partiendo de su naturaleza jurídica estableceremos sus efectos.

a) Efectos de la Sentencia que Rechaza la Demanda

La sentencia que rechaza la demanda será de naturaleza mere declarativa, pues no producirá efectos constitutivos ni de condena. Como se recordará, las sentencias declarativas son aquellas que "*tienen por objeto la pura declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, dando solución a un estado de incertidumbre jurídica.*" (Cf. Cristina Vázquez, *op. cit.*, páginas 51 a 52, siguiendo las definiciones de Eduardo Couture)

En este caso, pensamos que el fallo tendrá por objeto la pura declaración de la inexistencia del derecho del reclamante a ser resarcido, en virtud de no haberse configurado la responsabilidad estatal.

Recuérdese además, que las sentencias declarativas tendrán una retroactividad absoluta al dar solución al estado de incertidumbre jurídica. (Cf. Enrique E. Tarigo, "*Lecciones de Derecho Procesal Civil*", Tomo I, página 214)

b) Efectos de la Sentencia que Acoge la Demanda

La sentencia que acoge la demanda será de naturaleza condenatoria. En efecto, las sentencias de condena han sido definidas por Tarigo como "*aquellas que ponen fin a un proceso en que se formuló una pretensión de condena, acogiendo tal pretensión e imponiendo al demandado, por consiguiente, una prestación determinada de dar, hacer o no hacer.*"

Luego el autor pone como ejemplos de estas sentencias las que le imponen al demandado el pago de una cantidad adeudada o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por un ilícito civil. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, Tomo I, páginas 180 a 181)

Las sentencias de condena retrotraen sus efectos al día de la demanda. El fundamento radica en que la necesidad de servirse del proceso no se vuelva en contra de quien tiene razón por el tiempo que requiera la actividad judicial destinada a la actuación de la ley. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, Tomo I, páginas 214 a 215)

Por tratarse de una sentencia dictada contra el Estado regirá lo dispuesto por el artículo 400 del CGP para la ejecución de sentencias contra el mismo. En dicha norma se establece que "*Ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda. Si la sentencia condenare al pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, se hará saber al Banco de la República Oriental del Uruguay que debe poner a la orden del órgano jurisdiccional interviniente, debitando de la cuenta del Estado, una suma equivalente al monto de la ejecución, a lo que debe proveerse dentro del plazo máximo de diez días. Confirmada por el Banco la disponibilidad de la suma, se librará orden de pago a favor del acreedor. El Poder Ejecutivo tomará, en la preparación de cada Presupuesto General de Gastos, las providencias necesarias para cancelar los débitos del ejercicio anterior u que se refiere este artículo*"

Como explica Tarigo, se trata de una vía sustitutiva de la de apremio, como contrapartida de la inembargabilidad de los bienes del Estado. Esta norma, había sido derogada en el año 1990 por el artículo 685 de la ley 16.170, que le había quitado automaticidad al sistema de cumplimiento de las sentencias por parte del Estado, el cual ha recobrado vigencia por imperio de lo preceptuado por la ley 16991, que reimplanta la vigencia del artículo 400 del CGP. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op.cit.*, Tomo III, páginas 99 a 101)

D) La Jurisprudencia

Buena parte de la jurisprudencia relevante que encontramos ya fue tratada en oportunidad de analizar el alcance del contencioso reparatorio.

Por otra parte, varios de los pronunciamientos más trascendentes se han centrado en la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad estatal o en perjuicios derivados de actos jurisdiccionales o legislativos, cuestiones que hemos dejamos fuera de nuestro análisis. En ese sentido, resultan recomendables los trabajos del Dr. Mariano Brito y de la Dra. Alicia Castro. (Ve. Mariano R. Brito, "Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrativa. Legislativa y Jurisdiccional", *op. cit.*, páginas 129 a 143 y Alicia Castro, en

"Algunos Comentarios sobre la Jurisprudencia Contencioso Administrativa de Reparación Patrimonial", en "Cuarto Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", páginas 81 a 92)

Asimismo, encontramos pronunciamientos jurisprudenciales referentes a la responsabilidad por hechos u omisiones de la Administración. Como éstos supuestos fueron sucintamente mencionados en la presente monografía, haremos algunos breves comentarios referentes a los mismos.

1. Jurisprudencia sobre la Legitimación Activa

En el material que pudimos obtener no encontramos jurisprudencia que concretamente refiriera a la cuestión.

2. Jurisprudencia sobre el Objeto

a) Responsabilidad por Actos de la Administración

Aquí se plantea el problema de la necesidad o no de distinguir entre los daños y perjuicios causados por "actos antijurídicos" y los generados a título de incumplimientos obligacionales "lentos", de determinar si los últimos quedan comprendidos dentro de la materia reparatoria patrimonial y son competencia de los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo o no. Se genera la dificultad de determinar si la no percepción de sueldos ingresa dentro del concepto constitucional y legal de "contencioso de reparación" o si por el contrario, no constituye una reclamación por daños y perjuicios sino por cobro de dinero.

Por la trascendencia del asunto, estimamos conveniente tratarlo en un apartado propio, dentro del objeto, por lo cual nos remitimos a lo ya expuesto en dicha oportunidad.

Simplemente, vamos a agregar, siguiendo los comentarios de la Dra. Alicia Castro y en lo que guarda relación con los temas tratados en nuestro trabajo, que se mantiene el criterio de la reparación integral, entendiéndose que supone "reparar" la situación. Así aparecen tribunales en los que se verifica una mayor recepción de la "pérdida de chance" como daño reparable, que sustituye en algunos casos, el lucro cesante alegado por el accionante y en otros, el daño eventual alegado por la defensa. (Cf. Alicia Castro, *op. cit.*, página 88)

En esta tendencia jurisprudencial señalada por la Dra. Castro, destacamos el caso 12256, publicado en "La Justicia Uruguaya". Allí se transcribe el fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, redactado por el Dr. Víctor Bermúdez, en el cual se analiza la cuestión de los efectos lesivos provocados por un acto administrativo ilegítimo de destitución que luego del pronunciamiento anulatorio dispuesto por el TCA, no acató el efecto positivo del fallo, recomponiendo la carrera del funcionario.

Al no haber obrado UTE en la forma correspondiente, se establece como equivalente económico de la pérdida de un derecho el 25% de la cifra total a que resulte en definitiva condenada la Administración, conforme al porcentual fijado por el TCA. Ello se ajustaría al principio de reparación integral del perjuicio y, en cierta forma, operaría como una suerte de "ejecución por equivalente" (condena al pago de una suma de dinero), en sustitución de la "ejecución directa específica" o "in natura" (efectiva recomposición de la carrera administrativa). (Véase el caso citado en las páginas 282 a 284 de LJU)

Lamentablemente no hemos podido encontrar jurisprudencia en relación a si es necesario agotar previamente la vía administrativa para ejercer la opción prevista por el artículo 312 de la Constitución, conforme a su actual redacción.

b) Responsabilidad por Hechos de la Administración

En la Responsabilidad por Hechos, el problema básico lo constituye la determinación de la reglas aplicables. En tal sentido la SCJ estima que existe un régimen autónomo de Derecho Público, aunque ello no implica que los regímenes constituyan ámbitos aislados e incommunicados. (S.73/92,899/94 Y 727/95)(Cf. Alicia Castro, *op. cit.*, páginas 86 a 87)

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, destacamos como interesante el caso a que refiera la Sentencia N° 75, de 6 de octubre de 1995, del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 1° Turno, en el cual falló el Magistrado Pedro Keuroglan, el cual fue publicado en el Tomo VI del Anuario de Derecho Administrativo. (Ve. ADDA., Tomo VI, páginas 137 y ss.)

Como lo resume el Dr. Fernando González Márquez, el caso trataba de tres menores adolescentes, dos varones y una mujer, que penetraron a un predio militar (Polígono de Tiro), con cerco perimetral en mal estado y en algunos lugares inexistentes, que no contaba con carteles de prohibición de ingreso. Un soldado que cumplía funciones en un predio vecino dejó su lugar de guardia y al percatarse de la presencia de los jóvenes, se les apersonó. En la oportunidad, obligó a los dos varones a mantenerse inmovilizados boca abajo y retirándose unos metros del lugar con la joven, la sometió a actos aberrantes, permaneciendo en todo momento con su fusil de reglamento.

El magistrado entendió que respondía el Estado, Ministerio de Defensa Nacional, descartando que hubiera un "acto personalísimo del funcionario", acogiendo un concepto amplio de "servicio público". Siguiendo a Deus, afirmó que se trata de proteger con la mayor eficacia posible los derechos de los particulares frente a la actividad del Estado en sus distintas formas.

Corresponde señalar además, que en la especie se dieron las condiciones requeridas por el artículo 25 de la Constitución para que el Estado pudiera accionar contra el funcionario para resarcirse de lo pagado a la víctima, pues el mismo actuó con dolo. (Cf. Fernando González Márquez, "Responsabilidad del Estado", "Anuario de Derecho Administrativo", Tomo VI, páginas 143 y siguientes)

c) Responsabilidad por Omisión de la Administración

Con respecto a la responsabilidad por omisión de la Administración, destacamos la sentencia 349/95, en la que se distingue entre deber público y obligación. La atribución de cometidos al Estado, implicaría una situación de deber, en función de intereses generales y no meramente individuales.

La Dra. Alicia Castro, al comentar el fallo manifiesta que no se advierte el motivo por el cual no se admitiría exigirle al Estado el cumplimiento de un cometido, señalando que frente a la inacción debe haber un plazo razonable. (Cf. Alicia Castro, *op. cit.*, página 91)

3. Jurisprudencia sobre los Efectos de la Sentencia Definitiva

Tampoco aquí hemos encontrado jurisprudencia que tratara la cuestión, quizás porque los efectos de estas sentencias no plantearían mayores dificultades, siguiéndose los principios generales en la materia.

IV. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A) La Legitimación Activa

De la misma manera que lo hicéramos al tratar la acción de reparación patrimonial, nos limitaremos a considerar la legitimación principal, en virtud de que la secundaria no ofrece mayores dificultades y ha sido pacíficamente admitida en el procedimiento de declaratoria de inconstitucionalidad tanto por la doctrina como por la Suprema Corte de Justicia. (Nótese además, que el artículo 511.1 del CGP es explícito al mencionar al *tercerista como legitimado en la vía de excepción o defensa*)

La norma reguladora de la cuestión es el artículo 258 de la Constitución, que al regular las vías idóneas para promover la declaración de inconstitucionalidad, expresa que la misma podrá solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo"

Al comentar la norma, el Profesor Cassinelli destaca el matiz diferencial que se da en el artículo 309, al regular la legitimación para el caso de la acción de nulidad, en donde se establece que "sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo"

En el primer caso, la fórmula constitucional estaría imponiendo la adopción de un criterio que se atuviera al contenido de la solicitud, sin perjuicio de revisarse la calificación jurídica que el solicitante hubiera hecho de los hechos que invocara. De esta manera, para el prestigioso profesor quedaría excluida la actividad probatoria de los elementos constitutivos del caso concreto al que debería referirse el fallo y, por ende, limitado el objeto de la prueba, a los hechos determinantes de la inconstitucionalidad alegada.

A vía de ejemplo, si el solicitante afirmara, por ejemplo, que es dueño de un inmueble en Montevideo, y que, por tanto, la elevación inconstitucional del impuesto inmobiliario lesiona su interés directo, personal y legítimo, la Suprema Corte de Justicia debería dar por supuesto que el solicitante fuera el dueño del inmueble que invocara, y limitar su análisis, en cuanto a la legitimación del solicitante, a la apreciación de si la elevación inconstitucional del impuesto referido configuraría o no, en tal supuesto, una lesión de interés directo, personal y legítimo del dueño. La verdad o falsedad de los hechos configurativos de la lesión invocada, debería ser juzgada por el Juez o Tribunal que tuviera que sentenciar en el caso concreto. Si el solicitante falseara o errara los hechos constitutivos del caso concreto, el fallo referiría a otro caso concreto, por defectuosa redacción de la solicitud.

En el caso de la acción de nulidad, el TCA goza de plena cognición de los elementos constitutivos de la pretendida lesión y por ende, de la verdad de los hechos invocados. (Cf. Horacio Cassinelli, en *"El Interés como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya"*, *"Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX"*, *"Homenaje a Sayagués Laso"*, páginas 292 a 293)

Desde ya adelantamos que esta opinión no parece haber sido seguida por la Suprema Corte de Justicia, órgano que suele exigir a quien invoque la legitimación en la causa que acredite la titularidad en la que funda su acción. Al respecto, resultará ilustrativa la sentencia n° 801/95, publicada en *"La Justicia Uruguaya"*, en el caso número 13.043, del Tomo CXIII, que habremos de comentar en el apartado destinado a la jurisprudencia.

Pero además habría otra diferencia que este profesor ha resaltado en otro de sus trabajos, que consiste en la falta de mención al derecho subjetivo, omisión que no puede pasar inadvertida. ¿Cómo es posible que la Constitución haya previsto la defensa contra la ley en el caso de lesión de un interés calificado y no lo haya hecho para el caso de lesión de un derecho subjetivo perfecto, donde la tutela debería ser mucho mayor?

Cassinelli lo interpretó en el sentido que cuando una ley lesiona un derecho subjetivo perfecto no debería procesarse conforme al procedimiento previsto para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y que los derechos cercenados podrían ejercerse a pesar de dicha norma legal. La solución de principio sería que el Juez resolviera las contradicciones existentes en el ordenamiento jurídico para resolver el caso planteado, sea en base al principio de jerarquía, sea en base al criterio de temporalidad.

La mencionada solución sólo cedería en mérito a la solución constitucional expresa, como sería el caso de los artículos 256 y siguientes de la Constitución, que implican que las contradicciones entre una ley y una Constitución bajo la cual la misma se promulgó deban ser resueltas únicamente por la SCJ. (Cf. Cassinelli Muñoz, *"Inexistencia, nulidad o inconstitucionalidad de los actos legislativos"*, en *"R.D.J.A."*, Tomo 72, páginas 50 y ss., resumido por el Dr. Martín Riso Ferrand, en *"Derecho Constitucional"*, Tomo I, Editorial Ingranusi LTDA., páginas 162 a 166)

Al referirse a lo manifestado por Cassinelli, el Dr. Riso discrepa con dicha solución, entendiendo que la excepción al principio general aludido no se encuentra en el artículo 258, que refiere a una cuestión procesal (legitimación activa y vías idóneas para la declaración), sino en los artículos 256 y 257. La primera de las normas prevé sin limitación alguna que las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales y la segunda atribuye a la SCJ la competencia exclusiva y originaria en la materia. Dicha excepción comprendería toda norma legal inconstitucional, sea que lesionara un interés legítimo o un derecho subjetivo. La falta de referencia en el artículo 258 a la lesión de derecho subjetivo no sería otra cosa que una laguna, la que debería ser integrada conforme a los principios constitucionales y a las normas análogas. En este caso, la norma sería la que establezca la tutela del interés legítimo. (Cf. Martín Riso Ferrand, *op. cit.*, página 166)

Otro tema que ha suscitado divergencias de opiniones ha sido la cuestión referida a la posibilidad del Poder Ejecutivo de accionar por Inconstitucionalidad.

Por la negativa se han pronunciado, entre otros, Moretti, Aguirre Ramírez, Elizalde y Cagnoni.

Por la afirmativa, se inclinaron, entre otros, Jiménez de Aréchaga, Vescovi, Arias, Berro Oribe, Cassinelli Muñoz, etc. (Cf. Martín Riso Ferrand, *op. cit.*, página 167, donde cita las fuentes bibliográficas en las cuales se ubican los trabajos de cada uno de los autores nombrados)

Entre los defensores de la posición favorable a la legitimación activa del Poder Ejecutivo, Jiménez de Aréchaga decía *"que puede promover la cuestión de inconstitucionalidad todo litigante a cualquier título..."*, agregando que el Poder Ejecutivo se encontraba legitimado a tales efectos en nuestro derecho, porque *"si bien el Ejecutivo es co-legislador, no puede oponerse eficazmente a que se termine el proceso de formación de una ley mediante un veto absoluto, desde que, en todo caso, sus observaciones podrán ser superadas por la Asamblea"*

General por mayoría especial" (Cf. Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Tomo III, página 225, citado por Risso Ferrand, op. cit., página 168)

Entre los sostenedores de la posición adversa, destacamos lo manifestado por el Profesor Cagnoni al concluir su trabajo, afirmando que "la amplitud de la fórmula del art. 258, que no puede ser desconocida ni lo es, no es el único argumento como lo es para quienes sostienen la legitimación del Poder Ejecutivo en la declaración de inconstitucionalidad, sino que, como toda norma constitucional, debe ser insertada en el contexto: la gestión del interés general o público no es exclusiva de un órgano ni puede ejercerse rompiendo el equilibrio inconstitucional de los poderes del gobierno, debiendo ejercerse de acuerdo a las atribuciones, en los momentos y por los medios fijados en la Carta que, precisamente, se asienta en el referido equilibrio.

Cuando el Poder Ejecutivo ha ejercido sus atribuciones, en el momento oportuno y por los medios idóneos-Sección VII de la Constitución-promulgando expresamente una ley, carece de legitimación para promover la declaración de inconstitucionalidad que impidiendo la aplicación pudo pretender (y probablemente, obtener) por la vía directa y expresa que la Carta le atribuye.

Al aceptar el proyecto de ley sancionado y promulgarlo, conjuntando su voluntad al deseo del Poder Legislativo, si ha cambiado de voluntad deberá recorrer nuevo camino proponiendo la derogación" (Cf. José Anibal Cagnoni, "El proceso de Inconstitucionalidad y el Poder Ejecutivo", en "Revista de Derecho Público" N° 2, página 177)

Cabe destacar también que la Suprema Corte de Justicia se ha manifestado favorablemente sobre la cuestión, como se verá en el capítulo de jurisprudencia, al comentar la sentencia publicada en el caso 11812 de LJU.

Para terminar, cabría preguntarse si la SCJ podría demandar la declaratoria de inconstitucionalidad. Pensamos que en la medida en que demostrara que tiene legitimación activa podría hacerlo.

B) El Objeto de la Acción de Inconstitucionalidad

Al respecto señala Vescovi que el objeto de la acción de nulidad es la inconstitucionalidad de las leyes o decretos departamentales. (Cf. Enrique Vescovi, "El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley", en "Curso de Derecho Procesal, Tomo V, Volumen II, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales, Universidad de la República, F.C.U., página 322)

Siendo contestes con nuestra definición conforme a la cual el objeto de la acción lo constituye la pretensión, podríamos decir que el objeto de esta acción consiste en la pretensión de declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción (artículos 256 y ss. y 260)

Cabe determinar entonces cuáles son los actos jurídicos que pueden ser declarados inconstitucionales por la SCJ, tarea a la cual habremos de abocarnos en el siguiente apartado.

1. Actos comprendidos en el Objeto

Conforme a la opinión de Cassinelli Muñoz, compartida entre otros por Risso Ferrand y Esteva Galiccio, la Constitución estaría utilizando la expresión ley en su sentido formal. Esto significa que a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, serán leyes:

- a) aquellos actos jurídicos expedidos por el Poder Legislativo a través del procedimiento ordinario para su sanción. (artículos 133 y siguientes de la Constitución)
- b) aquellos actos sancionados por el procedimiento previsto para la sanción de leyes de Presupuesto o las que pueden adjuntarse a la Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal (artículos 214 y siguientes)
- c) aquellos actos sancionados por el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 168 (procedimiento de declaratoria de urgente consideración) (Cf. Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 157 a 158 y Eduardo Esteva Galiccio, "Declaración de Inconstitucionalidad de Actos Legislativos", en "El Poder y su Control", op. cit., página 99 a 100)

Ahora bien, siguiendo a Esteva, corresponde que formulemos algunas interrogantes.

- a) ¿Al efecto previsto por el artículo 256 de la Constitución, el acto jurídico debe ser una ley tanto en sentido formal como sustancial?

No cabe duda que no basta únicamente con el criterio material o sustancial, quedando fuera por ende, los reglamentos y los actos regla que formalmente no sean legislativos. Pero ¿es posible que el acto en cuestión sea legislativo únicamente en sentido formal? El Dr. Esteva se pronuncia afirmativamente, aunque advirtiendo que dichas leyes suscitarían otro clase de inconvenientes.

- b) ¿Las leyes interpretativas de la Constitución son actos jurídicos que puedan ser declarados inconstitucionales?

La respuesta parecería indiscutiblemente afirmativa, en virtud del texto y contexto de la Carta. (artículos 256 y 85, ordinal 20)

c) ¿Están sujetos a este contralor de constitucionalidad de los actos legislativos los tratados?

La respuesta a esta interrogante encuentra opiniones encontradas. Por un lado están los que siguiendo a Jiménez de Aréchaga entienden que el tratado tiene fuerza de ley en el derecho interno. Así por ejemplo opina el Dr. Esteva.

Pero por el otro lado, esta la posición conforme a la cual los tratados internacionales tendrían fuerza superior a la ley. Así por ejemplo piensa el Dr. Aguirre Ramírez, quien desarrolla la fundamentación de su postura en su libro *"Tratado de Derecho Legislativo"*

d) ¿Qué ocurre con los decretos leyes expedidos por los Gobiernos de Facto?

A partir del momento en que se produce su convalidación, validación, aprobación, ratificación o confirmación, son actos jurídicos con forma de ley ordinaria.

e) ¿Qué sucede con las llamadas "leyes constitucionales"? (procedimiento previsto en el literal D del artículo 331 de la Constitución)

Tanto el Dr. Risso como el Dr. Esteva comparten la opinión de Cassinelli, conforme a la cual las "leyes constitucionales" serían una etapa de un procedimiento de reforma constitucional, quedando así fuera el objeto del procedimiento de declaración de inconstitucionalidad.

f) ¿Que acontece con los Actos Institucionales?

Al igual que con los decretos leyes expedidos por los Gobiernos de Facto, los que fueron ratificados son "leyes" a los efectos previstos por el artículo 256 de la Constitución

Por su parte, el artículo 260 dispone que "los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán ser también declarados inconstitucionales"

Esta categoría de acto refiere a los "actos legislativos de la Junta Departamental en sentido formal, es decir, los actos de la Junta Departamental promulgados por... (el Intendente Municipal..., que ocupan el grado normativo supremo dentro del orden departamental ("que tienen fuerza de ley en su jurisdicción"), como dice el artículo 260" (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, en "La apelación para ante la Asamblea General...", op. cit. página 127, citado por el Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., página 104)

Respecto de esta clase de actos jurídicos podrían plantearse similares interrogantes a las planteadas anteriormente, respecto a si un decreto de un Gobierno Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción debe serlo tanto en sentido orgánico formal como material y acerca de los decretos municipales de facto.

En punto a lo primero, la solución técnica sería la misma que se dio para las leyes.

En cuanto a lo segundo, y limitándose al período de 1973 a 1985, el Dr. Esteva señala que dichos decretos legislativos municipales no fueron no podrían ser constitucionalmente ratificados por ley. Tampoco cada Gobierno Departamental expidió un decreto con fuerza de ley que realizara la validez general. Frente a ello y de compartirse la tesis tradicional del Dr. Cassinelli conforme a la cual se exige la validación por los órganos competentes una vez finalizado el gobierno de facto, nos encontraríamos ante un decreto legislativo departamental que fue sancionado en forma irregular y por consiguiente habría una clara inconstitucionalidad formal.

De todas maneras, habría que examinar si a partir del 15 de febrero de 1985 no existió una ratificación indirecta realizada por otro decreto con fuerza de ley en su jurisdicción del respectivo Gobierno Departamental. (Cf. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 99 a 105)

Habiéndose determinado los actos en el objeto del procedimiento de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos legislativos, correspondería determinar en qué supuestos existe inconstitucionalidad de los actos legislativos formales.

2. Supuestos en que existe Inconstitucionalidad de los Actos Legislativos Formales

Siguiendo una vez más al trabajo del Dr. Esteva, podemos decir, en una primera aproximación, que un acto legislativo formal será inconstitucional cuando sea incompatible con la Constitución.

Ello nos lleva a tener que explicar ¿qué se entiende por Constitución? Y en Uruguay, la Constitución formal es el acto jurídico que para su reforma requiere la utilización de alguno de los procedimientos previstos por el artículo 331. Nuestra Constitución es rígida, porque para su reforma requiere la utilización de procedimientos o la actuación de órganos diferentes respecto a los que se establecen para la elaboración de las leyes formales ordinarias. Es una Constitución, que a diferencia de las semirígidas, consagra en su texto un procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, asegurando así la superlegalidad constitucional.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 329 que dispone:

"Declaranse en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan esta Constitución, ni a las leyes que expida el Poder Legislativo"

Este artículo refiere al supuesto en que las leyes vigentes al momento en que entró en vigor con fuerza obligatoria la Constitución, se opusieran a esta.

¿Qué ocurre con esas leyes? Por una parte, ven saneados sus vicios formales. Por otra parte, quedan derogadas en todas las materias y puntos que directa o indirectamente se opongan a la nueva Constitución.

Por último, el artículo 329 admite la eventual derogación por otras leyes ordinarias de las que ratifica en su fuerza y vigor.

En una segunda aproximación, se hace necesario ubicar los actos legislativos cronológicamente en relación con la Constitución. En ese sentido, pueden presentarse los siguientes supuestos:

- a) El acto legislativo es anterior a la entrada en vigor de la Constitución y alguna de las materias y puntos es incompatible con ella. Por tratarse de una ley, debe aplicarse el artículo 329. Existe derogación y no inconstitucionalidad, salvo que se trate de la aplicación de dicha ley a actos o hechos acaecidos antes de entrar en vigor la Constitución actual. Si es un decreto de un Gobierno Departamental, con fuerza de ley en su jurisdicción, el artículo 329 no resulta aplicable, pues dispone exclusivamente para las leyes, debiendo recurrirse a los principios generales.
- b) El acto legislativo es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución actual y resulta derogado (la derogación no fue retroactiva) por otro acto legislativo de su mismo valor y fuerza (está vigente) y es incompatible con la Constitución ("por razón de forma o de contenido"). El acto legislativo es inconstitucional.
- c) El acto legislativo es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución actual, fue derogado (la derogación no fue retroactiva) por otro acto legislativo de su mismo valor y fuerza (no está vigente desde el momento en que fue derogado y para el futuro), es incompatible con ella ("por razón de forma o de contenido") y puede ser aplicado en un caso concreto cuyos límites temporales quepan en el lapso de vigencia. El acto legislativo derogado es inconstitucional.
- d) El acto legislativo es posterior a la entrada en vigor de la Constitución actual, fue derogado retroactivamente por otro de su misma fuerza y vigor (la derogación tuvo efectos *ex tunc* y *ex nunc*, en realidad se suprimió su vigencia). Es como si el acto legislativo original no hubiera existido. No hay problema de inconstitucionalidad del acto original, aunque en ciertos casos pueda ser inconstitucional el segundo.

De esta manera, la primera aproximación debe sustituirse por la siguiente: Un acto legislativo formal (ley o decreto con fuerza de ley en su jurisdicción de un Gobierno Departamental), posterior a la Constitución actual, vigente o derogado con efectos sólo para el futuro por otro acto legislativo, es inconstitucional cuando es incompatible con dicha Constitución, aquella bajo la cual se expidió.

En vez, si el acto legislativo formal (ley o decreto de un Gobierno Departamental que tenga fuerza de ley en su jurisdicción) es anterior a la Constitución actual, sus vicios formales respecto de la Constitución bajo cuya vigencia fue elaborado, fueron saneados por el artículo 329 y si se opone en alguna materia o punto a la Constitución actual, perdió su fuerza y vigor, está derogado. (Cf. *Eduardo Esteve Galiccio, op. cit., páginas 105 a 108*)

Similares consideraciones y ejemplos pueden encontrarse en el libro de Martín Risso Ferrand, en el Capítulo VI, que refiere a la vigencia de la Constitución y los efectos sobre el ordenamiento jurídico anterior. (Véase *Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 113 a 125*)

Al respecto, consideramos útil recordar las consideraciones del autor al referirse a los principios relativos a la pluralidad de fuentes de producción jurídica y a los conceptos de validez y vigencia, herramientas de hermenéutica que simplifican enormemente la resolución de este tipo de casos.

En relación a los principios, el autor explicaba que la pluralidad de fuentes de producción conduce a la existencia de frecuentes contradicciones entre las mismas, las que en general se resuelven en base a los principios de temporalidad y jerarquía según el caso.

El principio de temporalidad, implica que entre fuentes de similar jerarquía, las eventuales contradicciones se resuelven en base a la sucesión temporal. El nuevo acto, deroga así al anterior, lo que puede producirse de dos maneras:

- a) cuando el nuevo acto expresamente establece la abrogación del anterior
- b) cuando el acto nuevo es incompatible con el anterior (derogación tácita)

A esto deben efectuarse además dos precisiones:

- a) que el principio de temporalidad funciona aún cuando el acto posterior sea de jerarquía superior al anterior y no sólo en el caso de fuentes de similar status

b) que en los casos de derogación tácita rige el principio de que la ley general no deroga la anterior especial salvo texto expreso

En síntesis, el principio de temporalidad implicaría que si la norma posterior es de igual o superior jerarquía, deroga a la anterior.

Por otra parte, el principio de jerarquía, sería el que opera cuando la contradicción se produce con una norma posterior a la primera, de inferior jerarquía.

Esto debe complementarse con las nociones de validez y vigencia. La validez, refiere a la irregularidad de los requisitos intrínsecos a un acto. La vigencia, refiere al período durante el cual los hechos acaecidos se rigen por una determinada norma. (Cf. *Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 48 a 50, citando el trabajo de Horacio Cassinelli Muñoz, "Oposición superveniente: ¿Derogación o Inconstitucionalidad?, en R.D.I.A., Tomo 55, op. cit., página 160*)

En definitiva, la cuestión de determinar si la cuestión se trata de inconstitucionalidad o de derogación, girará en torno a los principios de temporalidad y jerarquía y a los conceptos de vigencia y validez. La inconstitucionalidad se presentará cuando una ley sea contraria a la Constitución bajo la cual fue promulgada. Habrá así un problema de invalidez y será preciso aplicar el principio de jerarquía. La derogación se presentará cuando una Constitución se oponga a una ley. Se aplicará aquí el principio de temporalidad y la ley dejará de regir.

Es preciso aclarar que las opiniones que acabamos de transcribir no han sido pacíficamente aceptadas por toda la doctrina y jurisprudencia. En efecto, en doctrina el Dr. Riso hace referencia a las posiciones encontradas entre Martín C. Martínez y la del Dr. Massera. Mientras el primero distinguía como lo hacen Esteva y Riso entre derogación e inconstitucionalidad, el segundo reivindicaba una posición conforme a la cual a la SCJ le competía resolver en todos los casos de contradicción entre una norma legal y una constitucional, sea que esta fuera anterior o posterior.

En el plano jurisprudencial, el TCA adhirió siempre a la distinción entre inconstitucionalidad y derogación y en consecuencia, cuando existía una contradicción entre una ley posterior a la Constitución, concluía que había inconstitucionalidad y requería el pronunciamiento de la SCJ. Por el contrario, si la Constitución era posterior a la ley, por entender el tribunal que se trataba de una cuestión de derogación, el mismo resolvía la cuestión.

A nivel de la SCJ, la solución histórica fue la contraria, reivindicando siempre su competencia exclusiva para resolver todos los casos de contradicción entre una norma constitucional y una legal, independientemente de la sucesión temporal entre ambas, considerando que en uno y otro caso correspondía hablar de inconstitucionalidad.

A partir de 1991, comenzaron a surgir discordias en los pronunciamientos, hasta que en 1993, la Corte modificó su jurisprudencia, adhiriendo a la posición doctrinalmente mayoritaria. Dicha Sentencia fue la publicada en el caso 12.430 de LJU, a la cual habremos de referirnos en el apartado de jurisprudencia. (Cf. *Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 122 a 124*)

De esta manera, la competencia originaria y exclusiva de la SCJ para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos formales (art. 257 de la Constitución) operaría solamente cuando en el caso se de una contradicción entre una ley y la Constitución bajo la cual fue promulgada la misma. (Cf. *Eduardo Esteva Galiccio, op. cit. página 108 y Martín Riso Ferrand, páginas 123 a 124*)

3. Causales de Inconstitucionalidad

Guiándonos una vez más por el trabajo del Profesor Esteva, podemos señalar que conforme a lo establecido por el artículo 256 de la Constitución, los actos legislativos formales podrán ser declarados inconstitucionales por razón de forma o de contenido.

Este aspecto suscita algunos problemas. Existe acuerdo en doctrina que nuestra Constitución es rígida. Sin embargo, algunos artículos requieren algunas precisiones. Así el prestigioso profesor se dedica a explicar los problemas interpretativos que suscitan los artículos 79, inciso 1º, 3ª oración; 88, inciso 3º; 174, inciso 3º y 269.

De los cuatro casos, hemos escogido dos, a los solos efectos de ilustrar sobre la problemática planteada. Veremos el caso del artículo 88, inciso 3º y el del artículo 174, inciso 3º.

El artículo 88, inciso 3º, dispone que "El número de Representantes podrá ser modificado por la Ley, la que requerirá para su sanción, dos tercios de votos del total de los componentes de cada Cámara". ¿Puede la ley contando con el referido quórum de votación fijar en cualquier guarismo el número de miembros de la Cámara de Representantes? En principio parecería que sí, pero existen algunos límites. No podría hacerlo por debajo de treinta y ocho, dado que el inciso 2º establece que corresponderán a cada Departamento, dos Representantes por lo menos.

El artículo 174, inciso 3° faculta al acto jurídico con forma de ley ordinaria aprobada por mayoría especial, para modificar el número de los Ministerios. Pero no sería posible reducir el número de Ministerios a uno, dada la utilización en plural del vocablo "Ministerios".

De esta manera, no sería posible realizar afirmaciones terminantes en el sentido que determinadas leyes sólo podrían ser inconstitucionales por razón de forma.

El punto de partida sería distinguir adecuadamente los diferentes actos jurídicos. Si fuera un acto legislativo, en sentido formal y orgánico, la SCJ lo podría declarar inconstitucional por razón de forma o de fondo. Pero si fuera por ejemplo una ley de amnistía, los vicios posibles serían sólo dos: que la ley no hubiera sido aprobada por el quórum de votación requerido o que no existiera el caso extraordinario que la Constitución requiere como motivo. (Cf. *Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 110 a 111*)

C) Los Efectos de la Sentencia Definitiva

Para el tratamiento de los efectos de la sentencia, previo a seguir el enfoque que los clasifica en el espacio y en el tiempo, habremos de hacer alusión a las distintas vías para solicitar la declaración de inconstitucionalidad, en mérito a que guardan relación con el tema de los efectos.

1. Vías para solicitar la Declaración de Inconstitucionalidad

Las vías posibles son 3: la de excepción, la de oficio y la de acción.

La vía de excepción significa, en la terminología constitucional, que la misma puede plantearse en cualquier procedimiento judicial. De aplicarse una interpretación literal de la norma, la mencionada defensa no podría plantearse en el proceso jurisdiccional que se sustancia ante el TCA, lo cual carece de sentido, cuando se faculta a dicho órgano a solicitar vía oficio la declaración de inconstitucionalidad.

Este problema fue solucionado por el CGP en su artículo 510, al hacer referencia a un proceso jurisdiccional, dentro de lo cual ingresaría eventualmente la Corte Electoral.

La vía de oficio, se encuentra prevista en el inciso 2° del ordinal 2°, del artículo 258 de la Constitución. Si el Juez o Tribunal consideran que una norma legal que deban aplicar es inconstitucional, podrán solicitar a la SCJ que se pronuncie al respecto, elevando las actuaciones. No se trata de una vía consultiva sino que procede cuando los Jueces o el Tribunal consideren que existe un vicio de inconstitucionalidad.

La vía de acción supone que la cuestión no se plantea en un proceso en trámite, sino directamente ante la SCJ. De acuerdo a lo señalado por Risso Ferrand, la Constitución no estaría exigiendo que para accionar directamente ante la SCJ no hubiere un proceso jurisdiccional pendiente, destacando al conveniencia de que dicha vía pudiese ejercerse aún cuando el interesado tuviera un juicio en trámite, porque se evitaría la paralización del procedimiento.

Este criterio no ha sido seguido por el CGP, acotando en el artículo 510 a la vía de acción para cuando no existiere proceso pendiente. El autor estima que podría estimarse que al restringir el alcance constitucional, la norma fuera contraria a la misma. (Cf. *Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 160 a 161*)

2. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Espacio

El artículo 259 de la Constitución prevé que el fallo de la SCJ se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efectos en los procedimientos en que se haya pronunciado, declarando si corresponde o no declarar el acto legislativo como contrario a la Constitución.

En consecuencia, podríamos decir que aquí también rige el principio de relatividad de los efectos del fallo, tanto para la sentencia que acoge la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad como para la que la rechaza.

Comentando el instituto de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, el Dr. Nelson Nicoliello encontraba como fundamento para la limitación del fallo de la Suprema Corte de Justicia al Principio de Separación de Poderes. (Cf. *Nelson Nicoliello, "Los Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de Declaración de Inconstitucionalidad", en "El Poder y su Control", op. cit., página 127*)

La determinación del caso concreto en las vías de excepción y de oficio no presentaría dificultades, dado que el mismo estaría referido al proceso principal en que la cuestión de constitucionalidad se planteara y al objeto de dicho juicio. Quiere decir que el fallo no afecta a quienes no fueron parte en el juicio. Rige el principio de relatividad de los efectos de la cosa juzgada, que ya comentamos ampliamente al estudiar las acciones reparatoria y anulatoria.

La solución tiene su lógica en el derecho a ser oída y de argumentar su derecho de defensa que tienen las personas. Si un particular pudiera oponer contra otro que no fue parte en el juicio en el cual se declaró la inconstitucionalidad de un acto legislativo, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso.

Cuando pasamos a la vía de acción, la determinación del caso concreto se complica y como señala Cassinelli, la misma dependerá de la habilidad del accionante.

Mientras en la vía de excepción el caso concreto es la contienda sometida a la decisión del órgano jurisdiccional o el asunto voluntario sobre el cual se deba decidir, en la vía de acción, el caso concreto se determina por la identidad del actor, la identidad de la disposición cuestionada y la identidad del interés legítimo, personal y directo. (Cf. *Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 171 a 173.*)

Cassinelli da el siguiente ejemplo. Si se solicita en vía de acción la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de un Gobierno Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, que implica un aumento en la contribución inmobiliaria, el interesado podrá efectuar diversos planteos:

- A) Puede expresar en la demanda que el promotor es propietario de un inmueble en la Jurisdicción del mismo (individualizándolo) y que se le pretende cobrar par el año en que se promueve la acción un importe indebido.
- B) Puede hacer referencia, en forma más amplia, a que es propietario de varios inmuebles en la Jurisdicción del mismo (individualizándolos) y que se le pretende aplicar a dicho ejercicio y en el futuro.

En una y otra hipótesis, la extensión del caso es diferente. (Cf. *Cassinelli Muñoz, Derecho Público, Volumen II, página 314, citado por Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 173*)

3. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Tiempo

a) Efectos de la Sentencia que Declara la Constitucionalidad de las Disposiciones impugnadas

Pensamos que esta sentencia tendría una naturaleza meramente declarativa, en tanto se limita a dar certidumbre jurídica acerca de la constitucionalidad de las disposiciones o del acto legislativo impugnado en el caso concreto.

En consecuencia, los efectos tendrán, como ya se ha señalado en sede de las acciones de nulidad y de reparación patrimonial, retroactividad absoluta (Cf. *Enrique L. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 214*)

b) Efectos de la Sentencia que Declara la Inconstitucionalidad de las Disposiciones Impugnadas

Se trata de un aspecto sumamente discutido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, suscitando opiniones encontradas fundamentalmente en los efectos temporales de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los actos legislativos impugnados por vía de acción.

En el plano doctrinal, el Profesor Raúl Moretti afirmó que los fallos de la Suprema Corte de Justicia que acogen la solicitud de declaración de inconstitucionalidad serían constitutivos, porque la ley seguiría siendo válida y eficaz desde su sanción y con posterioridad a la sentencia, exceptuando su alcance limitado al caso concreto. (Cf. *Raúl Moretti, "La inconstitucionalidad de las leyes y su declaración por el Poder Judicial", en "La Justicia Uruguaya", Tomo XLVII, páginas 23 y siguientes, citado por Eduardo Esteve Galiccio en "Una jurisprudencia errónea: los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político", N° 50, páginas 194 a 195 y Sentencia N° 43, de 24 de junio de 1992 de la SCJ, publicada en "Revista de Derecho Público", N° 2, página 123*)

Las sentencias constitutivas son aquellas que crean una situación jurídica nueva o modifican o extinguen una situación jurídica preexistente. (Cf. *Cristina Vázquez, op. cit., página 52 y Enrique Tarigo, op. cit., página 215*)

No poseen efecto retroactivo alguno, proyectando sus efectos hacia el futuro. En efecto, será la propia sentencia la que cree una situación jurídica nueva o la que modifique o extinga una situación jurídica preexistente. (Cf. *Enrique Tarigo, op. cit., página 215*)

Por su parte, el Dr. Jorge Larrioux ha sostenido que: "la sentencia declarativa de inconstitucionalidad participa de las características de la sentencia de *conulteru* (imponer la inaplicabilidad de la ley), retro trayendo sus efectos al día de la demanda, actuando esa declaración al momento mismo de la acción o excepción, pues la actividad judicial de conocimiento conlleva un tiempo y es necesario impedir que aquél que se sirve del proceso para obtener razón, sufra daño por el tiempo que éste ha insumido".

Como consecuencia de la naturaleza condenatoria que tendría la sentencia declarativa de inconstitucionalidad los efectos retroactivos del fallo se limitarían a las fechas de interposición del recurso en cualquiera de sus vías. (Cf. Jorge T. Larrieux, "Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", en "Revista Judicataria", N° 33, página 172, citado por Eduardo Esteva Galiccio, en "Una jurisprudencia errónea...", op. cit., páginas 198 a 199)

Finalmente, tenemos la opinión de quienes sostienen que la naturaleza de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo es declarativa, con efectos retroactivos para el caso concreto. Así por ejemplo opinarían el Dr. Esteva, el Dr. Artecona y el Maestro Couture, de acuerdo a lo señalado por el último de los autores. (Ve. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 194 y siguientes y Daniel Artecona Gulla, "Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", "Revista de Derecho Público", N° 2, páginas 127 y siguientes)

En el plano jurisprudencial, a través de la Sentencia N° 43, de 24 de junio de 1992, la Suprema Corte de Justicia se pronunció por la postura sostenida por el Dr. Larrieux, citando en su favor además a las opiniones de los Drs. Véscovi y Arlas. (Ve. "Revista de Derecho Público", N° 2, páginas 123 y ss.)

Siguiendo el resumen del Dr. Risso Ferrand, señalemos que el caso trataba de una persona de derecho público no estatal, que había obtenido por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de determinadas disposiciones legales tributarias y posteriormente accionó por pago de lo indebido, pretendiendo el reembolso de lo que había pagado en virtud de dicha norma, antes de la declaración de inconstitucionalidad.

Al habiendo tenido éxito en primera instancia, se revocó el pronunciamiento obtenido en segunda instancia y en casación, la Corte, adhiriendo a la posición del Dr. Larrieux, entendió que tanto la excepción como la acción pretendían la inaplicabilidad de la ley y que la demanda presuponia que las disposiciones podían aplicarse y que la declaración no procedía por haber sido definitivamente aplicada la norma.

Ello sería consecuencia de que el caso concreto a que aludiría la Carta nacería recién con la demanda. Con anterioridad, al no existir procedimiento, el caso no existiría. En consecuencia, se concluyó que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los actos impugnados sólo abarcaba la aplicación de la ley desde el momento en que se había deducido la pretensión. (Cf. Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 174 a 175)

Esta postura ha merecido diversas críticas. En primer lugar y con respecto a la opinión de Arlas, para quien la vía de acción sería únicamente preventiva, pudiendo plantearse sólo cuando no existiera un proceso pendiente y produciendo por ende la declaración de inconstitucionalidad efectos hacia el futuro, El Dr. Esteva señala que tales consecuencias no surgen del texto constitucional. En efecto, el autor señala que la inexistencia de proceso no es un requisito exigido por la Constitución, agregando que de acuerdo al texto de la misma la vía de acción también podría ser reparatoria. (Cf. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 195 a 196)

En segundo lugar y con relación a la opinión de Véscovi, se transcriben extractos de los que parecería surgir que el autor entendería que la sentencia que declara la inconstitucionalidad tendría, naturaleza declarativa, produciendo efectos retroactivos, limitados al caso concreto, tanto en la vía de excepción como en la de acción, lo cual no serviría para avalar la opinión de la Suprema Corte de Justicia (Ve. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 196 a 198)

En tercer lugar, se ha criticado la idea de que el caso concreto nazca con la demanda, ya que por lógica el mismo debe preceder a la pretensión. (Cf. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., página 200)

En cuarto lugar, se ha puesto de manifiesto que al hacer aplicable la idea de que el caso concreto nace con la solicitud, sin distinciones y para todas las vías, se podrían plantear graves consecuencias. (Véanse los ejemplos planteados por el Dr. Esteva en las páginas 201 a 202 del trabajo citado)

En quinto lugar y para terminar, se ha dicho que "los efectos del fallo de la Corte podrán presentar aspectos de retroactividad o no, según el caso concreto de que se trate, y según como el mismo haya sido planteado si se trata de ejercicio de la vía de acción. El problema no radica en la retroactividad o no de la sentencia sino en la determinación del caso concreto en el cual, por mandato constitucional, se aplicaría la misma" (Cf. Martín Risso Ferrand, op. cit., página 176)

D) La Jurisprudencia

A diferencia de lo que nos sucedió con la acción de reparación, el material resultó bastante más abundante. Por razones de tiempo, nos limitaremos a comentar los casos números 11.812, 13.043 y 12.430 de LJU, siguiendo la metodología de ordenar los comentarios según el tema al cual refieran.

1. Jurisprudencia sobre la Legitimación Activa

a) Legitimación Activa del Poder Ejecutivo

Con respecto a éste tema, destacamos lo establecido en el caso 11.812, que trata sobre la solicitud de inconstitucionalidad interpuesta por parte del Poder Ejecutivo, por vía de excepción, contra la ley 16.004, en un juicio de nulidad que se seguía en su contra.

La Suprema Corte de Justicia entendió que el Estado poseía legitimación activa para impugnar una ley de inconstitucionalidad, con base a lo establecido en el artículo 258 de la Constitución.

b) Legitimación Activa de los Particulares

La legitimación activa de los particulares, se encuentra muy bien analizada en el caso 13.043. Se trataba de la clausura de un local destinado a la explotación de juegos electrónicos por haber violado la prohibición de no permitir el ingreso al mismo de menores de 18 años. La solicitud la interpuso el titular del establecimiento, en el juicio de nulidad que perseguía contra el Gobierno Departamental de Montevideo, por vía de excepción.

Entre los argumentos que interesan respecto a la legitimación, el solicitante manifestó que el acto legislativo formal departamental que habilitaba la clausura de su local resultaba violatorio de lo dispuesto por los artículos 10 y 41 de la Carta.

Con relación a la supuesta violación a lo dispuesto por el artículo 10, que consagra los principios de libertad y legalidad, la Corte entendió que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 509 del CGP, quienes pueden invocar la violación del mismo son quienes se encuentran directamente alcanzados por la interdicción, o sea, aquellos a quienes se les impide el acceso a esa clase de comercios.

Con referencia a la violación al artículo 41 de la Carta, estableció que el cuidado y la educación de los hijos les compete a sus padres, razón por la cual, aquí tampoco tendría el titular del establecimiento clausurado legitimación activa para cuestionar una infracción a esta norma.

Y luego se extiende remitiéndose a doctrina y jurisprudencia, para concluir que la alegación de inconstitucionalidad no está abierta a cualquiera, sino sólo a la persona que demuestre o invoque que han lesionado sus derechos o intereses legítimos, por la ley que constituye el objeto de la impugnación.

Si bien la Corte habla de "*demostrar o invocar*", nos parece que en realidad no se conformaría simplemente con una invocación, sino más bien una demostración de que el solicitante se encuentre lesionado en su situación jurídica de derecho subjetivo o de interés legítimo.

2. Jurisprudencia sobre el Objeto

a) Actos Comprendidos

En el caso 11.812, la ley objeto de la impugnación era calificada por el legislador como interpretativa y tenía por finalidad aclarar ciertas cuestiones relacionadas al hecho generador del Impuesto a la Renta de Industria y Comercio, fundamentalmente en su aspecto material.

La Corte entendió que correspondía desentrañar la verdadera naturaleza de la norma, aceptando la calificación legal de norma interpretativa sólo en los casos en que por su contenido lo fuera verdaderamente.

Y al analizar la misma estableció que si había incertidumbre jurídica en la interpretación del texto y si la finalidad era interpretarlo, se reunían los presupuestos que determinaban que la norma fuera interpretativa. Como en el caso tales extremos se habían verificado, concluyó que la ley impugnada era interpretativa y constitucional.

En el caso 13.043, el acto sujeto al contralor de constitucionalidad era un decreto de las Juntas de Vecinos de Montevideo, que resultaba impugnado por no haber sido convalidado por la autoridad democrática.

La SCJ entendió que había habido una convalidación implícita en tanto decretos posteriores de la Junta Departamental de Montevideo suspendieron la aplicación e incluso sustituyeron varias de sus disposiciones.

Por otra parte, la Corte sostuvo que no comparte la interpretación conforme a la cual no se podrían limitar Derechos Fundamentales sin una ley en sentido formal.

b) Contradicciones alcanzadas por el Contralor de Constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia

Como ya señaláramos en oportunidad de estudiar el objeto de la acción de inconstitucionalidad, en el caso 12.430 publicado en *"La Justicia Uruguaya"*, la Corte cambió la jurisprudencia que venía sosteniendo hasta ese entonces con respecto a los supuestos en los cuales asume competencia.

En efecto, a través de la Sentencia que dicta con fecha 27 de agosto de 1993, la SCJ deja de sostener la tesis de la unidad de competencia, conforme a la cual no habría fundamento técnico para distinguir entre derogación de una ley por oposición superveniente a una norma constitucional y oposición de una ley respecto de una norma constitucional vigente en el momento de su promulgación, quedando ambos supuestos comprendidos en la órbita de contralor de dicho órgano, para pasar a preconizar la tesis opuesta.

La Corte entendió que para que la confrontación entre un acto legislativo formal y la Constitución fueran lógicamente posibles la regla constitucional debía preexistir al acto legislativo objeto de valoración, debiendo tener ambos, regla constitucional y acto legislativo, un período común de vigencia temporal.

En la hipótesis de inconstitucionalidad, lo que se discute es la legitimidad del acto legislativo, lo que requeriría su confrontación con el modelo constitucional vigente al momento de su promulgación.

En el caso de oposición entre una norma legislativa formal y una norma constitucional de vigencia posterior, la oposición no sería un caso de inconstitucionalidad sino de derogación.

Por lo tanto, como el caso trataba de una norma constitucional posterior a un acto legislativo formal, la Suprema Corte de Justicia declinó competencia, manifestando que carecía de jurisdicción, por no constituir la materia a la que se refiere el artículo 256 de la Constitución.

En el caso concreto se trataba de un retirado policial que buscaba promover por vía de acción la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 13.793, que a su criterio establecía un régimen de pasividades violatorio del artículo 67, inciso 2° de la Constitución.

3. Jurisprudencia sobre los Efectos de la Sentencia Definitiva

Lamentablemente aquí tampoco pudimos conseguir jurisprudencia que refiriera a los efectos de la sentencia definitiva.

V. LA ACCIÓN DE AMPARO

A) La Legitimación Activa

Nuevamente, aquí nos limitaremos al estudio de la denominada legitimación principal, dejando de lado la legitimación secundaria, en virtud de que la misma se rige por los principios generales.

En cuanto a la legitimación principal para el ejercicio de la Acción de Amparo, el texto legal refiere concretamente a *"derechos y libertades"*.

En lo que respecta a la situación jurídica de derecho subjetivo perfecto no existen dudas que se encuentra comprendida por el instituto. Sin embargo, al no haberse mencionado a texto expreso la situación jurídica de interés legítimo, se generan dudas respecto a si la misma se encontraría alcanzada por la ley de amparo.

En opinión del Escribano Emilio Biasco Marino, el amparo por lesión de un interés legítimo resulta procedente, en virtud de la naturaleza jurídica de esta situación jurídica, la cual claramente deriva de un derecho o libertad. Esta opinión resulta compartida en el plano doctrinal y por distintos fundamentos, entre otros, por Viera, Cassinelli, Torello, Gelsi Bidart, Van Rompaey, Ochs Olazábal y Bidart Campos. (Cf. *Emilio Biasco, "El Amparo General en el Uruguay"*, páginas 298 a 299)

Concretamente, el Profesor Viera al plantearse el problema admitía la procedencia, en tanto se tratara de un interés expresa o implícitamente protegido por la Constitución, como serían los llamados intereses difusos. (Cf. *Luis Alberto Viera, "Ley de Amparo"*, Ediciones Idea, página 32)

Por su parte, el Dr. Torello manifiesta que *"La legitimación también está claramente precisada: está legitimado para promover el amparo el titular de un derecho subjetivo (y hay que admitir que también el titular de un interés directo, personal y legítimo) o libertad, reconocida por la Constitución"* Y luego aclara que además del amparo regulado por la ley 16.011, estaría el establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, que por su naturaleza no habría sido derogado por la ley de amparo. En virtud este tratado, el Dr. Torello sostiene que gozarán de protección no sólo los derechos reconocidos por la Constitución, si no también los

reconocidos por las leyes o por las normas de dicho tratado. (Cf. Luis Torello, "Acción de Amparo", en "El Poder y su Control", op. cit., páginas 177 a 178)

En relación a los intereses difusos, como ya se señaló, el Dr. Viera estima que los mismos estarían alcanzados por el amparo. Igual opinión tiene el Escribano Biasco, quien al tratar el punto hace alusión a las distintas denominaciones que se han dado en derecho comparado a esta categoría de intereses, destacando la opinión de Giannini, para quien los intereses difusos serían los intereses comunes a todos los individuos de una formación social, no organizada y no individualizable en forma autónoma. Se diferenciarían de los colectivos en que no se ubicarían en una determinada organización social, sino que se encontrarían extendidos o diseminados en un universo no organizado. (Ve. Emilio Biasco, op. cit., página 303)

Respecto al concepto de intereses difusos y su diferencia con los colectivos, el Profesor Vescovi ha señalado que los difusos "son intereses fragmentarios o supraindividuales, que aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra sociedad moderna" y luego destaca que lo que diferencia los intereses difusos de los colectivos es la ausencia de una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable. Los colectivos, por el contrario, consistirían en los intereses comunes a una actividad de personas, cuando existiera algún vínculo jurídico entre los componentes del grupo, como por ejemplo, los sindicatos. De todas maneras, el autor estima que los artículos 42 y 220 resultarían aplicables a ambas categorías. (Cf. Enrique Vescovi, "La participación de la Sociedad Civil en el Proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación", "Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2000, F.C.U., páginas 21 a 22)

Lo expuesto, en cierta manera resulta coincidente con las definiciones que establece el artículo 81 de la ley 8.078 del Brasil. En efecto, la citada norma define como difusos a los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho", mientras que los colectivos serían los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica - base". Lo que diferenciaría unos de otros sería la relación jurídica - base entre los interesados o entre estos y un tercero. ("la parte contraria"). (Cf. Juan Carlos Barbosa Moreira, "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos", "un aspecto de la experiencia brasileña", "Revista Uruguaya de Derecho Procesal, F.C.U., Tomo 2, 1992, página 235)

Como ejemplos típicos de estos intereses se suele hacer referencia a la defensa del medio ambiente, de los derechos del consumidor, de valores artísticos, culturales, históricos, turísticos, paisajísticos, etc. (Cf. José Carlos Barboza Moreira, op. cit., página 236)

La regulación de los intereses difusos, que Vescovi entiende extensible a los intereses colectivos, se encuentra prevista en los artículos 44 y 220. El primero, legisla sobre la representación de dichos intereses y el segundo, sobre los efectos de la cosa juzgada.

Concretamente, el artículo 44 establece que "en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido"

Y el artículo 220, previendo una solución acorde a la naturaleza de ésta clase de intereses establece que "la sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso"

B) El Objeto de la Acción de Amparo

Con carácter genérico, podríamos decir que el objeto del amparo como instituto, consistiría en la tutela de los derechos y libertades "reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución". Siguiendo la idea de que la pretensión es el objeto de la acción, podríamos decir que la acción de amparo es aquella que tiene por objeto la protección de derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución. Así por ejemplo se han pronunciado autores de la talla de Brito, Biasco y Rippe. (Cf. Mariano Brito, "Acción de Amparo", "El Poder y su Control", op. cit., páginas 144 a 145; Emilio Biasco, op. cit., páginas 204 a 205 y Siegbert Rippe, "El Amparo contra Actos de los Particulares en Materia Comercial", Anuario de Derecho Comercial, Tomo IV, páginas 279 a 283)

Pero como enseña Viera, los elementos objetivos del amparo son los que perfilan su objeto. (Cf. Luis Alberto Viera, op. cit., página 12). Esto nos llevaría a tener que determinar los elementos objetivos, los cuales serían, de acuerdo a lo establecido básicamente por los artículos 1º y 2º de la ley 16.011:

1. un acto, hecho u omisión
2. que lesionara, restringiera, alterara o amenazara
3. un derecho o libertad reconocida expresa o implícitamente por la Constitución, salvo el hábeas corpus,
4. con manifiesta ilegitimidad,

5. sin que existieran en el ordenamiento jurídico otros medios judiciales o administrativos que permitieran obtener el mismo resultado que se persigue con el amparo,
6. provocando o amenazando con provocar al titular del derecho o libertad un daño irreparable. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 13)

De esta manera, en un sentido más específico, podríamos decir que el objeto de la acción de amparo consiste en la tutela de derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, salvo el hábeas hábeas, cuando un acto, hecho u omisión los lesione o amenace lesionarlos, provocando o amenazando con provocar un daño irreparable, siempre que sea con ilegitimidad manifiesta y no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado.

A continuación, habremos de examinar brevemente cada uno de estos elementos, siguiendo básicamente a los lineamientos que sobre el punto han efectuado Viera, Rippe, Brito y Biasco en las obras ya citadas.

1. Un acto, hecho u omisión

Como enseña Rippe, el acto puede definirse en un sentido amplio o en uno estricto.

En sentido estricto el acto contiene una triple significación. En primer lugar, implica una actividad, una acción, un obrar del sujeto. En segundo lugar, supone una voluntariedad en la realización del acto y en tercer lugar, implica la aptitud para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho por parte del mismo.

En un sentido amplio, en cambio, abarcaría tanto un hecho humano como un acto en sentido estricto, comprendiendo tanto su aspecto activo o positivo como su aspecto pasivo o negativo, en cuanto incluye el no hacer o la omisión en el hacer de ese sujeto. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 283)

En el supuesto previsto por la ley 16.011, pensamos que el legislador habría entendido al acto en su sentido estricto, distinguiéndolo del hecho y de la omisión. Así podríamos decir que por acto debería entenderse, como enseña Biasco, siguiendo a la definición de Messineo, a "el acto humano, realizado con conciencia y voluntad, por parte de quien es capaz de obrar; del que nacen efectos jurídicos, cuyo resultado es querido y tomado en consideración por el ordenamiento jurídico" (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 204)

Recordemos además que en el ámbito del Derecho Administrativo y del Derecho Público, se entiende que hay acto cuando hay una determinación de voluntad de la Administración que se exterioriza, que se hace perceptible por los terceros con su significado, en sí misma, como mera declaración de la voluntad y no cuando la determinación de la voluntad se hace perceptible a los terceros sólo a través de su ejecución. (Cf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, citando a Gordillo, en "Lo Contencioso de Reparación", *op. cit.*, páginas 17 a 18)

En tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha definido al acto administrativo como "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos" (Cf. Artículo 120 del Decreto 500/91)

De esta forma, integrarían la categoría de actos administrativos los denominados "actos de la Administración activa", quedando fuera los llamados "actos de la Administración consultiva o de control", excepto cuando produjeran efectos jurídicos en la esfera de los destinatarios.

La administración consultiva sería la que comprende las actividades dirigidas a suministrar en forma de pareceres, aclaraciones, consejos, directivas u orientaciones insumos para que la autoridad adopte su resolución principal o conclusiva.

La administración de control sería la que abarca las actividades dirigidas a verificar la regularidad jurídica (control de legitimidad) o el cumplimiento de las reglas de buena administración (control de mérito), respecto de quienes deben ejercer las competencias de administración activa. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 205)

Quedan expresamente excluidos del objeto de la acción de amparo los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen, los de la Corte Electoral "in totum" y las leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 13)

En relación al hecho, el mismo puede definirse también en un sentido amplio como en un sentido restringido.

En un sentido amplio y con carácter general, serían hechos "los eventos constituidos por una acción u omisión humana, involuntaria o voluntaria (acto jurídico), o por una circunstancia de la naturaleza que crea, modifica o extingue derechos" (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 210, citando la noción de Couture)

En un sentido restringido, hechos serían los eventos constituidos por una acción humana involuntaria o por una circunstancia de la naturaleza que creara, modificara o extinguiera derechos. Mientras el acto sería todo comportamiento voluntario, el hecho sería aquel carente de voluntad (Ve. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *op. cit.*, página 18)

En el ámbito del Derecho Público y del Derecho Administrativo, la noción de hecho no implica necesariamente que el mismo deba ser aquel en el cual la voluntad del sujeto es inexistente. Muy por el contrario, podrían haber hechos de la Administración tanto voluntarios como no voluntarios. Los primeros, serían aque-

llos en los cuales la voluntad de la Administración sólo se hace perceptible para los terceros a través de su ejecución o cumplimiento. Los involuntarios, serían los acontecimientos que son consecuencia de una actuación de la Administración no querida por la misma o contraria a su voluntad. (Ve. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *op. cit.*, página 18)

Por último, la omisión, en un sentido restringido, separada de las nociones de acto y de hecho, consistiría en un no hacer lo debido. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 206)

Esta última hipótesis implicará para la actuación judicial el tener que enfrentarse en muchos casos con delicadísimas cuestiones de competencia y separación de poderes y funciones, cuando la Administración sea el sujeto omiso. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 157 a 160)

En el plano de las conductas imputables a la Administración, el Profesor Brito señala que las omisiones pueden darse tanto cuando se debe ejecutar un acto concreto y no se hace como cuando se debe pronunciar una decisión y no se la dicta. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, página 158)

Y más adelante analiza el problema que se plantea cuando la Administración debe adoptar una decisión y omite hacerlo, concluyendo que en nuestro sistema jurídico no corresponde a la judicatura dictarla. En efecto, destaca el autor que "la voluntad legislativa apunta a que el Juez del amparo determine lo que la autoridad omisa deba o no deba hacer y el plazo en que deberá hacerlo, pero no contempla la atribución de potestad al juez para que se sustituya al obligado" (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, página 160)

2. Una lesión, restricción, alteración o amenaza de lesión

En segundo término, el acto, hecho u omisión debe de modo actual o inminente lesionar, restringir, alterar, amenazar o afectar los derechos o libertades del accionante.

Como se puede observar, la norma contempla tanto el amparo represivo (*medio de protección de un derecho o libertad lesionado, restringido o alterado*) como el preventivo (*protección frente a la amenaza de la producción de cualquiera de esos eventos*) (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, páginas 13 a 14 y Luis Torello, "Acción de Amparo", en "El Poder y su Control, *op. cit.*, página 173)

Este requisito implicaría que el acto, hecho u omisión fuera actual, presente, real y efectivo. Si ya ocurrió, si definitivamente se consumó, sin efectos en el presente, no existirían méritos para que operara el amparo. Si fuera futuro e incierto, tampoco operaría. Sólo cuando el hecho, acto u omisión fuera lesivo o cuando amenazare con provocar lesión podría habilitarse el funcionamiento del amparo.

Se requiere que exista una relación de causa a efecto entre el acto, hecho u omisión y el amparo, entre la contemporaneidad del mismo como provocación y la inmediatez del amparo como respuesta. Si no existe un interés actual y presente, si no subsisten los efectos del acto, hecho u omisión al tiempo del amparo, éste será improcedente. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 283, subsumiendo este elemento o presupuesto con el enumerado en primer lugar por nosotros)

El Escribano Biasco distingue entre el agravio o interés presente o contemporáneo y el inminente. Mientras el primero supondría lo que se da "in actu", lo efectivo y real, el segundo estaría constituido por lo que amenaza o está por suceder o ejecutarse prontamente, en un futuro cercano, inmediato, por oposición al futuro remoto. En un caso, operaría el amparo represivo y en el otro, el preventivo. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 248 a 254)

Si se sigue la posición de este autor, la inminencia del agravio también deberá revestir las notas de ser cierta e inmediata. Se agregan además las notas de gravedad y concreción y el requisito establecido por la jurisprudencia nacional de imprevisibilidad del peligro invocado, que buscan que no se sobrecargue la jurisdicción por el uso indiscriminado de esta especie preventiva. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 250 a 255)

Para terminar señalemos que conforme a la opinión de Néstor Sagües, las lesiones, restricciones, limitaciones o amenazas quedarían subsumidas en dos hipótesis: la restricción, que incluiría la reducción, disminución o limitación y la alteración, que supondría el cambio o modificación.

Siguiendo a Biasco, preferimos sostener que las diversas hipótesis legales podrían reducirse a las limitaciones y las amenazas, siguiendo el tratamiento tradicional en nuestra doctrina de la temática. (Ve. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 255, donde hace referencia a la distinción del autor argentino)

3. A un derecho o libertad reconocida por la Constitución, salvo el hábeas corpus

Este es el aspecto medular del amparo, que comprende, como ya se dijo en oportunidad de tratar la legitimación, no sólo a los derechos subjetivos, sino también a los intereses legítimos, los difusos y los colectivos, de acuerdo a la opinión de la más autorizada doctrina. (Ve. por ejemplo Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 32, Luis Torello, *op. cit.*, páginas 177 a 178 y Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 298 a 299, citando la doctrina favorable a esta postura)

Implica la necesidad que el acto, hecho u omisión lesione, restrinja, limite o amenace un derecho o una libertad expresa o implícitamente reconocida por la Constitución. Es lo que comúnmente la doctrina refiere como el objeto del amparo u objeto del agravio. (Ve. por ejemplo Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 144 y a 154, Siegbert Rippe, *op. cit.*, páginas 279 a 283 y Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 277 y ss.)

La amplitud con que debe interpretarse este elemento ha sido puesta de manifiesto por el Profesor Brito al explicar que quedan comprendidos en el objeto del amparo no sólo los llamados derechos individuales, en su enumeración clásica, sino también los derechos económicos y sociales. En efecto, los derechos y libertades reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución comprenderían a todos los derechos fundamentales del hombre, los cuales se definen como "aquellas perfecciones debidas al hombre por reclamo de su naturaleza corporal y espiritual, haciéndolas posibles en plenitud y que la razón descubre". (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, página 146)

Y luego explica que el hombre, en cuanto ser, es un todo, una unidad a la que le pertenecen todos los derechos fundamentales, las perfecciones que le son debidas sin que pueda ser dividido en dos o más partes: el hombre moral de un lado y el hombre político, o jurídico o económico por el otro. Las perfecciones debidas al hombre no sólo abarcarían al derecho a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad, así como la protección consecuente que de los mismos se consagra en el artículo 7 de nuestra Constitución, sino que también abarcaría los derechos cívicos, económicos y sociales, propios de la condición de animal político y social del mismo. Derechos fundamentales serían tanto unos como otros, siendo ambos inherentes a la personalidad humana y por ende reconocidos por virtud del artículo 72 de la Constitución. Es así que la familia, la salud, la vivienda decorosa, la indigencia y la seguridad social también constituirían bienes jurídicos tutelados por la Carta. (Ve. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 146 a 147)

En la misma corriente de pensamiento se ha ubicado el Profesor Alberto Viera al manifestar que "quedan comprendidos en el amparo, los derechos consignados en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, los contenidos en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, ratificados por ley 13.751 o en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, más conocida por Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, ratificada por el art. 15 de la ley 15.738 sino, también, otros como el derecho a la intimidad o los llamados intereses difusos a que se refieren los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso (protección del medio ambiente, del equilibrio ecológico, del acervo histórico y cultural, del consumidor, etc.)" (Ve. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 15 y Mariano Brito, citando la opinión del autor, *op. cit.*, páginas 148 a 149)

Sin embargo, alguna jurisprudencia nacional ha sostenido que la acción de amparo en principio no comprendería los llamados derechos económicos y sociales o por lo menos no en su totalidad, cambiando la solución de principio cuando alguno de esos derechos fuera reconocido por una ley. (Ve. Mariano Brito, *op. cit.*, página 149, citando la Sentencia N° 158, del Tribunal de Apelaciones que intervino en los autos "Cossio Valentina y otros c/ BHU y otros, Acción de Amparo, ficha 181/89")

Esta postura ha sido criticada por el Profesor Mariano Brito, sosteniendo la comprensión de estos derechos por virtud de lo establecido por el artículo 72 y otros de nuestra Constitución. No obstante, el autor advierte que su criterio no supone que pueda operar sin más una socialización de la responsabilidad correspondiente para la protección de esos derechos económicos, sociales y culturales, cuya asunción personal radicaría en la persona humana y su protagonismo originario y responsable en orden a su perfeccionamiento personal y el de las comunidades de que hace parte (familia en primer lugar). La responsabilidad estatal tendría aquí un carácter subsidiario, en defecto o imposibilidad de los originalmente obligados. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 147 a 150)

La interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia citada por el Dr. Brito podría tener su sustento en lo establecido por el artículo 25 de la ley 15.737, que en su artículo 25, numeral 1° prescribe como objeto del amparo a "los derechos fundamentales reconocidos no sólo por la Constitución, sino por las leyes o por las normas de la propia Convención". Sin embargo, la doctrina que trata el punto no ha sostenido en ningún momento la restricción jurisprudencial.

Así por ejemplo, el Dr. Rippe, al referirse al Pacto de San José de Costa Rica establece que el mismo introduce la tutela de los derechos legales. Y posteriormente, si bien interpreta que la ley 16.011 sería restrictiva de los supuestos previstos por el Tratado no duda en inclinarse por la solución comprensiva de los supuestos previstos por el Pacto de San José de Costa Rica, en mérito a que por su propia naturaleza internacional, sería prevalente sobre las soluciones de nuestro derecho interno.

Por su parte, el Dr. Torello sostuvo que en materia de amparo existiría otro ordenamiento legal vigente en el país, anterior a la ley 16.011, que por su naturaleza no cabría entender que hubiera sido modificado por la ley de amparo. Refiriéndose a lo dispuesto por el Pacto de San José de Costa Rica y a lo establecido por la ley 16.011 manifiesta que "el espectro del amparo que regula la ley N° 16.011 no se circunscribe a derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, sino que se amplía

a otros derechos reconocidos en leyes y convenciones que obligan internacionalmente a la República" (Cf. Luis Torello, *op. cit.*, página 176)

Personalmente preferimos la opinión del Dr. Brito, que mediante su interpretación de corte jusnaturalista, basada en lo dispuesto por el artículo 72 de nuestra Constitución, evita las interpretaciones restrictivas del objeto del amparo. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.* páginas 144 a 157, basándose en las opiniones doctrinales de Sampay y Real)

Esta postura parecería ser la seguida por el Escribano Biasco, quien al preguntarse qué ocurre con los derechos no enumerados por el artículo 7 de la Constitución, diseminados en la Sección II y otras de la Constitución, responde que en virtud de lo establecido por el artículo 72 de la Carta, quedan comprendidos en el objeto del amparo no sólo los derechos enumerados por el texto constitucional sino también por los inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 138)

Para finalizar, cabe agregar que se excluyen del objeto del amparo los casos en que proceda la interposición del hábeas corpus. Los supuestos de hábeas corpus comprenderían tres especies: el reparador o clásico, el preventivo y el restringido. El primero, es el expresamente previsto por el artículo 17 de la Constitución, que regula el modo más grosero de agresión a la libertad ambulatoria: la prisión indebida. El segundo, refiere a los casos en que exista amenaza cierta a la libertad ambulatoria. El tercero, tutelaría atentados menores al "jus movendi et am bulandi", como seguimientos molestos, actos de hostigamiento, vigilancias excesivas, impedimento de acceso a lugares, etc. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 15, citando el trabajo del profesor argentino Néstor Pedro Sagües sobre el Hábeas Corpus)

4. Con ilegitimidad manifiesta

Este es un elemento propio de la excepcionalidad del instituto, que para no desvirtuar su funcionamiento exige que el acto, hecho u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace lesionar un derecho o libertad reconocida por la Constitución, salvo el hábeas corpus, lo haga con ilegitimidad manifiesta. No bastará pues con acreditar la lesión, restricción, alteración o amenaza a un derecho o libertad reconocida por la Constitución, sino que además se requerirá que exista ilegitimidad en el acto, hecho u omisión que las genere.

En efecto, por aplicación del principio de relatividad de los derechos podría afectarse o limitarse a un derecho o libertad constitucional sin que existiera ilegitimidad. Como dice Viera, en la actualidad no existen derechos absolutos, salvo estrictas excepciones, pudiendo limitarse todo derecho o libertad por razones de interés general. En el orden nacional, por una ley y en el departamental por un decreto con fuerza de ley. Los actos cumplidos por la Administración en cumplimiento de tales leyes o decretos con fuerza de ley, serían legítimos aunque afectaran un derecho o libertad constitucional. Todo ello en la medida en que no existiera arbitrariedad en la restricción o afectación del derecho o libertad, quedando en definitiva librada a la valoración que hiciera el juez la determinación de la existencia o ausencia de este elemento. (Vé. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, páginas 16 a 17 y Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 286, quien se pronuncia en similar sentido para el ámbito en que la afectación a los derechos o libertades la provoque un particular, sin abusos, excesos, arbitrariedades o ilegitimidades)

Esto nos lleva, en primer lugar, a tener que definir qué se entiende por ilegitimidad. Al respecto, el Profesor Biasco, siguiendo a Giucciardi, distingue del punto de vista técnico entre ilegitimidad e ilicitud, estableciendo que mientras la primera refiere a una violación a una norma de acción, la segunda refiere a una violación de una norma de relación. La ilegitimidad estaría relacionada a los actos de la administración en tanto la ilicitud estaría vinculada al comportamiento de la misma.

No obstante, aclara que en nuestro ordenamiento jurídico quedarían subsumidos en el concepto de ilegitimidad tanto los actos como los comportamientos (omisiones o hechos) contrarios al ordenamiento jurídico en general, violatorios tanto de una norma de acción como de relación. La ilegitimidad se concretaría así en toda hipótesis violatoria de normas jurídicas en sentido amplio. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 266 a 267)

Esta amplitud de la noción se puede encontrar en el artículo 309, inciso 1º de la Constitución, que al regular la acción de nulidad establece que procederá contra actos definitivos contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. En el mismo sentido, puede verse lo establecido por el Decreto - Ley 15.524, en su artículo 23, literal a).

Por otra parte, es preciso destacar, como lo enseña el Profesor Brito, que la noción de ilegitimidad debería desbordar la de la legalidad positiva o formal, por cuanto el objeto que se tutela aquí alcanza tanto a los derechos y libertades reconocidos expresamente como a los reconocidos implícitamente por la Constitución.

Sería absurdo pues dejar fuera del ámbito de protección del amparo a aquellos derechos o libertades que no hubieran sido reconocidos expresamente por una norma positiva. Todo ello por virtud de lo establecido por el artículo 72 de la Carta, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico positivo todos los principios

generales de la ley natural. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 155 a 157. Recuérdese sin embargo, que cierta tendencia jurisprudencial no ha interpretado el campo de aplicación del amparo con la amplitud del Dr. Brito, como ya se vio al analizar el elemento 3)

Habiéndose precisado el significado de ilegitimidad, debemos abocarnos a desentrañar el sentido de la nota que la califica como manifiesta.

En tal sentido, el Dr. Viera establece que lo manifiesto implica que la ilegitimidad resulte "clara, evidente, inequívoca, grosera. Que prácticamente se probara de inmediato, "in continenti", dejándose fuera del amparo las cuestiones opinables, que por ello requirieran mayor amplitud de debate y prueba. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 17)

Por su parte, el Dr. Rippe expresa que el la manifiesta ilegitimidad "debe necesariamente consistir en una violación categórica e indubitable de un derecho individual que pueda comprobarse por la parte agraviada de manera objetiva e inmediata y así ser apreciada por el Juez de la causa". Si el caso requiriese, en cambio, un mayor debate y pruebas más extensas, por cuestiones opinables o que presentaran cierta complejidad por las propias particularidades y circunstancias del caso, si el caso necesitara de un análisis mas amplio y profundo, el amparo no sería el procedimiento apropiado. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 287)

En similar sentido, el Escribano Biasco explica que manifiesto "es lo que por sus propias calidades, se muestra - prima facie -, tal como es, sin necesidad de mayor actividad interpretativa o integrativa". Y continúa: "Manifiesto equivale a lo que es patente, ostensible, indiscutible, descubierto, expuesto, mostrado, exteriorizado, aparente, claro, declarado, desnudo, evidente, sabido, visible, notorio, público, que hace ostentación, gala o alarde de ilegitimidad" (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 268, basándose en los pronunciamientos jurisprudenciales para definir al concepto)

Lo expuesto es consecuencia de la naturaleza y fines del instituto. Como advierte el Dr. Rippe, "el amparo como mecanismo tutelar y de garantía de los derechos constitucionales es por sus propósitos, excepcionalidad y efectos, de trámite sumario, incluso sumarísimo y ello no permite un autoriza etapas de conocimiento y prueba que no sean de rápida, directa y eficaz aprehensión, composición y comprensión de los hechos". Y más adelante afirma que "de lo contrario, no sólo se desvirtuaría este instituto sino que se violentarían otros principios esenciales de nuestro sistema jurídico, como el de igualdad de las partes en juicio, el derecho al debido proceso y la garantía de defensa. En efecto, la mecánica del instituto permite que el amparado pueda situarse un una posición de indudable preeminencia y ventaja en desmedro de su contraparte..." (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 287)

Sin embargo, debe tenerse presente que la jurisprudencia ha sostenido que el elemento ilegitimidad manifiesta no debe interpretarse con un criterio extremadamente restrictivo, sin que por ello se vulnere la exigencia de ostensibilidad y claridad de la ilegitimidad. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 268)

Lo señalado se relaciona íntimamente con el rechazo de la demanda por improponibilidad manifiesta, la que implica el rechazo de plano o "in limine" de la demanda, sin sustanciarla, disponiendo el archivo de las actuaciones. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que el rechazo liminar de la acción por manifiesta improponibilidad debe quedar reservado para aquellos casos en que seguir adelante con el juicio choque con el sentido común, dadas las manifestaciones del actor. Ante la menor duda, deberá posibilitarse el acceso a la sentencia definitiva, no pudiendo resolverse negativamente sin apreciar la totalidad del espectro jurídico en conflicto, la certeza del derecho y la existencia de la conducta lesiva. Al Juez, por principio, le corresponderá asumir una actitud protectora, evitando afectar el derecho de defensa. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 351 y siguientes, donde recoge los principios interpretativos que la jurisprudencia ha elaborado sobre el punto)

5. Sin que existieran otros medios judiciales o administrativos que permitieran obtener el mismo resultado

Se trata de otro de los elementos característicos de la excepcionalidad de este instituto, que determina que para que proceda el amparo no baste que mediante un acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo, se lesione, restrinja, altere o amenace lesionar un derecho o libertad reconocida por la Constitución, salvo el hábeas corpus, exigiéndose además que no existan otros medios que permitan obtener el mismo resultado (artículo 9, literal B) o que si existieren, fueran por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. (artículo 2º, ley 16.011). (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, páginas 20 a 21)

El Profesor Viera comentando este elemento manifestó que "es este aspecto el que le da al amparo su carácter de instrumento extraordinario, excepcional, residual, que corresponde cuando, dadas las circunstancias, los medios normales de protección resultan impotentes". Y más adelante, al determinar cuáles eran las circunstancias que ameritaban el amparo frente a los medios corrientes de tutela, expresó que "el amparo corresponde cuando hay una lesión o una amenaza inminente de lesión a un derecho o libertad constitucional que produce o va a ocasionar un daño irreparable al titular de tal derecho o libertad, de esperar se cumplan los trámites de los instrumentos normales", concluyendo que

en el amparo hay siempre una razón de tiempo, de inmediatez, que requiere un actuar sin tardanza, un proceder con urgencia. (Cf. *Luis Alberto Viera, op. cit., páginas 20 a 21*)

Por su parte, el Profesor Rippe, al explicar las notas de este elemento, afirma también que en este aspecto se puede apreciar el carácter restrictivo y excepcional del instituto, en tanto sólo procede en ausencia o por ineficacia de los procedimientos normales establecidos por la ley para resolver las pretensiones de las partes en el juicio. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

Se trata de un recurso previsto para evitar oportuna y eficazmente un daño grave e inminente o un daño grave e irreparable, por lo que si existieran otros recursos ordinarios que pudieran con relativa facilidad e inmediatez lograr esos propósitos, el amparo debería ser rechazado. Sólo cuando no existieren dichos recursos o cuando los mismos no tuvieran la aptitud para resolver con prontitud y eficacia situaciones graves, críticas y urgentes deberá admitirse el amparo. De lo contrario, se alteraría indebidamente el principio cardinal del debido proceso legal. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

En este sentido, resultan aplicables las consideraciones que el Profesor Brito efectuara en su trabajo al señalar el peligro denunciado en el Senado de que la acción de amparo no se convierta en "un mecanismo lateral, una especie de burla de lo jurídico, interponiendo una y otra vez recursos para evitar el funcionamiento adecuado y ágil de la justicia" (Ve. *Mariano Brito, op. cit., página 145, donde transcribe la opinión del Senador, Dr. Jorge Batlle sobre la acción de amparo*)

En definitiva, quedará librado al buen criterio del Juez la valoración de la oportunidad y eficacia de las vías procesales normales. Como ha sido puesto de manifiesto por el Profesor Rippe, se trata de un aspecto que dependerá de la apreciación personal del Juez, siendo uno de los elementos más complejos y controvertibles del amparo. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

En dicha apreciación judicial, el Profesor Biasco resalta que no alcanzaría con señalar la existencia de otros medios para desestimar el amparo, debiéndose analizar además si estos son iguales o más eficaces que el amparo. De lo contrario, debería operar el amparo, en forma paralela a los restantes medios existentes. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., páginas 339 a 340, analizando el punto bajo en nombre de "Principio de Subsidiariedad"*)

6. Provocando o amenazando con provocar al titular del derecho o libertad un daño irreparable

Finalmente, se adicionaría como elemento necesario, que el acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo produjera o fuera a producir al titular del derecho o libertad lesionado o amenazado de lesión un daño irreparable. (Cf. *Luis Alberto Viera, op. cit., página 21*)

El Profesor Rippe entiende que se requiere que se justifique la presencia de un daño serio, grave, innegable, que sólo pueda prevenirse o superarse oportuna y eficazmente mediante el amparo. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 287*)

Si no se presentara manifiestamente la inminencia o irreparabilidad del daño, el amparo carecería de fundamento y eficacia, ya que su fin específico consiste en prevenir la lesión, en el caso de amenaza, o detenerla, en el caso de la lesión, restableciendo de inmediato el derecho lesionado. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 287*)

Sólo la inmediatez del daño justificaría la inmediatez intrínseca a la acción de amparo, excepcional y sumaria por definición. El amparo, no tiene un propósito reparatorio sino restitutorio. Por lo expuesto, si el daño ya se hubiera consumado definitivamente o si ya no subsistieran los efectos lesivos, el amparo no sería pertinente porque se limitaría a una declaración abstracta, sin efectos en el caso concreto. El amparo es un instituto con un efecto puntual y específico: abstenerse de realizar un acto u hecho prohibido o ejecutar un acto u hecho omitido. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., páginas 287 a 288, hablando solamente de actos, aunque con un sentido comprensivo de los hechos y las omisiones, de acuerdo a lo sustentado por el autor en la página 283*)

El citado autor concluye su análisis de éste elemento manifestando que aunque la ley 16.011 no haya sido explícita en cuanto a la necesidad del mismo, se trataría de un presupuesto implícito, inherente a la razón y ser del amparo. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

El Profesor Viera, al comentar este elemento, aclara que la referencia a daño irreparable refiere a la reparación en especie, pues la monetaria siempre sería posible. Y agrega que si la conducta ilegítima aún no ha producido sus efectos, el amparo buscará eliminarla o suspenderla. Si, en cambio, la conducta ya hubiera producido sus efectos, el amparo buscaría restituir las cosas al estado anterior al gravamen. Por esa razón, el artículo 9º, en su literal b), establece que la sentencia que haga lugar al amparo deberá determinar con precisión lo que deba o no hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si correspondiera fijarlo. (Cf. *Luis Alberto Viera, op. cit., página 21*)

El Profesor Biasco, destaca al estudiar este presupuesto, que la doctrina sostiene que aún existiendo otros procedimientos legales, el amparo sería viable cuando el empleo de esos medios ordinarios pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, por denegación de justicia, estableciéndose la carga del actor de invocar y demostrar que el agravio existe y es irreparable. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 262, citando la obra del autor argentino Néstor Sagües*)

Pero luego afirma que en realidad el daño se produciría como consecuencia de la limitación del goce continuo de los derechos y libertades; situación que no habilitaría a transformar la consecuencia en condición. La exigencia de la acreditación de un daño irreparable, traería aparejado para el autor un bloqueo casi total a la posibilidad de deducir amparo por peligro o inminencia de lesión. A su criterio, el amparo procedería ante cualquier agresión actual o inminente al goce de un derecho o libertad, independientemente de la cuantía del daño que dicha agresión alcanzara a provocar; pues se trataría de impedir que se siguiera afectando el bien jurídico tutelado. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 262*)

El autor culmina su análisis señalando que la circunstancia de que los perjuicios ocasionados puedan ser indemnizados pecuniariamente no obsta al ejercicio del amparo, que trata precisamente de evitar la reparación por equivalente, criticando numerosa jurisprudencia que sostiene lo contrario. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., páginas 262 a 265*)

C) Efectos de la Sentencia Definitiva

1. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Espacio

Con relación a los efectos de la sentencia definitiva en el espacio, resulta aplicable también aquí el principio general "*res iudicata ius inter partes*" o "*principio de relatividad*", circunscribiéndose la eficacia del fallo al caso litigioso y a los sujetos intervinientes en el proceso.

En consecuencia, la sentencia dictada en un proceso de amparo no obligará a las autoridades o sujetos que no fueron parte en el mismo. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 370*)

Como ya explicáramos en oportunidad de tratar los efectos en el espacio de la sentencia definitiva de reparación patrimonial contra el Estado, estamos en el ámbito de lo que la doctrina clásica procesalista denomina como límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada. El límite objetivo lo constituye la cosa reclamada y la causa o título jurídico en cuya virtud se reclama y el límite subjetivo lo constituyen las partes en el proceso. (Cf. *Enrique E. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo II, FCU, página 295*)

Lo expuesto resultaría aplicable tanto a las sentencias que acogieran la demanda de amparo como a las que la denegaran.

Sin embargo, debe tenerse la regulación específica prevista para el caso de intereses difusos establecida por el artículo 220, que ya transcribíamos en sede de legitimación activa de la presente acción. En virtud de lo establecido por ésta norma, la sentencia que acoja la defensa de los intereses difusos beneficiará a todos los posibles interesados, teniendo eficacia general. Si por el contrario, la sentencia fuera desestimatoria de la defensa de éstos intereses, por falta de pruebas, no se impedirá que otro legitimado pueda volver a plantear la misma cuestión en un nuevo proceso. (Cf. *Enrique E. Tarigo, op. cit., páginas 297 a 298*)

2. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Tiempo

a) Efectos de la Sentencia que Deniega el Amparo

La sentencia que deniega el amparo es, como dice el Escribano Biasco, de naturaleza mere declarativa, porque no produce efectos constitutivos no de condena. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., páginas 369 a 370*)

Por lo tanto y como ya se ha manifestado en oportunidad de tratar las sentencias que desestiman las demandas de nulidad, reparación patrimonial e inconstitucionalidad, el fallo tendrá retroactividad absoluta, terminando con la situación de incertidumbre jurídica que había hasta ese entonces. (Cf. *Enrique E. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 214*)

b) Efectos de la Sentencia que Acoge el Amparo

La sentencia que acoge el amparo es calificada por la doctrina que trata el punto como de naturaleza condenatoria, porque luego de declarar el derecho de las partes, impondrá a una de ellas una prestación de hacer o no hacer alguna cosa. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 370 y Siegbert Rippe, op. cit., página 292*)

El contenido de la sentencia será puntual. El Juez habrá de limitarse a amparar o no al actor en sus derechos o libertades reconocidas por la Constitución, esto es, suspender u ordenar la ejecución de un acto. Se trata pues de un contenido no patrimonial y concreto.

Por ello, si los efectos del acto ejecutado u omitido hubieran cesado la sentencia del amparo no sería procedente por carecer de contenido. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 292)

Según lo destaca el Profesor Biasco, los contenidos específicos de ésta sentencia de condena serían:

- a) identificación de la autoridad o particular contra quien se dirigiera o contra quien se concediera el amparo
- b) determinación precisa de lo que debiera o no debiera hacerse
- c) plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no podría exceder de 24 horas continuas, contadas a partir de la notificación
- d) sanciones pecuniarias conminativas (astreintes), si correspondieran (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 371)

Con relación a los efectos en el tiempo de ésta sentencia, el Profesor Rippe señala que no estamos frente a una sentencia anulatoria de actos, no teniendo por ende, efectos retroactivos.

Sólo constituiría una protección para el demandante, que causa únicamente cosa juzgada formal, no material. No impide ni limita la posibilidad de que las partes en conflicto inicien otros procedimientos judiciales que resuelvan sobre las controversias de fondo entre aquellas. La sentencia, agotados los propios recursos del proceso, es inimpugnable, pero esencialmente mutable, como todo juicio sumario, en un procedimiento distinto y posterior, como está establecido en el artículo 11 de la ley 16.011. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 292)

Por su parte, el Profesor Biasco se pronuncia en similar sentido al señalar que el objeto del amparo es la protección del goce de derechos y libertades concretos y que en consecuencia, la cosa juzgada se da a esos solos efectos. Y partiendo de las nociones que sobre cosa juzgada elaboró Couture, concluye que en el amparo sólo hay cosa juzgada formal y no sustancial. En efecto, la cosa juzgada formal se define por el prestigioso autor como la que produce efectos limitados con relación al proceso en que la sentencia ha sido emitida, sin obstar a su revisión en un proceso posterior, mientras que la cosa juzgada sustancial sería la que produce sus efectos incluso con relación a todo otro proceso posterior. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 384 a 385)

En un enfoque diferente, se encuentra el Dr. Torello, quien adoptando la postura de Barrios de Angelis sostiene que la sentencia recaída en este proceso es siempre provisional y causa cosa juzgada sustancial o material parcial. Quiere decir que no será jurídicamente procedente revisar lo decidido en un proceso de amparo en otro similar, pero sí será jurídicamente procedente revisar lo decidido en el proceso de amparo en otro proceso de mayor estructura, diverso al amparo e idóneo o pertinente para debatir, en él, sobre la cuestión sumarísima tratada en el amparo. (Cf. Luis Torello, *op. cit.*, páginas 183 a 184)

Como habrá podido apreciarse, se trata más bien de una cuestión terminológica, coincidiendo todos los autores en que los efectos son los establecidos por el artículo 11 de la ley 16.011.

Hechas éstas precisiones, corresponde que nos aboquemos al análisis puntual del problema que analiza el Dr. Torello para los casos de amparo contra actos de las Personas Públicas.

Luego de plantear que en la Comisión del Senado se partió únicamente de la base que el amparo constituía una verdadera medida cautelar y de explicar que podrían darse supuestos en que el instituto operara como medida autosatisfactiva, el autor pone de manifiesto que en el campo de los actos contra la Administración, la obtención de resultados autosatisfactivos que suspendieran la ejecución de sus actos, aparejaría para ésta la imposibilidad de revisar lo resuelto en el proceso de amparo. En efecto, a diferencia de lo que pudiera ocurrir con referencia a los hechos, el prestigioso procesalista estima que la Administración no tendría aquí vía procesal que le permitiera dejar sin efecto lo dispuesto por el Juez del amparo.

Este problema de la posible definitividad de lo decidido sin que la Administración pudiera acceder a un proceso posterior revisivo de lo resuelto en el de amparo podría implicar, eventualmente, una posible inconstitucionalidad de la ley de amparo.

No obstante, el autor se inclina por entender que la solución al problema planteado se hallaría en lo dispuesto por el literal b), del artículo 9º, que establece que la sentencia que acoja el amparo deberá fijar el plazo por el cual dicha resolución regirá, cuando correspondiere hacerlo. Este artículo rectamente interpretado implicaría que en los casos de amparo contra actos de la Administración debería fijarse siempre el plazo durante el cual la sentencia regiría.

Con esta interpretación, el mandato que suspendiera la ejecución de los actos administrativos tendría siempre carácter provisional, por su limitación temporal, excluyendo que la sentencia de amparo operara la plena y definitiva satisfacción de la pretensión, imponiendo para ello al pretensor que necesariamente acudiría a la sede jurisdiccional constitucionalmente competente para que allí se decidiera, en el proceso pertinente, lo relativo al punto de la ilegitimidad del acto. (Cf. Torello, *op. cit.*, páginas 180 a 183)

El Profesor Viera, al estudiar el amparo administrativo llegaría a similares conclusiones, en cuanto al carácter provisional de éstas sentencias, al señalar que "frente a un acto administrativo contra el que se obtuvo amparo, deben igualmente interponerse los recursos que confiere el orden jurídico para evitar que el acto se torne definitivo y, en su oportunidad, deducir la acción anulatoria ante el T.C.A. El no uso de los medios de impugnación corrientes daría lugar a la caducidad del amparo". (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 27, citando la opinión de Bidart Campos)

D) La Jurisprudencia

La acción de amparo ha sido el tema respecto del cual la jurisprudencia resulta abundante y sobre todos los temas. Ello se debe fundamentalmente a las magníficas sistematizaciones que realizaron las Drs. Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro en "*Ley de Amparo*" y el Escribano Emilio Biasco en "*El Amparo General en el Uruguay*". (Ve. "*Ley de Amparo*", con comentarios a la ley del Profesor Luis Alberto Viera y sistematización jurisprudencial a cargo de las Drs. Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro, *op. cit.*, páginas 46 y ss. y "*El amparo general en el Uruguay*", de Emilio Biasco, en donde trata conjuntamente doctrina y jurisprudencia, agrupándola por temas)

No creemos por lo tanto conveniente realizar una reproducción de lo que ya se ha hecho con tanta brillantez. Muy por el contrario, siendo consecuentes con el objetivo que nos fijamos, sólo intentaremos sucintamente tratar algunos casos de los tantos que se han sistematizado y guardan relación con los temas que fueron estudiados en el presente trabajo.

1. Jurisprudencia sobre Legitimación Activa

a) Derechos Subjetivos

De los numerosos casos que se tratan en el capítulo I del Libro "*Ley de Amparo*", destacamos el N° 58, por la aparente restricción que parecería estar operando por la interpretación que de los llamados derechos de segunda generación realiza la jurisprudencia del caso.

Concretamente, se resume el caso de la siguiente manera. Los actores dedujeron amparo contra el B.H.U. y los Ministerios de Economía y Finanzas y de Trabajo y Seguridad Social, expresando que se habían sido lesionados por no haberse ejecutado el Plan de Viviendas para Jubilados, previsto por el artículo 7 de la ley 15.900, viéndose privados del beneficio establecido por expresa disposición legal y reconocido además por el artículo 45 de la Constitución.

La ley asegura vivienda higiénica y económica a un amplio sector de los pasivos del país, y el derecho a la vivienda se encuentra también reconocido constitucionalmente.

El artículo 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos consagra una fórmula más amplia que la del Pacto Internacional de las Naciones Unidas (ratificado por ley 13751) porque refiere a los derechos y libertades reconocidos en la Convención y en las Constituciones y leyes de los Estados partes.

Puede aceptarse, en principio, que la acción de amparo no comprende los llamados derechos económicos y sociales, o por lo menos no en su totalidad. Pero la situación cambia cuando alguno de esos derechos es reconocido por ley.

Además, no sólo el derecho a la vivienda se encuentra involucrado, sino que por elevación están también comprometidos el derecho al cobro de la pasividad y los más amplios de propiedad y trabajo. (art. 7 de la Constitución)

Por ende, no parece exacto propiciar un criterio estrecho para ponderar el objeto del amparo en casos como el *sui juris* y ello porque si bien existe un deber personal a procurarse la vivienda, también concurre el interés general traducido en un mandato constitucional de que el legislador propenda a asegurar la vivienda higiénica y económica. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, páginas 90 a 91)

La cuestión ya fue comentada en oportunidad de analizar el objeto del amparo y la extensión o amplitud con que debe interpretarse el giro legal derechos o libertades reconocidas expresa o implícitamente por la Constitución, remitiéndonos a las consideraciones formuladas por el Profesor Brito, en el sentido de que los derechos económicos y sociales también se encuentran reconocidos por la Constitución y en consecuencia, pueden ser objeto del amparo, sin necesidad de que una ley los reconozca. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 149 a 150)

b) Intereses Directos, Personales y Legítimos

En este ámbito, la jurisprudencia se ha mostrado más cautelosa, detallando la posición de otros países en el área hispanoamericana sobre el tema y descartándose en algunos casos. (Cf. Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro, en "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, página 49)

Como ejemplo de la jurisprudencia que descarta la procedencia del amparo en el caso de intereses legítimos, destacamos el caso 4, del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*".

En el resumen efectuado en dicha obra se establece que la pretensión deducida por la actora tiene por fin proteger su derecho al trabajo que entiende lesionado por la resolución del BCU que determinó el cese de su comisión en él, pese a haber formulado en tiempo su deseo de integrar en forma definitiva los cuadros funcionales del Banco, al amparo del art. 7 de la ley 15.581.

El derecho al trabajo que protege la Constitución como fundamento del amparo, debe entenderse referido al trabajo respecto del cual se tenga un derecho reconocido y firme.

La resolución que se ataca no lesiona el carácter de funcionaria pública de la actora, ni sus derechos funcionales en su oficina de origen; lesiona sí su interés a continuar en ese trabajo determinado, pero no su derecho a él, en tanto ese derecho no existe.

Y más adelante y en lo que aquí interesa se establece: "*el amparo no protege contra violaciones de un interés o de una expectativa por legítimos que ellos sean, sino que protege la violación de un derecho o libertad*" (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, página 67)

Personalmente pensamos que pese a lo tajante del fallo, en la realidad del caso concreto, la situación no sería tan grave, pues la situación parecería asemejarse más a la de mera expectativa. No obstante, pensamos que la situación jurídica de interés legítimo debería estar comprendida dentro del objeto del amparo, remitiéndonos a las argumentaciones esgrimidas en oportunidad de analizar la legitimación activa de ésta acción.

c) Intereses Difusos

En materia de intereses difusos, la Jurisprudencia ha sido ampliamente receptiva, particularmente en la defensa de los derechos ambientales, sin perjuicio de que luego, por otras circunstancias, se desestimara el amparo.

De los numerosos casos existentes, escogimos el número 13 del Capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*".

En éste caso, se promovió el amparo por el Centro Comercial e Industrial Colón y Zonas Adyacentes, con la finalidad de obtener la suspensión provisoria y cautelar de las obras iniciadas por la UTE y la IMM para el tendido de un sistema de cables de alta tensión, que implicaba el corte de árboles del ornato público y destrucción del entorno urbano. Puntualmente, se invocó la lesión de los derechos a la salud, integridad física, pérdida de la calidad de vida de los habitantes de la zona, impacto ambiental y destrucción del entorno paisajístico. El amparo se desestimó por falta de prueba de la amenaza o lesión a derechos fundamentales y por ausencia de ilegitimidad manifiesta, agregándose que en todo caso debía tenerse en cuenta la magnitud, importancia y conveniencia que la obra pública en su conjunto representaba para la población de Montevideo, debiendo predominar estos intereses, que son de carácter general. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, páginas 71 y 109)

2. Jurisprudencia sobre el Objeto del Amparo

En materia de objeto es donde se presenta la mayor cantidad de material. Pensamos que sería útil hacer una reseña de algunos de los casos que se han planteado contra la Administración, haciendo referencia primero a casos en que se haya hecho lugar al amparo, para luego mencionar casos en que no se haya hecho lugar al mismo. Cabrían múltiples enfoques. Éste ha sido el que nos pareció que se adaptaba más a las limitaciones de nuestro trabajo.

a) Algunos casos en que se ha hecho lugar al Amparo contra la Administración

i. Amparo que suspende la ejecución de actos Administrativos

Elegimos el caso número 20 del libro "*Ley de Amparo*". La actora, jubilada como administrativa de colegios religiosos, promovió el amparo contra el BPS, considerándose lesionada en cuanto le quitó el goce de sus derechos jubilatorios, luego de cuatro años de cobro regular, sin haber sido notificada de ninguna resolución.

El magistrado estimó que en la especie se violaron las reglas del debido proceso administrativo. Por vía de hecho se le suprimió el goce de un derecho que la propia Administración le había reconocido previamente por decisión firme, habiéndose adoptado resolución del Directorio con posterioridad al no pago de sus haberes sin darle oportunidad de defensa y sin haberla notificado.

En consecuencia, se resolvió suspender la ejecución de la resolución del BPS hasta que transcurra el término para recurrir en vía administrativa o se notifique la decisión definitiva a la demandada. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, página 74)

Como puede apreciarse, se sigue lo señalado por Torello al señalar que al suspender la ejecución de los actos administrativos el amparo es provisional y necesariamente establece la duración de la medida, para que el accionante plantee la cuestión de fondo eventualmente ante el TCA. (*Véase lo señalado en oportunidad de analizar los efectos temporales de la sentencia de amparo*)

ii. Amparo que exige un pronunciamiento de la Administración

Aquí nos pareció interesante el caso número 5, del Capítulo VI, del libro "*Ley de Amparo*".

El Jefe de Contaduría de ANEP había dispuesto de hecho la retención total de haberes del funcionario accionante, estando pendiente una investigación administrativa cuya dilación era injustificada.

Dicha retención se transformó en una verdadera sanción que fue manifiestamente ilegítima no sólo por su indefinición temporal, sino por la ausencia de decisión firme de la Administración que, concluyendo en la existencia de una falta funcional, dispusiera tal medida.

El funcionario estaba asistido del derecho a exigir que se definiera su situación en un plazo prudencial y con las debidas garantías del procedimiento administrativo.

Por tal motivo, se dispuso que ANEP iniciara, en un plazo máximo de ocho días la investigación administrativa y procediera, en un plazo máximo de setenta y dos horas a abonar las sumas impagas por concepto de pensión alimenticia que se le habían retenido al funcionario conjuntamente con su sueldo. (*Ve. "Ley de Amparo", op. cit., página 209*)

iii. Amparo que hace cumplir la decisión propia de la Administración

Aquí optamos por el caso 6°, del libro "*Ley de Amparo*". En el resumen del caso se establece que la decisión de la Comisión Especial (ley 15.783) constituye la voluntad de la propia Administración, que actuó en ejercicio de un poder propio asignado por ley, sustituyendo al organismo correspondiente.

Por lo expuesto, se estimó del caso dar cumplimiento a dicha resolución que había ordenado la reincorporación del actor (funcionario de la Intendencia de Florida) con calidad y cargo que tenía en el momento de su destitución.

La sentencia de segunda instancia, confirmó la de primer grado, que ordenaba la reincorporación del actor a los cuadros funcionales de la demandada en plazo de veinticuatro horas a partir de la notificación de la sentencia y bajo apercibimiento de aplicación de astreintes. (*Ve. "Ley de Amparo", op. cit., páginas 209 a 210*)

b) Algunos casos en los que no se ha hecho lugar al Amparo contra la Administración

i. Amparo contra Reglamento General de la Administración

Destacamos sobre el punto el caso número 74, del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*".

El caso trata sobre un amparo deducido por la Defensoría de Oficio en lo Criminal contra la Dirección Nacional de Cárceles, solicitando se suspenda la aplicación del Reglamento General de Cárceles en cuanto a las sanciones disciplinarias que el mismo establece.

El Tribunal entendió que siendo el Reglamento un acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales estaría excluido de la acción de amparo.

La ley no excluye de modo expreso a los reglamentos del amparo, pero por lo que fluye de varias disposiciones de la reglamentación de éste instituto (arts. 1,3,8 y 9), el sentido que se extrae del contexto es que no parece previsto como medio de impugnación contra normas generales.

Aún cuando en el plano teórico fuera posible, dentro de nuestro sistema jurídico institucional de división e independencia de poderes, tal posibilidad aparece sin apoyo jurídico. (*Cf. Rivas, Judicatura N° 25 Y 26*)

Por la recepción de controlar ésta actividad administrativa se podría llegar a la mutación de un Estado de Derecho en un Estado Jurisdiccional de Derecho. (*Ve. "Ley de Amparo", páginas 99 y 147*)

ii. Amparo improcedente por no contarse con un derecho al cargo vacante

Se trata del caso número 40, del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*". El amparo se dedujo contra el MSP (Colonia Etchepare), considerándose la amparista lesionada en su derecho al ascenso y a la carrera administrativa en cuanto por una orden interna de servicio, ratificada por resolución del Poder Ejecutivo, se encargó

de la Dirección Administrativa de la Colonia a un funcionario con menos derecho que ella, aduciéndose requerimientos del normal funcionamiento del servicio.

Se entendió que el acto presuntamente lesivo no aparecía como manifiestamente ilegítimo, por cuanto la actora no gozaba del derecho al cargo vacante sino que tenía una legítima expectativa y eventual derecho a postularse al mismo.

Además, la actora había ejercido el derecho de petición, habiéndose operado a la fecha la denegatoria ficta, por lo que debió haber planteado la acción de nulidad ante el TCA. Si no lo hizo, no podía luego pretender subsanar su omisión a través de la acción de amparo. (Ve. "*Ley de Amparo*", op. cit., página 82)

iii. Amparo improcedente contra suspensión preventiva del cargo

El caso que seleccionamos referente al punto es el 26 del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*". El amparo lo deduce un funcionario de la Administración de Correos contra la Dirección de dicho organismo en cuanto ésta había ordenado la investigación administrativa con separación del cargo y retención parcial de sueldos del accionante conforme al Decreto 640/73.

Las medidas adoptadas no constituyeron una sanción disciplinaria sino una medida provisoria por la cual la Administración alejó momentáneamente de sus tareas al funcionario para permitir la investigación administrativa conducente al esclarecimiento de los hechos.

La separación preventiva del cargo no debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario para practicar la investigación y no debe ser superior al plazo probable de la suspensión a recaer

La acción de amparo en esta materia es excepcionalísima por cuanto los actos administrativos se presumen legítimos.

Además, para éste pronunciamiento judicial, el amparo no procedería encontrándose pendiente el agotamiento previo de la vía administrativa y en esa circunstancia estando expedito el accionamiento anulatorio jurisdiccional. (Ve. "*Ley de Amparo*", op. cit., páginas 76 a 77)

Esto último, ha sido cuestionado por Biasco como afirmación genérica. En efecto, el prestigioso autor señala al estudiar "*el principio de subsidiariedad*", que la existencia de otros medios no significa necesariamente la interposición efectiva y menos el agotamiento de los otros posibles medios. No alcanza con señalar otros medios para desestimar al amparo. Deberá valorarse además la efectividad de éstos para saber si procede o no el amparo. (Cf. Emilio Biasco, op. cit., páginas 339 a 340)

De todos modos, pensamos que el tema de la existencia de otros recursos no fue lo realmente determinante de que no se hiciera lugar al amparo.

3. Jurisprudencia sobre los Efectos de la Sentencia Definitiva del Amparo

Sobre este punto, a diferencia de lo ocurrido con el objeto, la jurisprudencia resulta escasa. Plantearemos aquí solamente tres casos. Uno que referirá a los efectos en el espacio y dos que referirán a los efectos en el tiempo.

a) Efectos de la Sentencia Definitiva en el Espacio

Sobre el punto escogimos el caso 81 del capítulo V, del libro "*Acción de Amparo*".

En el caso 81 se establece que es procedente relevar de oficio la excepción de cosa juzgada en el ámbito del amparo, cuando se pretende replantear la misma pretensión y concurren los elementos objetivos que perfilan el instituto. (art. 133 in fine C.G.P.)

La no existencia simultánea de todos los requisitos exigidos por la ley en la pretensión deducida ante el similar de 21° Turno, fue lo que determinó su rechazo liminar, providencia que al quedar ejecutoriada, hizo cosa juzgada sobre su objeto.

Siendo así, no puede reverse por otra sede la misma situación en competencia de amparo. La viabilidad de éste, su procedencia respecto a la situación jurídica planteada en la demanda, resulta alcanzada por la cosa juzgada.

Para el sentenciante, existiría cosa juzgada formal, porque la providencia denegatoria ya no sería susceptible de recurso alguno y se configuraría cosa juzgada sustancial, en cuanto, de no modificarse alguno de los elementos objetivos, no cabría promover una nueva acción de amparo. Todo sin perjuicio de que quedare subsistente el ejercicio de las acciones que pudiesen corresponder a las partes, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la ley 16.011. (Ve. "*Ley de Amparo*", op. cit., página 205)

Nótese que ésta postura resulta distinta a la sostenida por Biasco, para quien la sentencia sólo tendría cosa juzgada formal, en razón justamente a la posibilidad de ejercer otras acciones. (Ve. Emilio Biasco, op. cit., páginas 383 a 384)

Tampoco parecería ser coincidente con la posición de Torello, para quien solamente habría cosa juzgada sustancial o material parcial. (Ve. *Luis Torello, op. cit., páginas 183 a 184*)

De todas maneras, como ya se señaló en su oportunidad, parece más bien una cuestión terminológica que una diferencia práctica, pues no hay desacuerdos en cuanto a lo establecido en el artículo 11 de la ley 16.011.

Ubicamos el caso en los efectos en el espacio, por tratarse de una cuestión referente a los límites objetivos de la cosa juzgada.

b) Efectos de la Sentencia Definitiva en el Tiempo

Aquí optamos por seleccionar los casos 82 del Capítulo V y 4 bis, del capítulo VI, del libro "*Ley de Amparo*".

En el caso 82, se establece que en lo que atañe a la sentencia desestimatoria del amparo, cabe señalar que ella puede obedecer a que el Juez considere que el acto impugnado no reúna el carácter de manifiestamente arbitrario o ilegal, o que exista otra vía legal para la tutela del derecho invocado por el actor.

En ambos supuestos, el pronunciamiento judicial es inmutable en lo que respecta al amparo, y no puede servir de fundamento para deducir una excepción de cosa juzgada en otro proceso distinto al amparo, que se pronuncie sobre la misma cuestión.

En el segundo caso, porque el Juez del amparo se ha limitado a comprobar y declarar la inexistencia de un requisito de admisibilidad de la pretensión y no ha emitido decisión alguna acerca del derecho reclamado y de la ilegalidad cometida. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit., página 206*)

Ubicamos éste caso dentro de los efectos de la sentencia en el tiempo porque se analiza la cosa juzgada desde la perspectiva de su inmutabilidad y no desde la óptica de su alcance objetivo o subjetivo.

Finalmente, en el caso 4 bis se dispuso la suspensión de la resolución de la Intendencia Municipal de San José en cuanto prohibía la extracción de arena de los padrones que, a la fecha de dicho acto, explotaba el demandante mediante título hábil conferido por autoridad competente.

Se estableció que dicha suspensión regiría hasta que el accionante se hallara en condiciones de interponer demanda anulatoria jurisdiccional ante el TCA y suspensión cautelar ante el mismo Tribunal, extremos que deberán justificarse en forma idónea. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit., páginas 208 a 209*)

En el caso se aprecia la naturaleza provisional del amparo que suspende la ejecución de actos administrativos, determinando la duración de la medida hasta que el accionante pueda interponer la demanda de nulidad y solicitar ante el TCA la suspensión cautelar del acto. Se sigue aquí la interpretación preconizada por Torello en cuanto a la provisionalidad de la sentencia que acoge el amparo suspendiendo la ejecución de actos administrativos.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- *Olivera Amato, Juan Martín, «La partición de paquetes accionarios: el aporte de la teoría de la valuación de acciones»*
- *Martín Pecoy Taque, Disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de la propia y eventual incapacidad*

LA PARTICION DE PAQUETES ACCIONARIOS: EL APORTE DE LA TEORIA DE LA VALUACIÓN DE ACCIONES

JUAN MARTÍN OLIVERA AMATO

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIO DE LA PARTICIÓN EN ESPECIE. III. CARACTERES DE LAS ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. IV. LA PARTICIÓN DE LOS PAQUETES ACCIONARIOS DE CONTROL. V. ALCANCE DEL CONCEPTO DE CONTROL SOCIETARIO. VI. LA VALUACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La partición es una de las formas de extinción de la indivisión hereditaria (junto con la cesación de la pluralidad de sujetos, el agotamiento del activo y la transformación en otro régimen jurídico) ¹.

Puede definirse la partición de la herencia como la sustitución del derecho de cada coheredero sobre la cuota en una herencia indivisa, por un derecho exclusivo sobre los bienes que a cada uno se le adjudican ².

Las normas de la partición hereditaria son también aplicables a otras indivisiones de bienes, tales como las derivadas de la disolución de la sociedad conyugal (art. 2013 CC), de la disolución de la sociedad civil (art. 1937 CC) y de los condominios contractuales. Hasta la aprobación de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060, también regulaba la adjudicación a los socios o accionistas de los bienes de las sociedades comerciales disueltas.

La ley mira con disfavor a las indivisiones comunitarias. Nuestra ley civil, siguiendo el criterio tradicional del Derecho Romano, consagra el principio de la división forzosa ³. El art. 1115 CC dispone que la partición de la herencia podrá siempre pedirse, cualquiera que sea la prohibición del testador o al pacto que haya en contrario.

En principio, en caso de tener los interesados la libre administración de sus bienes, la partición puede ser realizada en forma extrajudicial (art. 1127 CC). No obstante, faltando la conformidad de todos los interesados (art. 1132 CC) o tratándose de representantes legales de ausentes o incapaces (arts. 1129 y 1130 CC), la partición deberá hacerse judicialmente (partición judicial) o requerirá la aprobación del Juez (partición mixta), según los casos ⁴.

En la partición judicial, a falta de acuerdo entre las partes en la forma de división de los bienes, la ley establece un procedimiento conducente a lograr una equitativa división del acervo hereditario entre los coherederos. Este procedimiento requiere diversas operaciones: determinación y estimación de la masa partible (arts. 1134-1135 CC, 418 CGP); ventas de bienes (de carácter eventual) (arts. 1136-1137 CC); nombramiento de contador (art. 1138 inc. 1 CC); rendición de cuentas, pagos recíprocos, colación y reajuste de las obligaciones (arts. 1138 inc. 2 y 1139 CC); formación y adjudicación de los lotes (arts. 1140-1141 y 1142 CC); aprobación judicial y ejecución de la partición (art. 1146 CC) ⁵.

1 VAZ FERREIRA, Eduardo, Tratado de Sucesiones, t. VI vol. I, Montevideo, 1991, pág. 118 y ss.

2 VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I, pág. 127.

3 SOHM, Rodolfo, Historias e instituciones del derecho privado romano, trad. P. Dorado Montero, Madrid s/f, pág. 677.

4 Vé. VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I pág. 207 y ss.; AREZO PIRIZ, Enrique, Tratado de las Particiones, AEU, Montevideo, 1995, t. I, pág. 227 y ss.

5 VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I pág. 247 y ss.; AREZO PIRIZ, Enrique, Ob. cit., t. I, pág. 272 y ss.

II. PRINCIPIO DE LA PARTICIÓN EN ESPECIE

Conceptualmente, la atribución singular de bienes y derechos, propia de la partición puede hacerse de dos modos fundamentales: *en especie*, es decir adjudicando los bienes, o *en valor*, o sea reduciendo los bienes a dinero mediante la venta de ellos⁶. Nuestra ley civil consagra el principio de la partición en especie. El art. 1136 CC dispone que "los coherederos tienen derecho a que se haga la partición en los mismos bienes de la herencia".

El principio de la partición en especie presenta tres excepciones: la oposición de los acreedores a la partición (arts. 1136 y 1149 CC); la decisión de la mayoría de los coherederos (art. 1136) y los casos de indivisibilidad de la cosa (art. 1137).

Por indivisibilidad de la cosa debe entenderse, tanto los casos en que la cosa no admita cómoda división como los casos en que la cosa disminuiría mucho en la división.

Aunque la ley no lo dice expresamente, parece ser su sentido claro que lo que debe evaluarse es la eventual disminución del valor de la cosa, en caso de producirse su división. Así lo expresa COVIELLO cuando afirma que por no ser cómodamente divisible, debe entenderse no sólo cuando la partición es materialmente imposible sino cuando importe un notable desvalor económico⁷.

Como dice VAZ FERREIRA, "La incomodidad que obsta el reparto en especie existe en cambio cuando la división será causa de sensible depreciación o haría el goce notablemente oneroso o difícil"⁸.

El Código Civil argentino, con la redacción dada por la ley N° 17.711, consagra el mismo principio al disponer "No podrá dividirse una cosa cuando ella convierta en antieconómico su aprovechamiento"⁹.

De acuerdo con el art. 1137, cuando el bien no admita cómoda división o disminuya con la división, cualquiera de los interesados podrá pedir la venta pública del bien, cuando la indivisibilidad del mismo determine que no pueda guardarse la debida igualdad en los lotes o adjudicaciones.

Es decir que no siempre la falta de cómoda divisibilidad hace necesaria la venta, pudiendo el bien indivisible adjudicarse por entero a uno de los coherederos, cuando existen otros bienes en la sucesión. Esto sería posible incluso cuando los restantes bienes fueran de menor valor, en la medida que la adjudicación se realice con alguna compensación o "soulte"¹⁰.

El mismo principio resulta consagrado en sede del contrato de compraventa para la venta de la cosa común. Dispone el art. 1755 CC que "Si una cosa común a muchos no puede ser dividida cómodamente y sin menoscabo, o si en una partición de bienes comunes se encuentra una cosa que ninguno de los propietarios quiere o puede admitir por entero, se hará la venta a martillo o en subasta pública, y el precio se repartirá entre los interesados".

Los ejemplos clásicos de bienes indivisibles que invoca la doctrina son los relativos a bienes inmuebles o a la casa de comercio¹¹.

Sin embargo, hay otra situación que provoca frecuentemente problemas y requiere un análisis más detenido: nos referimos a la partición de acciones de sociedades anónimas.

Contradiendo a AREZO PIRIZ¹², no corresponde seguir respecto de las mismas el mismo criterio que el utilizado por la ley y la doctrina respecto de la casa de comercio.

III. CARACTERES DE LAS ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales (ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989 -LSC-) no define el concepto de acción. No obstante dispone que el capital de las sociedades anónimas se dividirá en acciones (art. 244, LSC), que se aplicarán a las acciones las normas sobre títulos-valores (art. 316, LSC) y que los tenedores de acciones -accionistas- tendrán una serie de derechos fundamentales en la sociedad (art. 319, LSC).

Las expresiones dispersas de la ley no hacen más que recoger una posición tradicional en la doctrina que ha analizado la acción desde una triple perspectiva: como alícuota de del capital social, como derecho de participación social y como título de crédito¹³.

6 ZANNONI, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, 4ª edición, Buenos Aires, 2001, t. I, pág. 675.

7 COVIELLO, Nicolás, Delle Successioni - Parte General, 4ª edición, Nápoles, 1935, pág. 528 y ss., citado por AREZO PIRIZ, Enrique, ob. cit., t. I, págs. 280-281.

8 VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I pág. 252.

9 Vé. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. I, pág. 677.

10 AREZO PIRIZ, Enrique, ob. cit., t. I, pág. 281.

11 VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I págs. 252-253; AREZO PIRIZ, Enrique, ob. cit., t. I, pág. 281-285.

12 AREZO PIRIZ, Enrique, ob. cit., t. I, pág. 285.

13 VIVANTE, Cesare, Trattato di Diritto Commerciale, Milano, 1906, t. II, pág. 252.

Cada acción es indivisible por imperio de la ley (art. 296 inc. 2, LSC), la cual regula además el régimen del condominio de acciones (art. 56, LSC). Sin embargo, en la generalidad de los casos, el capital social se encuentra dividido en una multiplicidad de acciones, con igual valor nominal (art. 296 inc. 1, LSC), las cuales permiten la participación fraccionada de diversos accionistas en el capital social.

Puede decirse que, mientras la acción es legalmente "indivisible", las participaciones accionarias o "paquetes" accionarios son técnica o materialmente "divisibles".

Las acciones de sociedades anónimas confieren a sus titulares, frente a la sociedad, una serie de derechos de contenido económico: derecho al dividendo, derecho a la cuota de liquidación, derecho de preferencia, derecho de receso.

No obstante, también les confieren derechos denominados "políticos"¹⁴, que tienen por finalidad asegurar o preservar los derechos económicos del accionista. Estos derechos son los de participar y votar en las asambleas sociales, fiscalizar la gestión de los negocios sociales, convocar asambleas, recabar información de la sociedad, demandar la responsabilidad de los administradores de la sociedad, etc.

Son numerosas las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales que confieren estos derechos, estableciendo en cada caso el porcentaje de participación accionaria en el capital social requerida para su ejercicio.

- a) Las decisiones de las asambleas sociales (aprobación de balances, designación de administradores, reformas estatutarias no incluidas como supuestos especiales y decisiones asamblearias en general) serán adoptadas por mayoría absoluta de votos de accionistas presentes (art. 356).
- b) La reforma de los estatutos sociales, en el caso de supuestos especiales (fusión, escisión, transformación, disolución anticipada, cambio fundamental del objeto, aumento o reintegro del capital, etc.) requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de acciones con derecho a voto (art. 362).
- c) Se requiere el voto favorable de accionistas que representen el 75% del capital social para dispensar a la sociedad del pago del dividendo mínimo obligatorio (art. 320). Es decir, accionistas que representen más del 25% del capital social pueden asegurar el pago de este dividendo.
- d) Se requiere una participación mínima del 20% del capital integrado para solicitar la convocatoria de una asamblea (art. 344) o para asegurarse la representación en el órgano de fiscalización interna (art. 397)¹⁵.
- e) Se requiere una participación mínima del 10% del capital integrado para requerir la exhibición de los libros sociales (art. 339) o promover una fiscalización especial de la sociedad por la Auditoría Interna de la Nación (art. 410).
- f) Se requiere una participación mínima del 5% del capital integrado para oponerse a la aprobación de la gestión de los administradores por la sociedad (art. 392) o para solicitar información al síndico de la sociedad (art. 402 num. 7).

De lo expuesto surge que la tenencia de determinada participación en el capital social confiere a los titulares de la misma algunos derechos políticos diferenciales que no poseen en el caso de una participación menor.

Esta especial circunstancia plantea la interrogante respecto a la medida en que este tratamiento diferencial de determinados paquetes o participaciones accionarias no pueden incidir en la divisibilidad de las mismas a los efectos particionarios.

IV. LA PARTICIÓN DE LOS PAQUETES ACCIONARIOS DE CONTROL

El tema del valor diferencial del paquete de control de las sociedades anónimas fue objeto de disputa en la doctrina italiana, con motivo de la disposición contenida en su Código Civil (art. 726), según la cual la cuantía de los bienes de la masa a partir debe ser determinada "según el valor venal de los objetos singulares".

Esta norma lleva a algunos autores¹⁶ a adoptar en el cálculo un criterio esencialmente atomístico, computando el valor de cada acción en forma independiente de las restantes o de su integración en un paquete de control. No obstante, reconocen que, fuera de la situación específicamente hereditaria, existe un valor de control distinto del valor intrínseco de la acción.

14 VÉ. RIPPE, Siegbert, *Sociedades Comerciales*, 9ª edición, Montevideo, 2001, pág. 138.

15 OLIVERA GARCIA, Ricardo y OLIVERA AMATO, Juan Martín, *La representación de las minorías en el órgano de control interno de las anónimas: un tema de derecho legislativo*, Anuario de Derecho Comercial, t. 8, Montevideo, 1999, pág. 255 y ss.

16 SIMONETTO, Ernesto, *Successione ereditaria e plus valore della partecipazione azionaria di controllo*, Rivista delle Società, año V, 1960, pág. 685; MENGONI, Luigi, *La divisione del pacchetto azionario di maggioranza fra gli eredi dell'azionista*, Rivista delle Società, año IV, 1959, pág. 428.

En cambio, otros autores¹⁷ han sostenido que nada obsta al reconocimiento de la realidad del plus valor de control de la sociedad que deriva de la concentración de un paquete accionario, no habiendo razón para no considerarlo a los efectos de la división entre los herederos del accionista.

La doctrina nacional ha sido sensible a esta cuestión. Expresa VAZ FERREIRA¹⁸ que "La cuestión adquiere especial importancia cuando en la herencia aparece un paquete de acciones que al causante le aseguraba el control de determinada sociedad: ciertamente es por naturaleza divisible, y la regla de la igualdad de los lotes en cuanto a la calidad de los bienes parece imponer la división, pero en algunos casos ocurre que la distribución de las acciones haría pasar a otras manos la dirección de la sociedad y reduciría eno mement el valor de las acciones partidas. En tales circunstancias debe tenerse presente que la gran disminución de valor obsta a la división, y en consecuencia, el paquete íntegro es lo que debe incluirse en algún lote o venderse".

Sin embargo, esta posición no controvertida de la doctrina nacional, basada en la constatación empírica de la existencia de un apetito del accionista por controlar la sociedad y su disposición a pagar por ello un precio especial, deja pendientes algunas interrogantes:

¿Qué es el control societario?

¿Solamente el control societario confiere a los paquetes accionarios una mayor medida de valor?

¿Cuál es el fundamento de ese mayor valor de las acciones que aseguran el control societario?

V. ALCANCE DEL CONCEPTO DE CONTROL SOCIETARIO

La Ley de Sociedades Comerciales regula el concepto de sociedades controladas, previendo el fenómeno del control de una sociedad por otra, y estableciendo a la sociedad controlante una serie de obligaciones y prohibiciones.

El art. 49 LSC dispone que "Se consideraran sociedades controladas aquéllas que en virtud de participaciones sociales o accionarias o en mérito a especiales vínculos, se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades".

La doctrina¹⁹ ha sostenido que nuestra ley societaria, siguiendo a la ley argentina luego de su reforma de 1983, ha consagrado el control interno y externo, jurídico y de hecho de las sociedades comerciales.

Sin embargo, a los efectos de la determinación del valor de los paquetes accionarios de las sociedades habrá de interesarnos analizar el control interno de las sociedades; es decir, el que proviene de la tenencia del paquete accionario que permita ejercer sobre la misma una "influencia dominante".

La situación más clara de control interno de una sociedad anónima es el que resulta del paquete mayoritario (control interno jurídico), el cual permitirá al accionista controlador designar a los administradores de la sociedad, aprobar la distribución de dividendos, modificar los estatutos sociales, etc. Esta es la situación que toma como ejemplo la doctrina al referirse a la división particionaria de los paquetes accionarios²⁰.

Sin embargo, también un paquete minoritario puede otorgar a su tenedor control interno jurídico de la sociedad. Imaginemos el caso de una sociedad anónima cuyo capital se encuentra dividido en dos series de acciones (A y B), correspondiendo a la Serie A la designación de la mayoría del Directorio y a la Serie B la minoría del mismo. En este caso, el paquete que, aunque minoritario en la sociedad, represente la mayoría de la Serie A, podrá designar a la mayoría del Directorio y ejercer sobre la sociedad la influencia dominante propia del control. Lo mismo ocurriría en el caso de existir un convenio de accionistas que asegurara a un accionista minoritario la designación de la mayoría de los integrantes del órgano de administración.

Pero también puede existir sobre la sociedad un control interno de hecho, el cual no proviene de la capacidad jurídica para adoptar determinadas decisiones sociales, sino del modo en que, en los hechos, se forma dicha voluntad social.

La situación más clara de control interno de hecho se produce en los casos de las grandes sociedades anónimas, en las que existe una gran atomización de las participaciones accionarias y se produce un tenome-

17 BAGNOLI, Willy, Ancora sulla divisione del pacchetto azionario di maggioranza fra gli eredi dell'azionista, Rivista delle società, año IV, 1959, pág. 652.

18 VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I pág. 267.

19 En Argentina: OTAEGUI, Julio César, Concentración societaria. El control externo, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 20, 1987, pág. 79 y ss. En Uruguay: OLIVERA GARCIA, Ricardo, La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios en el Uruguay, Anales del Foro, t. 1, 1991-1992, pág. 59.

20 VAZ FERREIRA, Eduardo, ob. cit., t. VI, vol. I pág. 267.

no de indiferencia o de ausentismo del accionista. Este posee poca participación y escasa gravitación en la formación de la voluntad social. Esto determina que un accionista minoritario, con una minoría de cierta relevancia, se encuentre en los hechos en condiciones de formar esa voluntad social.

Retornando al tema de la partición de los paquetes accionarios, deberíamos preguntarnos si toda situación de control provoca una diferencia sustancial de valor entre el paquete en su conjunto y las acciones que individualmente lo integran, la cual determina la indivisibilidad del paquete; y si solamente la situación de control produce esa diferencia de valor que trae aparejada la indivisibilidad del paquete.

La respuestas a estas interrogantes debe encontrarse en la teoría de la valuación de las participaciones accionarias de las sociedades anónimas.

VI. LA VALUACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

La doctrina de las finanzas de empresas ha discutido mucho en torno a cuáles son los criterios más adecuados para la valuación de empresas y para la valuación de las participaciones sociales²¹.

Los métodos o criterios de valuación propuestos han sido muchos: criterios estáticos, basados en la estimación del valor patrimonial; criterios dinámicos, basados en los beneficios o en los dividendos futuros; y criterios mixtos, basados en la valuación del fondo de comercio, los cuales parten de la valuación del patrimonio neto y suman luego la plusvalía resultante del valor esperado de los beneficios futuros.

Sin embargo, la metodología más difundida para medir el valor de las empresas y de sus paquetes accionarios es la que se basa en la estimación de los flujos de dinero que la misma generará en el futuro, descontados a una tasa de descuentos adecuada según el riesgo de dichos flujos. Esta fue la metodología tradicionalmente usada en los Estados Unidos y la aceptada actualmente por la doctrina de las finanzas de empresas como el único método de valuación conceptualmente correcto²².

Partiendo de la aplicación de este criterio dinámico, será el *cash flow* proyectado de la empresa el elemento sustancial para medir su valor. Será también el *cash flow* proyectado de la participación accionaria lo que nos permitirá medir el valor de las acciones.

En consecuencia, el valor de una participación accionaria será igual al valor actual del flujo de dinero (*cash flow*) proyectado que dicha participación habrá de generar en el futuro, descontado a la tasa de riesgo de la inversión.

Bajo esta perspectiva, ¿qué determina entonces que el valor de un paquete mayoritario o de control sea mayor que el valor de las acciones que lo integran?

Una aproximación primaria a la cuestión podría llevarnos a pensar que el *cash flow* proyectado debe ser igual para todas las acciones, ya que el mismo surge de la expectativa de rentabilidad futura que las mismas tienen. Salvo la existencia de acciones con dividendos preferentes u otros beneficios económicos especiales, el flujo de dinero a obtenerse de la sociedad debería ser igual para todos los tenedores de acciones ordinarias.

¿Dónde se encuentra entonces la diferencia entre los accionistas?

La diferencia se encuentra en la tasa de descuento del flujo. Esta tasa no es uniforme para todos los accionistas, sino que habrá depender—entre otros factores—del riesgo de que se produzca el flujo de fondos proyectado. A mayor riesgo, mayor será la tasa de descuento y menor el valor actual del flujo de fondos proyectado.

Entre los factores que componen el riesgo del flujo de fondos proyectado de las acciones debe necesariamente incluirse la posibilidad de incidencia del accionista en la toma de decisiones sociales. No es lo mismo para el accionista quedar librado al manejo de los negocios sociales que puedan realizar los administradores designados por la mayoría, que tener la posibilidad de designar a los administradores que, según su entender, desarrollarán en la mejor forma dichos negocios. No es lo mismo para el accionista quedar sujeto al cobro de los dividendos que, dentro de los márgenes que marca la ley, resuelvan distribuir las mayorías, que tener la posibilidad de fijar la política de dividendos. No es lo mismo para el accionista quedar librado a las decisiones de terminación del negocio social que pueda resolver la mayoría a través de la disolución de la sociedad que estar en condiciones de adoptar dicha decisión.

La capacidad de ejercer los derechos políticos propios de la condición de accionista, fundamentalmente el derecho de voto en las asambleas sociales, constituye un elemento diferencial de carácter sustancial a la hora

21 Vé. FERNÁNDEZ, Pablo y SALOMÉ, Javier, Finanzas para Directivos, Pamplona, 1995, pág. 157.

22 WESTON, J. Fred y COPERLAND, Thomas E., Managerial Finance, Fort Worth (Texas), 1992, pág. 703 y ss.; COPERLAND, Thomas E., KOLLER, Tim y MURRIN, Jack, Valuation Measuring and Managing the Value of Companies, New York, 1995, pág. 71 y ss.

de establecer el riesgo del flujo de fondos proyectado, que deberá necesariamente incidir en el valor de la acción.

Pero esta influencia sobre el valor actual del flujo de fondos proyectado no habrá de depender solamente de la posibilidad de control de las decisiones sociales. Estrictamente, en la medida que los derechos políticos del accionista tienen por finalidad preservar los derechos económicos de éste frente a la sociedad, cualquier derecho diferencial del accionista, derivado de su participación accionaria o de cualquier otra circunstancia, debería incidir en el riesgo de producción del flujo de fondos proyectado y, consecuentemente, en el valor actual de la acción.

Por ejemplo, la circunstancia de que el paquete accionario sea superior al 25% del capital integrado asegurará al accionista un dividendo mínimo en efectivo del 20% de la utilidad neta de la sociedad, garantía que no posee en caso de tener una participación menor.

La tenencia de un paquete del 20% del capital integrado asegurará al accionista ciertos mecanismos de control, como la posibilidad de promover la convocatoria de asambleas sociales y tener una representación en el órgano de control interno de la sociedad. Estos derechos de control reducirán las posibilidades de un manejo arbitrario o fraudulento de la empresa por parte de los administradores y reducirán el riesgo de la producción del flujo.

Similar razonamiento corresponde realizar con respecto a los restantes derechos políticos de control otorgados a los tenedores de paquetes accionarios representativos del 10% o del 5% del capital integrado.

VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto surge que no existe necesariamente un valor único, uniforme, para todas las acciones de la sociedad anónima.

La asignación de un valor uniforme a las acciones sólo es posible en los paquetes accionarios muy atomizados, cotizados frecuentemente en las bolsas de valores, en los que el accionista carece de toda posibilidad de incidencia en el manejo de los negocios sociales.

En los restantes casos, el valor de las acciones podrá variar en función de los derechos políticos que el porcentaje de su participación accionaria acuerde al accionista. La posibilidad de incidencia o de control de los negocios sociales habrá de afectar, en mayor o menor forma, en el riesgo para el accionista de que se produzca el flujo de fondos proyectado.

En consecuencia, el peso político del paquete accionario incidirá en la tasa de descuento del flujo, en el valor actual del flujo y, por lo tanto, en el valor de la acción.

Este eventual diferente valor de la acción deberá necesariamente ser tomado en cuenta en el proceso de partición hereditaria en la cual existan paquetes accionarios.

No queremos afirmar con esto que todo paquete accionario que confiriera al causante derechos políticos diferenciados resulta necesariamente indivisible y deba ser necesariamente vendido.

En primer lugar, la indivisibilidad del paquete accionario no impone necesariamente su venta. De acuerdo con la composición del acervo sucesorio podrán tenerse en cuenta otras soluciones tales como la adjudicación por entero a uno de los coherederos, incluso con alguna compensación o "soulte" a cargo de éste.

En segundo lugar, la propia indivisibilidad del paquete accionario deberá pasar por el juicio previo respecto a si su división disminuye mucho el valor del bien (art. 1137 CC), si existe un notable desvalor económico.

Si bien es posible realizar algunas aproximaciones apriorísticas determinando si existe o no una pérdida de derechos políticos como consecuencia de la división del paquete accionario, la determinación de si dicha división implica una pérdida significativa de valor será una cuestión que deberá determinarse caso a caso, a través de la valuación comparativa del paquete accionario y de las acciones que lo componen.

Esta comparación del valor actual de los flujos de fondos proyectados deberá tener en cuenta, en función del marco de regulación jurídica y estatutaria, de los antecedentes y de la situación de la sociedad, si existe un sustancial riesgo diferencial y una sustancial mayor tasa de descuento del flujo de fondos proyectado, como consecuencia de la pérdida de derechos políticos producto de una partición.

Este análisis requerirá que, en oportunidad de realizar el inventario estimativo de bienes que marca la ley (art. 1134 CC) se designe un perito economista o especialista en finanzas de empresas que realice un estudio de la especial situación de la sociedad, a los efectos de determinar, aplicando las técnicas de valuación analizadas, si el paquete accionario resulta divisible sin menoscabo de su valor para el accionista.

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES DEL PLENAMENTE CAPAZ PARA REGIR EN CASO DE LA PROPIA Y EVENTUAL INCAPACIDAD

MARTÍN PECOY TAQUE

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. EMPLAZAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA. II. DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD, CONCEPTO. III. LEGITIMIDAD, VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS PREVISIONES ASUMIDAS POR LA PERSONA CAPAZ PARA TENER VIGENCIA EN CASO DE UNA EVENTUAL INCAPACIDAD. IV. EL "LIVING WILL" ANGLOSAJÓN (O TESTAMENTO BIOLÓGICO - VITAL-). V. EL INSTITUTO EN DERECHO COMPARADO. VI. INSTITUTOS DEL DERECHO CIVIL APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE NUESTRA PROBLEMÁTICA. VII. CUESTIONES PRELIMINARES: VIII. DISTINCIÓN DE LA EUTANASIA. IX. PROBLEMÁTICA DE LA VINCULACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD Y CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL ACTO POR TERCEROS. X. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO URUGUAYO (FORMA Y REGISTRACIÓN). XI. CONCLUSIONES. XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. EMPLAZAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

Trataremos en este trabajo una cuestión que entendemos de mucha actualidad y que merece de nuestra parte un estudio profundo.

Por supuesto que este estudio no pretende agotar la materia, por el contrario intenta motivar la previsión legal del instituto, así como incentivar el estudio de las problemáticas que de él se derivan.

En el ámbito del Derecho comparado se estudian en la actualidad, algunas figuras jurídicas a través de las cuales se pretende lograr una solución a problemas derivados del estado de incapacidad en que las personas físicas pueden caer durante su vida. Así, estudiaré en el presente trabajo las figuras que denominamos bajo el nombre de "disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad".

Se trata de disposiciones unilaterales que un sujeto en pleno uso de su facultades hace en estado de lucidez, con el objetivo de disponer de su persona, de sus bienes y su administración, por si en algún momento deviene incapaz. Todo ello implica designación de tutores, herederos, administrador de bienes y mandatario para realizar su última voluntad.

El tema que analizamos, halla su fundamento jurídico en el principio de autonomía de la voluntad, y se advierte en un análisis "prima facie", que el instituto entraña una serie de consecuencias jurídicas de relevancia, a saber: de la noche a la mañana pueden ser interrumpidos ciertos acuerdos y pactos jurídicos asumidos por la persona, sus obligaciones, derechos y sus bienes quedarían "congelados", "suspendidos" en el tiempo y se quitarían del comercio de los hombres.

Para comprender la real dimensión del asunto, conviene considerar los excesivos y probablemente inútiles costos que exigirá la atención médica de quien, padeciendo una afección patológica incurable o enfermedad terminal, verá prolongada artificialmente su vida y afectado su patrimonio por una causa funesta: el mantenimiento de su existencia por los médicos a un paciente que clínicamente no tiene posibilidades -piénsese, a vía de ejemplo, en una embolia cerebral- y que el mantenimiento de la vida vegetal de esa persona será costosa, larga y dolorosa para sus familiares y allegados.

Asimismo, podría ocurrir que el sujeto hubiera dispuesto de sus órganos vitales en beneficio de terceros, lo cual no puede cumplir como consecuencia de su estado mental.

A ello puede adosarse las exigencias de un mundo economizado, un planeta mercantilista, consumista, informatizado, medicalizado, en el cual la persona importa en cuanto a su productividad. En este mundo, la

incapacidad conspira contra la naturaleza personal, y la muerte, la vejez y enfermedad constituyen disminuciones de la muy pretendida omnipotencia del hombre. Esta visión, aunque negativa del mundo tecnologizado, reviste una lectura positiva que se encuentra radicada en las nuevas necesidades económicas, humanas y familiares que observa la persona, y que a la vez generan nuevas situaciones de riesgo, que nosotros como juristas estamos llamados a regular adecuadamente.

Los avances sanitarios y el progreso médico es otro aspecto a considerar, y que no es para nada bizantino, puesto que desde el siglo XIX hasta el presente se han logrado avances en la medicina respecto de afecciones e infecciones que en siglos anteriores acabaron con pueblos enteros. Además, avances en la farmacología y la vacunación han permitido la postergación de la muerte, la prolongación de la vida y el mantenimiento artificial de la misma.

En lo que atañe a la longevidad, resulta de aplicación en nuestro país el instituto en estudio y también en casos de incapacidad, dado que en el primer caso, la longevidad (que se encuentra en el límite entre la madurez y la senectud) conlleva problemas y deterioro de órganos afectando la motricidad y la capacidad psíquica, de manera que se afecta la familia en su ámbito económico pero también psicológico. El segundo caso -la incapacidad-, nos obliga a un régimen de protección por el que la ley fuerza a vivir asistido por una persona designada, siendo que el sujeto podría haber optado previamente por un curador más cercano a sus intereses y afectos.

Deberá procurarse entonces, un ejercicio ético de la medicina de carácter más humanitario, siendo el deber de asistencia un apoyo y cuidado en el devenir hacia la muerte, como proceso de vida, eliminando o aliviando el dolor y permitiendo un tránsito y una declinación en paz.¹

En efecto, las pandemias que atacan la civilización actual, como ser Alzheimer, demencia senil, SIDA, y flagelos que provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de aspectos personales y patrimoniales de su existencia.

La vigencia y actualidad del tema se acrecienta cuando pensamos en que estas realidades no son un fenómeno episódico.

Desde otra postura filosófica de la realidad, se concibe que moralmente es incorrecta la actitud que se acaba de desarrollar, puesto que impone una disposición de la vida que ni siquiera el titular mismo de ese derecho a la vida posee legítimamente.

No obstante la enorme vigencia práctica del tema, desde el digesto justiniano hasta nuestros días no se ha buscado una solución en el ámbito del Derecho continental, mas sí ocurrió una cierta regulación en el foro anglosajón.

El vacío institucional para sistematizar una necesidad humana en el plano jurídico, es a la vez legal, jurisprudencial y doctrinario. Asimismo, encontramos un gran abismo entre la caducidad obligatoria del mandato por incapacidad del mandante y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos durante la vida del testador -dado su carácter *mortis causa*, según el cual sólo produce efectos al fallecimiento de quien lo realizó-, y me explico: el mandato y el testamento considero que resultan parciales y reguladores de situaciones diferentes como para englobar el instituto en estudio, espacio de vacío este que puede ocupar nuestro instituto.

De estarse a la anterior afirmación, parecería que estamos ante una falta inaceptable del ámbito jurídico todo, pero existen algunos motivos que explican este vacío: 1. La prolongación de la vida es un hecho nuevo, 2. Un hecho natural del hombre es rechazar la muerte y las enfermedades, 3. El desarrollo normativo no ha acompañado al desarrollo relativamente reciente de las técnicas de diagnóstico precoz de la medicina.

Consecuentemente, cabe aseverar que los ordenamientos jurídicos en iberoamérica permiten la disposición en previsión de la propia incapacidad, pero se plantean problemáticas que hacen conveniente su regulación minuciosa en forma específica y sistemática.

En tal sentido, estimo fundamental sancionar disposiciones que autoricen y confieran eficacia a las decisiones mediante las cuales un sujeto pretende disponer para su última enfermedad, para su probable incapacidad, previendo:

- a) un final de su existencia ajustado a sus designios personales,
- b) decidir en quien confía para el gobierno de su persona,
- c) cuáles han de ser sus instrucciones y movimientos que desea respecto de sus bienes,
- d) la atención de sus necesidades y las de quien de él dependían.

Todas estas disposiciones, tienen origen, como mencionáramos *ut supra*, en el derecho anglosajón, y particularmente en el "living will" desarrollado en Estados Unidos desde el año 1938.

1 A esto se refiere Hipócrates cuando dice "... mi único fin será cuidar y curar a los enfermos, responder a su confianza y evitar hasta la sospecha de haber abusado de ella..."

Cierto es que el tema al que voy a avocarme reviste muchas aristas filosóficas y deontológicas, pero intentaré brindar una visión de la realidad jurídica y el posible futuro de una implantación uniforme y reglada del instituto de las Disposiciones y Estipulaciones del plenamente capaz para el caso de la propia incapacidad.

II. DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD, CONCEPTO

Partiendo de las premisas expresadas, trataré de delinear una noción de las disposiciones para la propia incapacidad, que haga cognoscible la real dimensión del asunto.

De inmediato me avocaré al examen del concepto del presente instituto, no sin antes referir a una dificultad que se presenta al pretender una noción es el vacío institucional existente en las legislaciones comparadas (2). es decir que no existe una normativa orgánica en el derecho común que pueda servir de base para la construcción de la figura.

Así planteada la situación, consideramos a la disposición para la propia incapacidad como la manifestación de voluntad de una persona física, plenamente capaz, en el marco del ejercicio de atribuciones personalísimas, relativa a: instrucciones o medidas a tener en cuenta en situación de su posible incapacidad, vejez, enfermedad, o tratamientos médicos a dispensársele, persona designada para representarle, instrucciones para el designado y estipulaciones para la administración de sus bienes. Todo lo cual encuentra su fundamento íntimo en la autonomía de la voluntad de las personas -y en el carácter personalísimo de los derechos de que dispone-.

De forma y modo, que debe atenderse a un principio fundamental, como rector en todo el proceso de razonamiento de este instituto: la autodeterminación de las personas dado su calidad de ser único irrepetible y libre por naturaleza.

III. LEGITIMIDAD, VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS PREVISIONES ASUMIDAS POR LA PERSONA CAPAZ PARA TENER VIGENCIA EN CASO DE UNA EVENTUAL INCAPACIDAD

En el contexto de este trabajo, resulta imprescindible examinar la validez de las disposiciones tomadas por un individuo a través de un testamento.

De conformidad con lo enunciado *ut supra* II, la persona puede disponer en vida cuál va a ser el destino de su patrimonio cuando sobrevenga su muerte. Como criterio rector de la doctrina comparada, encontramos que la persona puede disponer de todo cuanto quiera, salvo cuando incursiona en el campo del orden público o las buenas costumbres y más aún cuando perjudica a los legitimarios, afectando el indudable principio de la intangibilidad de las legítimas.³

De ello se desprende que la persona puede estipular en su testamento cualquier disposición o previsión en el orden patrimonial, pero ellas no podrían significar un gravamen o carga sobre los causahabientes que vayan contra el orden público, puesto que se tomarían por no escritas, en cuanto estarían afectadas de nulidad.

IV. EL "LIVING WILL" ANGLOSAJÓN (O TESTAMENTO BIOLÓGICO -VITAL-)

A) Concepto

El *living will* se define como la voluntad viva que tiene una persona de dar la orden expresa y anticipada de no autorizar el empleo de medidas destinadas a prolongar la vida, en caso de una enfermedad terminal o de lesión irreversible, es decir, el documento mediante el cual una persona que al encontrarse en un estado de salud en que no pueda expresar su voluntad y se le prolongue la vida artificialmente declara su deseo de morir.

Los vocablos en idioma inglés han sido traducidos con libertad al castellano como testamento vital, testamento de vivos o sobre mi vida, testamento biológico, e incluso se habla de instrucción u orden de muerte natural.

2 (salvo por el caso de la Ley de Texas -USA-)

3 El cual, en Uruguay, con la aprobación de la Ley 16.081 sobre el Derecho real de uso y habitación que le corresponde al cónyuge superviviente, podría resultar vulnerado dado que de ser insuficientes para cubrir el mencionado derecho las porciones de libre disposición y porción conyugal, se habilita a afectar la porción legítima.

La referida denominación hispana resultaría *ab initio* un contrasentido puesto que un testamento de vivos no es posible, y lo mismo ocurre con las demás traducciones que resultan ambiguas, por lo que la frase "disposiciones vitales" me parece ajustada -pese a que es portadora de una gran amplitud-

Pero, fuera de esta cuestión terminológica, y entendiendo que el nombre no hace a la cosa, debe señalarse aquí que el *living will* no constituye un verdadero testamento en el sentido jurídico que el derecho anglosajón reconoce y que se define como "la expresión legal o la declaración de la voluntad de muerte de una persona o de los desechos de esta referente a la disposición de sus bienes, para tener efecto o para ser realizada después de su muerte"⁴

Por el contrario el *living will* surtirá sus efectos exclusivamente durante la vida del otorgante y se entiende como un "documento que rige el mantenimiento o la suspensión de un tratamiento médico cuyo objeto sea el mantener la vida de una persona (el propio otorgante), en el evento de que se presente una condición incurable o irreversible que haya de producir su muerte en un período de tiempo relativamente corto, y cuando tal persona no se encuentre capacitada ya para tomar decisiones relativas a su propio tratamiento médico"⁵

Por los testamentos ordinarios los sujetos disponen de sus bienes para después de la muerte. Los *living wills* prevén el tratamiento médico a seguir al final de la vida, antes de que llegue la muerte, pero cuando el sujeto ya es incapaz. No obstante su gran denominación, los *living wills* tienen un campo limitado: solo sirven para rechazar cuidados extraordinarios que tiendan a prolongar la existencia del declarante, y además únicamente son efectivos para rechazar ese cuidado cuando el paciente ha sido declarado en fase terminal o cuando la muerte esta muy cercana.

De manera que el *living will*, surge en el derecho anglosajón como un testamento puramente biológico, traducido como "morir con dignidad", dejando a un lado una serie de consideraciones que no necesariamente se relacionan con las instrucciones que dicta una persona capaz y que son las que forman el objeto del presente estudio.

Me atrevo a afirmar que el *living will* surge en el derecho anglosajón como una medida de protección que las instituciones o agrupaciones de profesionales médicos han diseñado y creado para permitir a sus miembros médicos hacer frente al inmenso caudal de demandas a las que se han visto sometidos, promovidas por pacientes o por familiares de ellos, como consecuencia de los trastornos físicos o incluso por el fallecimiento acaecido por su tratamiento. Y ello no deja de confirmarse cuando atendemos al elevado nivel litigioso de la sociedad norteamericana, siendo muchos los casos derivados de la "*medical malpractice*" -o "mala praxis médica"-.

B) Naturaleza Jurídica

De lo dicho se deduce que el *living will* del derecho norteamericano tiene como naturaleza jurídica la de una declaración unilateral de voluntad no vinculativa ni para quien la hace, ni para quienes se dirige, con el reducido alcance de relevar de responsabilidad médica a los profesionales que atiendan al declarante en su última enfermedad o al final de su vida cuando sea incapaz de decidir por sí mismo.

En algunos Estados de Norteamérica la legislación permite que se pueda rechazar el que se realicen cuidados médicos para prolongar extraordinariamente la vida, en otros sin embargo, sucede que se le proporciona un mayor alcance llegando a ordenar el rechazo de cualquier cuidado médico, una vez que el paciente llega a adquirir una enfermedad terminal -tal es el caso del Estado de Texas-.

Entiendo fundamental recalcar -de modo de afirmar el vacío legal en cuanto al instituto que se encuentra en estudio- que el *living will* no tiene el alcance de una autorización que hace el declarante a futuro, ni mucho menos el de un mandato para tener efectos cuando la capacidad del mandante haya cesado (afirmación que se hace patente cuando pensamos que el mandato se extingue con la muerte y la incapacidad del mandante).

Asimismo, resulta menester aclarar que la declaración que constituye el llamado *living will*, no tiene contenido patrimonial alguno, y por lo tanto, no permite obtener vinculación alguna de destinatarios o terceros a través de transmisión o afectación de bienes.⁶

C) Realidad en USA

Forzosamente debemos concluir que partiendo de la base de que el sujeto no puede disponer de su propia vida según la regla moral, tampoco puede autorizar a que otro lo haga según el derecho, pues sería siempre

4 Véase: BLACK'S LAW DICTIONARY, sexta edición 1990.

5 LISA ANNE HAWKINS, *Living Will Statutes*. Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre de 1992, pag. 1.

6 Véase: COLLINS, Evan R. Junior, *The complete guide to Living Wills*, Bentam Books, noviembre de 1991.

un acto injusto, pues lo que no puede realizar el propio sujeto sin incurrir en falta, tampoco puede autorizar a otro para que lo haga.

Por otra parte, la regla subsiste aun cuando se trate de enfermos graves o terminales, pues el derecho a la vida no tiene que ver con edad ni con salud, con dolor o con gozo.

Empero, no puede llegar a concluirse que la obligación de vivir sea absoluta pues la vida misma necesaria y fatalmente se acaba.⁷

Estimo conveniente encuadrar este instituto anglosajón dentro del campo de aquello que el individuo dispone durante su vida para tener efectos antes de ocurrir la muerte, vale decir, en una etapa que se ubica en su última enfermedad antes de ocurrir el deceso de la persona, o en caso de sobrevenir una incapacidad.

V. EL INSTITUTO EN DERECHO COMPARADO

Es materia esencial el estudio de la normativa y doctrina comparada en la materia, ello por cuanto existe un vacío legal en nuestro país, que obliga a una "Integración" adecuada o a la instauración de un instituto legal correspondiente, o en su defecto la sería consideración del asunto para una implementación futura del instituto.

De este modo, corresponde ahora analizar los institutos que legislan los países en Derecho comparado para la solución de la problemática planteada, señalando los más importantes y los que acogen institutos similares al que se aborda en este análisis.

De todos modos, es menester señalar que no existe normativa orgánica en el derecho común que pueda servir de base para la construcción de la figura de las disposiciones y estipulaciones del plenamente capaz para regir en caso de su propia incapacidad.

A) Alemania

Alemania reconoce hoy legislativamente el mandato de autoprotección o poder de previsión de asistencia para la vejez (*altersvorsorgevollmacht*) y la designación del propio curador o disposición de asistencia -Ley de Asistencia o de Reforma del Derecho de tutela y curatela para mayores de edad (de 12 de setiembre de 1990, vigente desde el 1º de enero de 1992)-.

El llamado *poder de previsión de asistencia para la vejez* permite preestablecer la regulación independiente de los asuntos personales o patrimoniales para el momento en que se produzca la incapacidad. Significa una excepción a la caducidad del mandato por incapacidad del mandante que consagra el Código Civil. Puede ser otorgado en términos generales o especiales, sujeto a limitaciones impuestas por el otorgante, mediante acto notarial o por instrumento privado con firmas certificadas, y requiere ser otorgado por persona capaz.

Por su parte, la *Disposición de Asistencia* constituye la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, y no requiere capacidad del disponente teniendo por finalidad proponer la persona del asistente o curador. Es una manifestación que se presenta y sustancia judicialmente, mientras que toda persona que conozca de su existencia esta obligada a declararla. Tiene una particularidad, la cual consiste en que el incapaz debe ser consultado en todo momento acerca del asistente que propuso.

Por último la institución del *Patiententament*, o testamento vital no se encuentra reglamentado en el Código Civil, sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por su reconocimiento legal exigiendo una manifestación de persona capaz, inequívoca y formal, especialmente ratificada ante testigos. Esta disposición puede ser modificada en todo momento por el otorgante y de manera informal, incluso por el mero asentimiento expresado por gestos o signos inequívocos a una pregunta verbal.

B) Canadá

El mandato para la disposición de su propia incapacidad es normal. Resulta de utilidad hasta la muerte, y el testamento es para luego de la muerte.

Debe ser homologado para tener valor, procedimiento que realiza el juez teniendo en cuenta un documento del médico de cabecera, un documento psico-social y el mandato. A su vez, el juez interroga a la persona, configurando un juicio extremadamente extenso, pero certero, que en la audiencia final consulta nuevamente al sujeto, procurando la confirmación de la disposición en análisis.

7 Al decir de Carnelutti: "el juez que firma una sentencia muerte, no condena a muerte, solo fija la fecha".

Cierto es además, que el art. 2166 del Código Civil del Québec⁸ prevé que podría ser otorgado un mandato por persona mayor y plenamente capaz en previsión de su propia incapacidad para su protección personal o la administración de su patrimonio.

C) Estados Unidos

Los Estados norteamericanos reconocen los institutos siguientes: el testamento vital o *living will*, el mandato de autoprotección o *durable power of attorney*, y finalmente el fideicomiso o *living trust*.

No referiré aquí a los institutos mencionados en razón de que el régimen fue referido y estudiado críticamente en el anterior capítulo de este trabajo.

D) España

La cuestión se encuentra falta de regulación normativa general en España, pero puede citarse el ejemplo de Cataluña con su ley referida a la autodelación de la tutela (Ley 11/1996 de 29 de julio de 1996. Además, es menester mencionar la circunstancia de que en España la Tutela es un órgano de protección de los incapaces mayores de edad.

No obstante, es conveniente referir que se discutió parlamentariamente una modificación al Código Civil que incluiría una aceptación *in genere* de la figura.

E) Francia

El Código Civil preceptúa tres regímenes diferentes de protección al mayor incapaz, según su grado de incapacidad, a saber: *mayores puestos bajo la protección de la justicia, tutela, curatela*.

En el primero los mayores "(...)conservan el ejercicio de sus derechos pero sus actos pueden ser rescindidos por simple lesión o reducidas las prestaciones a su cargo".

En el segundo caso, el régimen de la tutela se abre cuando una persona tiene necesidad de ser representada de una manera continua en los actos de la vida civil.

Por último, encontramos que el régimen de la curatela es aquel por el cual el interdicto sólo puede actuar en determinados casos con la asistencia de su curador.

F) Inglaterra

Los sajones no tienen resuelta la cuestión que se estudia aquí, salvo en lo que dice relación con el *enduring power of attorney act* o lo que es lo mismo: poder subsistente a la incapacidad del poderdante, que sólo puede abarcar cuestiones patrimoniales, en ningún caso personales. El referido instituto ha tenido recepción legal desde 1985 —no obstante, debemos salvar las distancias de lo que significa un análisis y una norma anglosajona del *commonwealth*, de lo que sería una norma y un concepto del derecho continental—.

Con todo, pueden destacarse algunas reformas importantes en el tema dentro de Inglaterra, a saber: el *continuing power of attorney* de la persona capaz para tener efectos respecto a su incapacidad abarcativo de toda clase de cuestiones relativas al bienestar, la salud, el patrimonio y los negocios del otorgante, siendo que para revestirlo de validez es menester la registración.⁹

G) Japón

En este país opera una diferencia entre la cuestión patrimonial y lo concerniente a la prolongación artificial de la vida. En efecto, este derecho positivo se reconoce: 1. fideicomiso o *trust*, 2. Declaración unilateral de voluntad o *unilateral declaration of refusal of simple life prolongation measures*, y 3. El contrato de mandato o *contract of death with dignity*.

Otro aspecto destacable de la nación nippona, resulta de la existencia de la Organización Japonesa para la Muerte con Dignidad, la cual recibe en depósito las referidas declaraciones, extendiendo copia de ellas y aconsejando a los depositantes que anticipen su existencia a la familia y a sus médicos tratantes.

8 Nuevo Código Civil de Quebec vigente desde el 1/1/94, Wilson & Lafleur Limitée.

9 Law Commission Report No. 231, Mental Incapacity, Summary of Recommendations, fo. de marzo de 1995.

H) México

La doctrina mexicana es conteste en considerar que la respuesta a la problemática en examen sería la siguiente: a) interpretación de normas vigentes no expresas, b) aplicación de normas expresas que ya existen y c) en el menor de los casos, la realización de reformas legales.

Así, la emisión de voluntad para lograr los alcances señalados puede ya contenerse en declaraciones unilaterales de voluntad, y la vinculación de terceros puede obtenerse a través de actos unilaterales, testamentos y poderes, o bien mediante contratos sujetos a ciertas condiciones.

Por otra parte, la Ley General de Salud mexicana contiene en materia de órganos, tejidos, cuerpos y cadáveres una reglamentación que puede utilizarse en algunos casos a este respecto –si bien no goza de una perfección destacable–.

I) Nueva Zelanda

No legisla el *living will*, y la incapacidad se encuentra regulada por el Acta de Protección de los derechos personales y patrimoniales de 1988.

No obstante, reconoce este país el *enduring power of attorney* o mandato de autoprotección, como una excepción a la caducidad de los mandatos por la incapacidad sobreviniente del mandante.

J) Colombia

La legislación colombiana en lo civil no contempla la situación, mientras que acepta las disposiciones y estipulaciones testamentarias con efectos jurídicos para luego de la muerte, no lo hace para el caso de incapacidad.

Sin embargo, es pacífico en la doctrina que en los siguientes actos, sería posible una regulación en la materia: a) cuidado de los bienes que integran su patrimonio, b) facultad de contratación de bienes muebles e inmuebles, c) nombramiento de curador para la incapacidad, d) nombramiento del profesional que atendería su incapacidad con facultades de decisión de requerirse una muerte digna, e) autorización al cónyuge para decidir sobre la separación de bienes, de cuerpos y el divorcio.

K) Situación en Uruguay

En nuestro país, la situación no reviste regulación alguna.

No obstante, corresponde realizar un sucinto análisis y crítica del proyecto de ley de testamento vital que se presentara en el Parlamento en el pasado año 2001.

En lo que atañe al concepto del testamento vital, el proyecto expresa que consiste en: “rechazar tratamientos médicos desproporcionados o que impliquen un alargamiento artificial del proceso de la muerte en una situación terminal o irreversible. (Art.1°)”.¹⁰

Los requisitos para que se configure el mismo son:

- a) persona con dieciocho años cumplidos de edad y psíquicamente apta, prestando su consentimiento en forma voluntaria, conciente y libre,
- b) documento certificado notarialmente y firmado por el titular en presencia de dos testigos, los que deberán tener dieciocho años de edad. (Art.2°) -no pudiendo ser testigos: 1) Los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el titular. 2) Aquellos pasibles a una parte de la herencia del titular. 3) El médico tratante, un empleado del médico tratante o un funcionario de la institución de salud en la cual el titular sea paciente. 4) La persona designada como sustituto de acuerdo al artículo 6° de la presente ley, y los relacionados por consanguinidad o matrimonio con el mismo. (art. 3°).-
- c) Para que el Testamento Vital sea de aplicación a la situación terminal o irreversible del titular deberá ser certificada por dos médicos, uno de los cuales deberá ser el médico tratante. (Art.5°).
- d) El Testamento Vital no podrá tener una antigüedad mayor a tres años al momento de su aplicación. (Art.10).

En definitiva, y pese a ser un tanto insuficiente al no consagrar el instituto en estudio, y tampoco establecer un apropiado registro, puede destacarse que se establece la necesidad de que las institucio-

10 Para mayor detalle, ver página web del parlamento uruguayo: www.parlamento.gub.uy, asunto 16.665, carpeta 1120/2001.

nes públicas y privadas de prestación de servicios de salud cuenten con "(...) una Junta de Bioética que funcionará como tribunal de alzada ante los recursos planteados por el médico tratante, el sustituto o un familiar directo del titular del Testamento Vital, en los siguientes temas: a. Diagnóstico de la situación terminal o irreversible. b. Evaluación de la incapacidad del paciente. c. Rechazo injustificado de los tratamientos médicos por parte del titular del Testamento Vital si fuera capaz o su sustituto. d. Solicitud de objeción de conciencia del médico tratante. (Art. 12°)".

Finalmente, es menester observar que el instituto que se consagra en el mencionado proyecto, se constituye en una disposición exclusivamente referida a la salud y al tema de la eutanasia que se estudiará *ut infra* VIII, dejándose de lado toda regulación acerca del patrimonio del sujeto estipulante.

VI. INSTITUTOS DEL DERECHO CIVIL APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE NUESTRA PROBLEMÁTICA

La ausencia de una solución concreta y específica para la problemática que estudio, lleva directamente a cualquier jurista a recurrir a otros institutos regulados por el derecho civil que puedan brindar otras alternativas de resolución.

A) Donación

La aplicación de este instituto referiría a un eventual contenido del instituto de las Disposiciones y Estipulaciones para el caso de la propia incapacidad, y la posible expresión de voluntad de donar ("animus donandi") por medio del mismo instituto.

En un somero análisis de la normativa nacional al respecto, encontramos que serían de posible aplicación la Donación sujeta a posterior aceptación (pero ella no sería título traslativo de dominio hasta el momento en que tuviera lugar la aceptación) y la Donación onerosa (aquí se admite la transmisión de la propiedad de determinados bienes, acorde al cargo, que permitirá al eventual incapaz gozar de los beneficios).

B) Renta vitalicia

Al respecto de este contrato aleatorio, nada impide que se pacte para prever fondos para atender un estado de incapacidad eventualmente.

En todo caso, debe atenderse a la necesidad de proteger y minimizar los riesgos del acreedor de la renta, instituyendo que la renta puede transferirla y que cualquier cláusula en contrario es nula.

C) Curatela

La curatela constituye un cargo impuesto a favor del que no puede dirigirse a sí mismo o administrar sus negocios, y tiene aplicación respecto a los mayores incapaces.

A su vez, observamos diferentes tipos de curatela: legítima, testamentaria, legal, dativa.

Este instituto reviste cierta importancia cuando nos asomamos al tratamiento de las estipulaciones para el caso de la propia incapacidad, mas no constituye la solución absoluta a la cuestión, si bien podría operar como consecuencia de los efectos de aquellas estipulaciones.

Por otra parte, si fuera admitido el testamento vital, el régimen de curatela estatuido debería de experimentar varias modificaciones, vgr.: el disponente tendría la facultad de variar el orden de llamamiento, pudiendo limitar, variar o aumentar las facultades del curador.

D) Testamento

En este punto, nos abordan algunas dudas: ¿el testamento es el vehículo formal adecuado para contener las disposiciones de "autoprotección" en estudio?, ¿puede el testamento contener solamente tales estipulaciones?, ¿podrían ser conocidas por terceros en vida del disponente?, ¿el otorgamiento de un testamento posterior derogaría aquellas cláusulas que contienen tales disposiciones?

La decisión de estas cuestiones asume una enorme trascendencia práctica. En primer lugar, adelanto que el testamento no podría ser un instrumento adecuado para contener las disposiciones para el caso de la propia incapacidad, en tanto tiene efectos *mortis causa* y para las disposiciones de asistencia médica no tendría aplicación, y en cuanto a la ausencia de publicidad que domina al testamento en vida del testador hace que no sea cognoscible por los interesados (léase: médico tratante y familiares más cercanos).

En lo que atañe a la segunda cuestión, el testamento puede contener solamente estas disposiciones, siendo que pese a ser un acto de disposición de bienes para después de la muerte⁽¹¹⁾, su contenido atípico (extrapatrimonial) puede ser el único, y para ello no hay ningún impedimento.

Para dar respuesta a las siguientes interrogantes, cabe destacar momentos una vez otorgado el testamento: un primero desde el otorgamiento hasta la muerte de su autor, y un segundo que nace con el fallecimiento del testador.

En el primer momento el testamento frente a su autor tiene plena virtualidad –y es esencialmente revocable– y para el resto de las personas solo es relevante con la muerte del testador.¹²

En el segundo momento, el testamento adquiere carácter definitivo y produce sus efectos.

Conviene ahora, referir al aspecto de la publicidad, y la posibilidad del conocimiento de tales disposiciones por terceros. Aquí, partiendo de las premisas señaladas *ut supra*, es sencillo desprender la conclusión del gran inconveniente administrativo que significa el conocimiento de un testamento, cuanto más si se trata de este tipo de disposiciones (pese a que este rigiendo en la materia el principio registral por excelencia: la Publicidad Registral).

El punto último dentro del análisis del testamento lo constituye la materia destinada a la posibilidad de revocación de las disposiciones de autoprotección. Sin perjuicio de que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables –acorde al derecho común–, tal afirmación no debe implicar necesariamente que todo el contenido del testamento es revocable. En la especie, considero que la *ratio legis* de la disposición referida es que existe revocabilidad puesto que se presume que las estipulaciones contenidas en el testamento son de última voluntad.

No obstante lo dicho, entiendo que las normas de autoprotección serán revocables aunque no son de última voluntad, por cuanto son esencialmente mudables. Por lo cual, si en el testamento posterior nada se dice acerca de la compatibilidad del nuevo y el anterior y no se salva expresamente de la revocación, ello se tendrá por revocado totalmente.

Finalmente, una última cuestionante que es importante referir, pese a que no la anotáramos al comienzo de este capítulo, es la siguiente: ¿que tipo de testamento puede contener las disposiciones de autoprotección?

Claro está que el testamento cerrado no es adecuado al respecto puesto que el otorgante no revela su voluntad, con lo cual al abrirse el testamento y protocolizarse el mismo, las disposiciones de autoprotección no podrán producir ningún efecto.

El testamento ológrafo tampoco resulta ajustado, puesto que también debe aguardarse un procedimiento, todo el cual ocurre luego de la muerte del testador.

Resulta entonces, descartados también los testamentos especiales, que el testamento abierto otorgado ante Escribano Público es aquel que ofrece mayores garantías al respecto.

E) Insuficiencia de estos institutos

Pues bien, cierto es que estas figuras jurídicas pueden conformar una alternativa válida e importante, pero no nos proporcionan una solución de carácter integral, sistemática y precisa.

Además, estos institutos no dan cabida a las estipulaciones ni las disposiciones vinculadas con el gobierno de la persona del incapaz.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES

Como se analizara *ut supra* I, las disposiciones y estipulaciones para el caso de la propia incapacidad, pueden contener muchas referencias y disposiciones para los casos en que ante la última enfermedad de la persona, o ante enfermedades graves, pueda proceder la eutanasia u otros mecanismos de muerte indolora, o de evitar sufrimiento innecesario.

Antes que nada, prefiero hacer la salvedad de que no se pretende reflejar aquí el universo de las opiniones acerca de la eutanasia, ni mucho menos realizar promoción de tal práctica, sino que el objetivo del presente capítulo es tan sólo abrir el haz de posibilidades que la medicina presenta y la posible inclusión de alguno de los supuestos como hipótesis válidas de aplicación de las disposiciones en estudio.

11 Artículo 779 del Código Civil uruguayo.

12 La doctrina uruguaya es conteste a este respecto, pero me afilio a la postura de AREZO PIRIZ, Enrique: "Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria". Rev. AEU. Vol. 73 pags. 25 a 37.

VIII. DISTINCIÓN DE LA EUTANASIA

No intentaremos aquí referir a la validez desde el ámbito de la moral o la ética.

Tampoco se habla aquí de que la institución en estudio se incline hacia esta dirección ni a la dirección del suicidio sino que se busca diferenciar cuáles son los límites cuando tratamos de disposiciones referentes a la salud del disponente.

a. Cuestión bioética. ¿Hasta donde llega el derecho del sujeto a impartir directivas obre su persona, salud, calidad de vida? La cuestión exige delimitar el concepto de eutanasia y sus variantes recurriendo a la ciencia médica.

b. Clases de eutanasia. Se entiende por eutanasia toda acción u omisión que por su naturaleza y su intención causa la muerte con el fin de eliminar el dolor.

Presupone la proximidad de la muerte del enfermo, la intención de quien la exige y de quien la practica: suprimir la vida, y un móvil, el liberarse de mayores sufrimientos insoportables.

Cabe resaltar que no existe eutanasia no deliberada, mientras que en la eutanasia pasiva consiste en una omisión, en la eutanasia activa estamos ante una intervención directa que provoca la muerte.

c. Proporción en los medios. Resulta trascendente aquí la distinción entre medios proporcionados y desproporcionados, al respecto se debe valorar el tipo de terapia, la dificultad, el riesgo que comporta, los gastos, la fuerza física y moral del paciente.

d. Ortotanasia o morir con dignidad. La ortotanasia presupone que el paciente esté cercano a la muerte de modo irreversible, la intención de que acaezca la muerte por la propia enfermedad, y un móvil de muerte acorde con la dignidad de todo ser humano por el hecho de ser tal.

Se trata de morir con dignidad.

e. Distanasia o furor terapéutico. Es la prolongación innecesaria de la agonía por la utilización de medios desproporcionados. Constituye la contracara de la eutanasia y una consecuencia de no recurrir a tiempo a la ortotanasia.

IX. PROBLEMÁTICA DE LA VINCULACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD Y CUMPLIMIENTO FORZOSO DEL ACTO POR TERCEROS

Piénsese por un instante qué sucede si una persona es designada tutor por medio de una de estas disposiciones para el caso de incapacidad, pero no quiere aceptar tal cargo, ¿cuál es la fuerza vinculante que tiene la manifestación de voluntad de un sujeto capaz, pero que al momento de tener eficacia la disposición deviene incapaz?

Obviamente, el designado tiene la posibilidad de negarse, más aún considerando la situación de incapacidad en que se halla el disponente, y además de la obvia cuestión de que estamos ante una disposición unilateral.

Pero aún más cautivante, resulta la hipótesis de los médicos y su obligación de acatar tales disposiciones unilaterales de procedencia de la eutanasia en determinados casos, siendo que han hecho un juramento de proteger la vida.

Las declaraciones de una persona sobre el cuidado de su salud o para su propia incapacidad tienen por objeto el regular los intereses del propio interesado y, en tal sentido, corresponden a la autonomía de la voluntad, puesto que son "actos de autodeterminación, de autorregulación de los intereses propios de los mismos interesados"¹³

El reconocimiento de un ordenamiento jurídico de determinados actos de autonomía privada, no se produce sino desde el momento en que se reconoce dicha autonomía. Entonces, dado dicho reconocimiento los negocios de la vida privada revisten la calidad de negocios jurídicos, y se tornan instrumentos que el Derecho pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación, para dar existencia y desarrollo a las relaciones entre ellos, y por lo tanto, permanecen siempre como actos de autonomía privada.

13 BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, Editorial de Derecho Privado, Madrid 1959, pag. 43.

De forma y modo, que habrá que determinar en cada caso concreto: a) si se trata de disposiciones sobre la propia persona o sobre su patrimonio, b) si tales disposiciones tienen algún reconocimiento legislativo, c) si hay normas de orden público que contienen reglas distintas que no permiten que una declaración tenga efectos diferentes a lo que la ley previene.

En cualquier caso, las declaraciones de voluntad no tendrán efectos jurídicos vinculantes a terceros, pero su contenido como deseo, recomendación o instrucciones a médicos, familiares o jueces, podrán tener un cumplimiento espontáneo por su carácter de deberes morales.

X. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO URUGUAYO (FORMA Y REGISTRACIÓN)

Mi propuesta personal, consiste en que se consagre expresamente el reconocimiento a todo ser humano como capaz de su derecho inalienable a disponer y estipular en previsión de su propia incapacidad.¹⁴

Siendo el instrumento más adecuado -a mi entender- la escritura pública a fin del otorgamiento de las disposiciones para el caso de la propia incapacidad.

La necesidad de satisfacer los requerimientos actuales de la sociedad al respecto, nos exige a los juristas el aumentar y extremar la creatividad o bien para interpretar el derecho vigente, o bien para elaborar nuevos institutos.

Por lo cual, a la *lege lata* que se nos presenta ante nosotros en el ámbito del derecho sucesorio y de familia, debemos complementarla debidamente con la *lege ferenda* que indica la propia naturaleza humana y las necesidades del tiempo actual, en cuanto a la determinación cierta del estado de los bienes y las relaciones personales durante el período de incapacidad, además del "derecho a morir dignamente", sin perjuicio de que el acuerdo con ese derecho depende de la postura filosófica que asumamos al respecto.

Por estos argumentos y los expuestos en el proemio de este trabajo, propongo:

1. Que las disposiciones y estipulaciones para el caso de la propia incapacidad se consagren legalmente con el siguiente contenido posible:
 - a) serían disposiciones unilaterales, otorgadas ante Escribano Público, registrables en el Registro Nacional de Actos Personales, en la Sección Disposiciones unilaterales -la cual se crearía en ocasión de la creación del nuevo instituto.
 - b) intervenir en la designación de curador para el incapaz disponente
 - c) proporcionar instrucciones para los médicos tratantes, en caso de ocurrir la incapacidad
 - d) regular los derechos de la personalidad relativos al cuerpo y a la disposición de órganos y tejidos.
2. La creación de una Sección de Disposiciones unilaterales, en la órbita del Registro Nacional de Actos Personales, para registrar debidamente las disposiciones. (para lo cual se debería modificar la Ley de Registros 16.871 capítulo III).

Desde otra óptica, me permito considerar una solución menos gravosa para el Estado que la recién expuesta. A saber:

- i) Implementar la registración como mandato,
- ii) En consecuencia agregar al Capítulo III de la Ley 16.871, un inciso "3.6 -Sección Disposiciones unilaterales para propia incapacidad", incluyendo un artículo 48 al mismo cuerpo legal.

De este modo, la modificación sería de un sólo artículo, y no impondría nueva destinación de recursos.

Otra posibilidad que resulta coherente, es la posibilidad de que se inscriban estas disposiciones en el Registro del Banco Nacional de Órganos y Tejidos.¹⁵

XI. CONCLUSIONES

Como juristas nos corresponde afrontar los nuevos retos de la realidad, y asignarle consecuencias jurídicas en función de inquietudes y necesidades de la sociedad -a la cual el Derecho debe su finalidad acertadora y formadora de grados de certeza en las relaciones individuales-.

14 Fundamentalmente por una cuestión de proporcionar seguridad jurídica, tanto al comercio de los bienes del sujeto incapaz, como de sus relaciones personales.

15 Ley 14.005 de 17 de agosto de 1971.

Es evidente el vacío legal que domina el aspecto que fue referido en el presente trabajo. Pero del análisis de los estudios doctrinarios referentes al tema permite sostener que la laguna no se corresponde con una escasa relevancia del tema.

No obstante, se conocen instituciones como el *living will*, los cuales apuntan más a la limitación de responsabilidad médica que a dar seguridad y estabilidad a la voluntad del otorgante.

Por añadidura, estos regímenes anglosajones, son tan solo correspondientes a las relaciones personales exclusivamente referidas a su estado de salud, no conteniendo disposiciones patrimoniales, y siendo insuficientes para contemplar las necesidades del instituto que propongo.

Por todo lo expuesto, concluyo que:

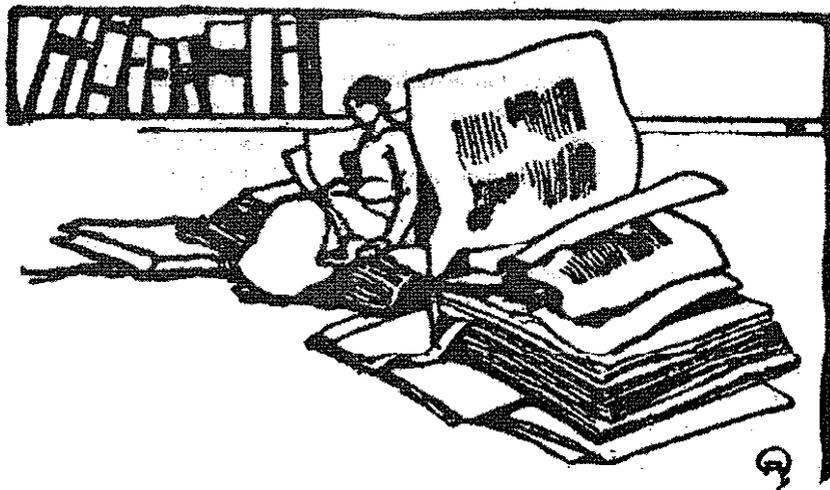
- I. Es posible disponer y estipular eficazmente en previsión de la propia y eventual incapacidad, conforme a los principios interpretativos del Código Civil, no existiendo mayores dificultades en aplicar el testamento a tales efectos. Sin perjuicio de ello, es lógico inferir que es insuficiente la regulación de derecho común que puede resultar aplicable, siendo indispensable la instauración del instituto en forma específica.
- II. También resulta admisible prever tratamientos médicos a dispensarse en la última enfermedad, y otras disposiciones para una muerte digna.
- III. Otra cuestión, para nada bizantina, es aquella referida al control judicial que en todo momento debe estar presente, tanto al momento de la designación de curador para el propio disponente, cuanto para el caso de el ejercicio de derechos personalísimos cuyo cumplimiento no puede ser suplido por representante.
- IV. Finalmente, la opinión del incapaz debe ser tenida en cuenta en todo momento para las decisiones sea sobre su peculio o también respecto de su vida y relaciones personales. Sin embargo, es notoriamente inconveniente que se consulte a un sujeto incapaz (¿dado que cómo se puede evacuar las fluctuaciones volitivas que pueden ocurrir en situaciones extremas como la última enfermedad de una persona?), argumento este de gran peso que hace temblar los pilares del instituto que se analiza y su posible aplicación. Mas, considero que es el único modo adecuado de implementación, así como lo hace el régimen de Canadá, y como lo hace de manera similar nuestro Derecho positivo en el proceso de incapacidad, dentro del cual se incluye un traslado al incapaz para contemplar su postura.

Estoy plenamente consciente de que las modificaciones propuestas significan un gasto y partidas extras para la Administración Pública uruguaya que ya se encuentra en bastantes dificultades como para agregarle otras, sin perjuicio de lo cual, la propuesta enunciada en segundo lugar creo permitirá darle efectividad a estas disposiciones al consagrarse su publicidad y oponibilidad (aspecto este de la publicidad que considero fundamental para que opere con las suficientes garantías para Escribanos, Abogados, y sujetos de derecho).

XII. BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luis, *Derecho Civil. Personas*, Caracas, Venezuela, 1987.
- ALEMANIA, Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad (Ley de asistencia del 12/9/90).
- AREZO PIRIZ, Enrique: *Vicios e interpretación de la voluntad testamentaria*. Rev. AEU. Vol. 73 paginas. 25 a 37.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de Martín Pérez, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, pag. 43 y 44.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, sexta edición 1990.
- CANADA, Nuevo Código Civil de Quebec vigente desde el 1/1/94, Wilson & Lafleur Limitée.
- COLLINS, Evan R. Junior, *The complete guide to Living Wills*, Bentam Books, noviembre de 1991.
- COLOMBIA, Código Civil colombiano, Ortega Torres Jorge, 2da. Edición 1976, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, D.C.
- DE GASPERI, Luis: *Tratado de Derecho Hereditario*, tomo 3, Buenos Aires, 1953.
- FRANCIA, Code Civil, Edit. Dalloz, 1994/95.
- GATTI, Hugo E. : *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montevideo 1957.
- INGLATERRA, Law Comission Report No. 231, Mental Incapacity, Summary of Recommendations. 1o. de marzo de 1995.
- LISA ANNE HAWKINS, *Living Will Statutes*. Revista de la Asociación Jurídica de Virginia, octubre de 1992, pag. 1.

-
- SILVA RUIZ, Pedro, *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*, Revista General de Derecho, Madrid, enero-febrero 1994, pag. 425.
 - TAIANA DE BRANDI, Nelly Alicia y otro, *Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
 - VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las Sucesiones*, tomo 2. Montevideo.
 - VENEZUELA, Código Civil venezolano 1982.
 - VII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA. Veracruz (México) 1998: Ponencias presentadas por el Notariado Español y por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- «*Modos de adquirir el dominio*» (S. Altieri)
- «*Valor en Aduana*» (P. Labandera)
- «*Ars Iuris N° 9*» (B. Bugallo)
- «*Ius Publicum N° 9*» (C. Delpiazzo)

Modos de Adquirir

Walter Howard

Universidad de Montevideo, 2002, 552 páginas.

El Prof. Walter Howard, abogado y escribano, es un apasionado estudioso del Derecho Civil y profesor en las Universidades de la República y de Montevideo en las materias Derecho Privado I, Derecho de Familia y Sucesiones.

"Modos de Adquirir", prologado con elogiosas palabras del Dr. Juan Andrés Ramírez, es una obra de gran utilidad didáctica para quienes enfrentan los estudios del primer curso de Derecho Privado, que carecía de un trabajo sistemático, unitario y actualizado sobre esta materia.

Después de las obras de Cestau, el Dr. Howard rompe seis décadas de inexplicable ausencia de una investigación jurídica completa y moderna en materia tan crucial para todo ordenamiento jurídico.

El autor centra su análisis en los modos de adquirir *derechos reales en la cosa*, quedando fuera del objeto de la obra el estudio de la adquisición de *derechos reales de garantía*, de *derechos patrimoniales personales* y de *derechos extra-patrimoniales*. Tampoco es materia de este libro el modo *sucesión*, magistralmente estudiado por Eduardo Vaz Ferreira en su famoso "Tratado de las Sucesiones".

Sus más de quinientas páginas son un armónico equilibrio entre profundidad y didáctica, con las virtudes de un manual y el calado conceptual de un detenido trabajo de investigación.

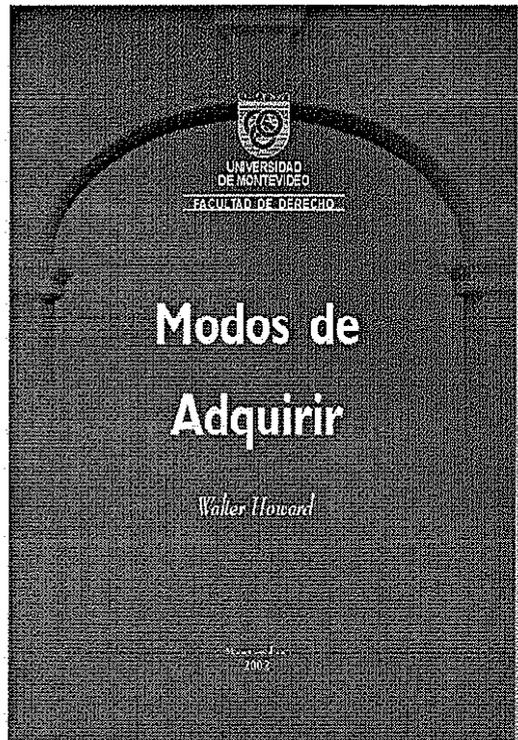
Son dignas de especial mención, las ilustrativas referencias a los antecedentes de cada instituto, remontándose hasta el Derecho Romano en búsqueda del origen y fuente inspiradora del codificador uruguayo. También destaca la generosa y variada referencia al pensamiento de valiosos doctrinos nacionales y extranjeros.

La obra representa una llegada a buen puerto en la tarea de armar el rompecabezas de normas que sistematizan la materia posesoria, eje vital sobre el que apoya la regulación de la apropiación de bienes.

El libro está estructurado en cinco partes:

Parte I: A modo de introducción, se analiza la enumeración y clasificación de los modos, los conceptos de adquisición y sucesión de los derechos, y los sistemas de publicidad de la adquisición de derechos, incluyendo una prolija y actualizada descripción de nuestro sistema registral.

Parte II: Dedicada al estudio del modo *ocupación* en el que se hace un detenido examen de la *caza*, la *pesca*, la *aprehensión de cosa de nadie*, el *descubrimiento de tesoro* y el *encuentro de cosa extraviada*. Destaca la



fuerza argumental con que defiende el status de *hecho jurídico* que corresponde a la ocupación; derivándose no pocas consecuencias prácticas en materia de las condiciones volitivas que se exigen al ocupante.

Parte III: En la que se trata el modo "accesión" en sus diferentes especies, con especial énfasis en la agregación de cosas muebles a inmuebles.

Parte IV: En estos cinco capítulos se brinda un completo estudio del modo *tradición* desde sus orígenes en el Derecho Romano hasta su vigencia actual en nuestro ordenamiento, pasando por legislaciones extranjeras como la alemana, la italiana, etc.

En entre otros aspectos a destacar, exige especial mención la sistematización de los requisitos de la tradición, según los posibles efectos que produce su ausencia; así, los clasifica en requisitos que afectan la existencia, la validez o la eficacia del modo, perfilando una explicación más clara que la de quienes acostumbraban a presentarlos según el orden del art. 769 del CC.

Otro interesante aporte del libro es la distinción de las dos órbitas en las que despliega efectos la tradición: la "posesoria" y la "dispositiva". Este punto de vista asumido por el autor, arroja una clarificadora luz sobre una serie de fenómenos jurídicos, en los que la tradición produce efectos en una sola de las esferas, como -por ejemplo- en la tradición hecha por el "no dueño".

Parte V: Los últimos capítulos corresponden al minucioso estudio del modo "prescripción", al que

se dedican casi dos centenares de páginas en las que se analizan con lujo de detalle las aristas de este milenario instituto que otorga fijeza y trabazón a la titularidad de los derechos en el devenir del tiempo.

La obra está llamada a convertirse en una referencia bibliográfica ineludible para cualquier estudioso de esta rama del Derecho. Enriquecedora y neces-

saria lectura para estudiantes, profesionales de la abogacía, escribanos y miembros de la judicatura, ávidos de un texto que ofrezca una visión moderna y sistemática de los modos de adquirir el dominio.

Santiago Altieri

El Valor en Aduana

Pablo González Bianchi

Universidad de Montevideo, 2003, 412 páginas

La tarea, de reseñar el libro del Dr. Pablo González Bianchi: «*El valor en Aduana. La valoración de las mercancías en el sistema GATT/OMC. Volumen I*», tiene para mí una doble satisfacción.

Por un lado, la posibilidad de comentar - aunque muy brevemente, dadas las características de esta reseña - una obra de excelente contenido; y por otro lado, la alegría de ver plasmado el esfuerzo de varios años de investigación, y muchas horas de intercambio académico, de un gran amigo.

No es esta la primera obra del autor, el que ha ido - con el paso de los años - enriqueciendo el contenido del Derecho Aduanero nacional.

Profesor universitario de esta Casa de Estudios, con una ingente producción doctrinaria, en su obra, el autor sintetiza los aspectos prácticos más importantes en relación al valor en aduana, releva los principales puntos al respecto y - además - aporta más de una posición novedosa sobre los temas analizados.

Una vez más, el Dr. González Bianchi, con su habitual lucidez y rigurosidad, profundiza sobre un tema de gran complejidad, y lo aborda sin condicionamientos previos ni preconcepciones al respecto.

Con una exposición clara, fácilmente comprensible y al mismo tiempo de corte práctico, analiza una serie de temas muy importantes, de manera decidida y completa.

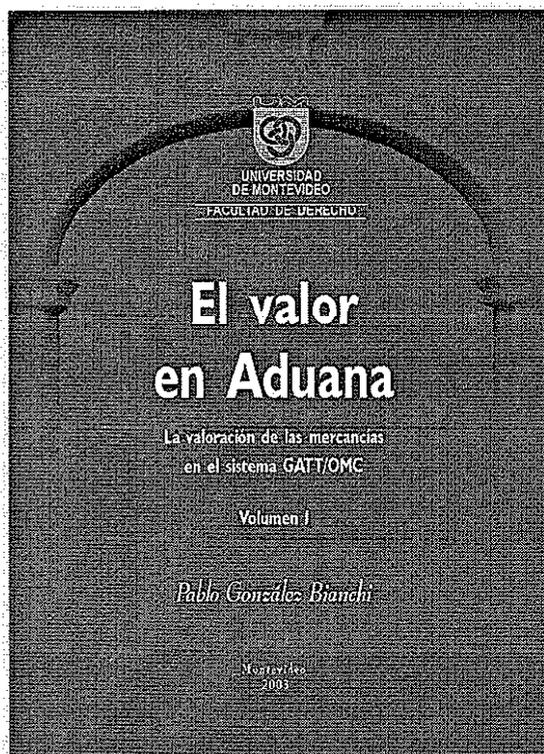
La obra reseñada se divide en dos grandes partes o núcleos temáticos, a saber:

En la primera parte, se desarrollan una serie de conceptos generales; así, en el primer capítulo, se estudian entre otros temas, el valor en aduana, su determinación como acto reglado, y su vinculación con la Nomenclatura Merciológica.

En el segundo capítulo, el autor nos introduce en temas de corte netamente comercial, pasando revista de las principales funciones y cometidos del GATT y la Organización Mundial del Comercio.

En los tres capítulos finales de esta primera parte, se detalla cuidadosamente y con el respaldo de profusa y adecuada bibliografía nacional y extranjera, la evolución del concepto de valor en aduana y su regulación tanto a nivel nacional como multilateral.

La segunda parte, sin duda la medular de la excelente obra que se comenta, se introduce directamente en el criterio de valor de transacción, sus requisitos, y los eventuales ajustes a realizar, sean estos positivos, negativos o facultativos.



Luego de analizar los diferentes elementos que deben integrar el precio declarado (y aquellos que no deben hacerlo), dedica especial atención a un tema de trascendente relevancia práctica, como lo es el de la vinculación entre exportador e importador, y sus consecuencias sobre el valor oportunamente declarado ante la Administración Aduanera.

Por último, la obra se completa con un rico y bien seleccionado Apéndice Normativo, conteniendo una cuidada selección, confrontación y actualización de las normas (nacionales y multilaterales) vigentes en materia de valor en aduana, que sirve de permanente guía y apoyo al lector no especializado.

La expresa mención de que se trata del primer volumen de una obra de mayores alcances y aspiraciones, sin duda permite aguardar con renovada esperanza el tratamiento siempre profundo y claro de una mayor cantidad de temas por parte del Autor.

En síntesis, se trata de un aporte bibliográfico sistemático y ordenado, sobre un tema del cual no existe - ni a nivel nacional, ni a nivel internacional - abundante bibliografía especializada; lo cual lo convierte en un referente obligado para aquellos juristas u operadores aduaneros que quieran incursionar en esta materia.

Pablo Labandera

Ars Iuris Nº 27/2002

Universidad Panamericana. Facultad de Derecho.
México, D.F., 2002, 477 págs.

ARS IURIS es la Revista del Instituto de Documentación e Investigación jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Integran el Consejo Editorial en carácter de Presidente, Rafael Márquez Piñero y en carácter de Secretaria María Reyes Márquez García, acompañados por un conjunto de prestigiosos Profesores. Diversos números de esta Revista se encuentran en la Universidad de Montevideo como intercambio con la Revista de Derecho, en el marco de las relaciones institucionales entre ambas Universidades. Se trata de una publicación semestral, con contenido fundamentalmente nacional mexicano. Consta de cuatro secciones de interés práctico y reflexivo. Haremos una breve reseña del Nº 27 del año 2002.

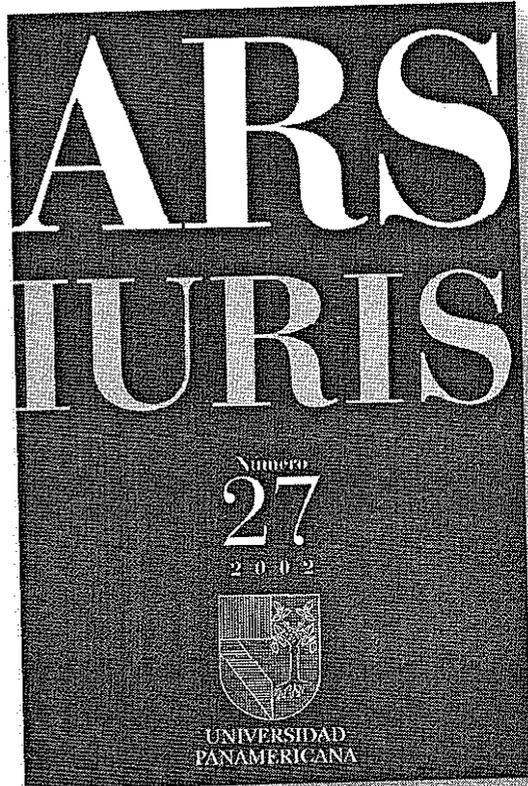
En primer lugar, encontramos la sección de Estudios Jurídicos, que presenta enjundiosos artículos o aproximaciones doctrinarias a distintos temas, destacándose en este número varios artículos en materia de derechos humanos.

Carlos De La Torre escribe sobre "La fundamentación de los derechos humanos", destacando la necesidad de determinar dicha fundamentación y presentando distintas formas de la misma sobre la base de diversidad de pensamientos. Destaca en las conclusiones que "será mucho más sencillo desplegar los deberes humanos si se toma como punto de partida una postura que afirme que los deberes, como los derechos, son inherentes al ser humano, entendiéndolos desde una perspectiva comunitaria, donde los deberes de cada uno no son solamente necesarios para la convivencia entre los hombres, sino que también lo son para el propio desarrollo personal".

Miguel Angel Lugo Galicia examina los "Claroscuros del gobierno de México en materia de derechos humanos" desde varios enfoques analíticos, presentando una serie de conclusiones tendientes a fortalecer el respeto de los derechos humanos en México.

Luis Felipe Martí Borbolla destaca en relación con "La democracia y la libertad política" que una democracia sin valores "tiende a convertirse en un totalitarismo visible o latente", reclamando por la necesidad de sustentar valores en la vida democrática.

Procopio Osuna Guzmán realiza un detallado estudio jurídico de "El poder de veto en la Constitución de 1917", partiendo de la historia del instituto hasta casos concretos como el veto interpuesto por el Poder Ejecutivo Federal contra el proyecto de Ley de Desarrollo Rural.



Luis Peraza Parga en "Irlanda y Grecia, dos casos particulares de restricción al principio de libre circulación de personas" trata diversas circunstancias especiales de la legislación de estos países que aparecerían como contradictorias con la normativa general del resto de la Unión Europea.

Marycarmen Platas Pacheco analiza la "Dimensión societaria del ser racional del hombre", fundamentando a lo largo de su artículo la conclusión fundamental: "la consecución de la felicidad no sería posible sin la sociedad y sin el orden que le es propio. Puesto que sin ella no podría proveerse de lo necesario para vivir bien".

Finalmente, Horacio Rangel Ortiz estudia particularmente sobre "La propiedad intelectual en el tratado de Libre Comercio entre México y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio". En este caso se plantean las particularidades del Tratado internacional que une a México con Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, destacando en todo momento la consideración que merece actualmente el incremento a los niveles de protección y respeto a los derechos de propiedad intelectual para el fomento del comercio internacional.

En segundo lugar, encontramos la sección denominada "Actualidad Académica", que trata temas jurídicos de interés vigente en México incluyendo co-

laboraciones de profesores extranjeros. Se incluyen los siguientes: Rodolfo Cruz Miramontes tratando "La importancia del TLCAN en el comercio exterior de México. Algunos aspectos jurídicos de las soluciones a las controversias derivadas de su aplicación conforme a los Capítulos XIX y XX"; Jaye Ellis, "Developments in Canadian Environmental Law: self-regulatory initiatives under the new Canadian Environmental Protection Act"; Sandford E. Gaines, "NAFTA, the environment, and Mexico: the challenge and the opportunity for change from new international institutions" y Stephen Zamora, "NAFTA after seven years".

En tercer lugar, encontramos la sección Actualidad legislativa, en la cual se incorporan novedades referidas a disposiciones aprobadas en México en los últimos tiempos. En esta sección se encuentran los siguientes trabajos: Roberto Hernández García, "Comentarios prácticos a los reglamentos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas", Héctor Herrera Ordóñez, "Aguas nacionales", Pablo Francisco Isla Vázquez, "Breve análisis de la legislación minera" y Arturo Pérez Robles, "Comentarios a la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta en materia personas morales"

Finalmente, en cuarto lugar, la sección Tradición Jurídica agrega una investigación histórica sumamente interesante. Alejandro Mayagoitia analiza "Las listas de matriculados impresos por el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México" de siglos atrás. En

un extenso trabajo se ocupa de las listas de abogados registrados en la Matrícula correspondiente desde 1765 hasta 1812, de las que se extraen los requisitos personales y familiares de los aspirantes a la matrícula - fundamentados en la legislación vigente de la época, la Nueva recopilación de Castilla - así como datos del perfil de quienes eran efectivamente incorporados a lo largo del tiempo. Solamente quienes estuvieran incluidos en estos listados se encontraban habilitados para "litigar en la corte" firmando los correspondientes escritos. La más antigua de las situaciones relevadas, lista de 1765, nos sitúa en un contexto de un total de 176 letrados, de los cuales 41 figuraban como ausentes; asimismo, 52 abogados eran eclesiásticos, 34 eran seculares; los restantes 90 figuran como "nombres sin datos". El trabajo culmina con una prolija recopilación de los nombres de los letrados, presentada en orden alfabético, respecto de los cuales se ha hecho el seguimiento de las anotaciones en los distintos años de listas analizados.

En suma, una Revista que cristaliza toda una serie variada de inquietudes relacionadas con el derecho, en sus diversas perspectivas.

Beatriz Bugallo

Ius Publicum Nº 9/2002

Universidad Santo Tomás, Escuela de Derecho
Santiago de Chile, 2002, 240 págs.

Ius Publicum es una publicación semestral de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Santiago de Chile, que dirige el estimado y prestigioso administrativista, Prof. Dr. Eduardo Soto Kloss.

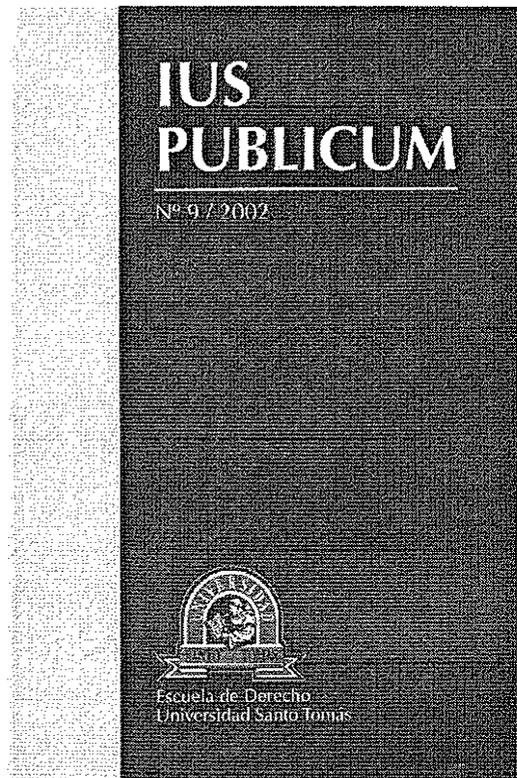
El Nº 9 de Ius Publicum que se comenta mantiene la calidad material y excelencia académica de los Nos. anteriores y se integra con las clásicas Secciones de Estudios, Crónica, Jurisprudencia, Documentos y Recensiones y reseñas bibliográficas.

La Sección de Estudios se inicia con un trabajo sobre "El cuerpo humano, expresión de la persona" del Profesor de Ética y Antropología Filosófica, Dr. Rolando Ladino Padilla, donde se enfatiza en la unidad de la persona humana, que es cuerpo y alma, por lo que "el cuerpo participa de la dignidad y de la actividad del espíritu, y éste, a su vez, se enriquece con la actividad corporal".

Sigue luego un estudio de la Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (España), Dra. Milagros Otero Parga, sobre "Francisco de Vitoria a la luz de las Relectio de Indis", donde la autora destaca el aporte del maestro salmantino a la reflexión jurídica sobre el descubrimiento de América, reivindicando el derecho de propiedad sobre sus tierras de los habitantes del Nuevo Mundo y su condición no de bárbaros sino de "individuos dignos".

El tercer trabajo, a cargo del Pbro. Francisco Javier Astaburraga Ossa, versa sobre "Matrimonio, nulidad y divorcio vincular". Se trata de una esclarecedora contribución a prevenir la confusión entre la nulidad, que dice relación a la invalidez o inexistencia jurídica de un contrato matrimonial inválidamente celebrado, y el divorcio vincular, que presupone un contrato matrimonial válidamente celebrado.

En cuarto lugar, se inserta una reflexión del querido Prof. Mariano R. Brito, Rector de nuestra Universidad de Montevideo, en la que el autor discurre acerca de "Globalización y Derecho Administrativo", poniendo en guardia al lector frente a reduccionismos jurídicos contemporáneos que, con visión economicista, buscan sustituir la regulación del Derecho público por la del Derecho privado, olvidando que el "jus publicum" atañe a todos y existe para la salvaguarda y protección del bien común supraordenado, el cual, por naturaleza, es participativo y supone el bien particular de cada hombre.



El quinto estudio pertenece al Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Dr. Pedro Aguerrea Mella, quien examina "El derecho de petición ante la Administración del Estado: acerca de la obligación de respuesta". Como lo indica el título, el trabajo está centrado en la obligación administrativa de responder, la que se funda en sólidos argumentos conceptuales, positivos y jurisprudenciales.

En sexto lugar figura el trabajo de la Dra. Cristian Antoine sobre "Mecenasgo y financiamiento de la cultura. Modelos jurídicos para un estudio comparado". Se trata de un análisis valorativo acerca de los que denomina y caracteriza como modelo de filantropía, modelo de mecenasgo y modelo de donaciones con fines especiales.

Bajo el sugerente título "De las hojas de parra y cuentos de hadas: la doctrina del ultra vires, la soberanía del Parlamento y la revisión judicial", sigue el estudio del Profesor de Cambridge Christopher Forsyth, quien formula un encendido alegato a favor de la doctrina ortodoxa de ultra vires como fundamento de la revisión judicial frente a las críticas actuales.

El octavo trabajo reconoce la pluma y rigor científico del eminente Prof. Dr. Eduardo Soto Kloss. Con una parte terminológica y otra conceptual, se estudia

en profundidad "La concesión de servicio público. Notas para una precisión conceptual en el Derecho chileno". Mucho satisface a quien escribe estas líneas sentirse respaldado por el prestigioso maestro respecto a los deslindes realizados acerca de la concesión, en similares términos, en el tomo II del "Manual de Contratación Administrativa" (1993) y en "Contratación Administrativa" (1999).

En noveno lugar, aparece el trabajo del Dr. Pablo Alarcón Jaña sobre "Capacitación, perfeccionamiento e independencia de la Judicatura", donde se destaca la importancia de la Academia Judicial y se concluye con acierto que la capacitación y el perfeccionamiento de los magistrados constituyen una contribución fundamental a la independencia e imparcialidad de la Judicatura.

El décimo estudio es del Profesor de la Universidad de Talca, Dr. Patricio Muñoz Díaz, quien se ocupa de "El derecho a la paz y el Derecho constitucional", examinando el panorama comparado y bregando por el perfeccionamiento del derecho fundamental a la paz como un derecho público subjetivo eficaz.

Finalmente, la última contribución de la Sección Estudios de la publicación que se comenta, trata de "Los daños colaterales del asunto Lockerbie". En ella, el Prof. Eugenio Pérez de Francisco reseña las consecuencias en el orden internacional de las secuelas del lamentable siniestro de un avión de bandera norteamericana mientras sobrevolaba el pequeño pueblo de Lockerbie (Escocia) en 1988.

La Sección de Crónicas registra seis ponencias sobre diversos temas, todos de interés aunque de muy distinto alcance según lo indican sus títulos: "Tres reflexiones de actualidad" (del Prof. Jesús Ginés Ortega), "Ministros de fuero y acciones judiciales de parlamentarios" (del Prof. Cristián Letelier Aguirre), "Algunas consideraciones sobre el principio non bis in idem ante el Derecho administrativo sancionador" (del Prof. Enrique Alcalde Rodríguez), "Capellanes de palacio" (del Prof. Jorge Precht Pizarro), "Eutanasia y

comunidad de valores" (del Prof. Manuel A. Núñez), y "¿Qué pasó con el sentido común?" (del Dr. Jorge Miguel Otero Alvarado).

En la Sección de Jurisprudencia se incluye una sentencia de la Corte Suprema de Chile, anotada por el Dr. Arturo Fernandois Vöhringer, por la cual se acogió un recurso de protección en contra del decreto supremo que fijó el cauce del río Mapocho, convirtiendo los inmuebles de múltiples propietarios ribereños en bienes nacionales de uso público sin acudir al procedimiento debido de la expropiación, sin razonabilidad y con arbitrariedad.

La Sección Documentos recibe dos discursos de Su Santidad Pío XII, uno sobre "La concepción cristiana del Derecho" (de 6 de noviembre de 1949) y otros sobre "Crisis de poder y crisis de civismo" (de 14 de julio de 1954), ambos de vital actualidad y, por ende, de oportuna selección.

La Sección final, dedicada a Recensiones y Reseñas Bibliográficas, incluye el comentario de siete libros, entre los que deseo destacar -por el afecto que me une a su autor- el "Derecho Administrativo Económico" de Iván Aróstica Maldonado. Asimismo, en la reseña de Revistas, el Prof. Eduardo Soto Kloss formula estimulantes comentarios acerca de la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo N° 1/2002 que, en mi carácter de Director de la misma, me complazco en agradecer.

En suma, el N° 9/2002 de *Ius Publicum* contiene un excelente y bien elegido material, que se inscribe en la trayectoria de esa prestigiosa publicación periódica, y respecto a la cual corresponde formular votos de agradecimiento por su enseñanza y de continuidad sin pausas en la edificación de un Derecho público cada vez más servicial.

Carlos E. Delpiazzo



Facultad de Derecho • UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
www.um.edu.uy