



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

DERECHO

DOCTRINA

- BUGALLO, Beatriz Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente.
- DELPIAZZO, Carlos Actividad administrativa y Derecho privado.
- EIRIN, Álvaro Los nombres de dominio y el proceso cautelar.
- FERNÁNDEZ REYES, Jorge Los procesos de integración y la agricultura.
- LANGÓN CUÑARRO, Miguel Lucha contra la corrupción en la Administración Pública en los países del Mercosur.
- RIPPE, Siegbert Licencias compulsorias y la negativa a tratar ("refusal to deal").

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- SERNA, Pedro Sobre la globalización de la razón.
- CASSINELLI MUÑOZ, Horacio Derecho a la Información, Derecho al Honor y la Constitución de la República.
- ISSACHAROFF, Samuel Los dos aspectos de la Libertad de Expresión. *The Two Sides of Freedom of Expression.*
- ESTEVA, Eduardo Los conflictos entre el Derecho a la Información y el Derecho al Honor en el Derecho Comparado.
- MOGLEN, Eben Contra el honor y la Libertad de Prensa. *Against Honor and Liberty of the Press.*

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia N° 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995

- ECHEVARRÍA, José Luis Acerca de la adjudicación en la licitación pública

INFORMACIONES

TESINAS DE MASTERS

- FEMENÍAS, Marcelo Competencia en materia de aumento de capital integrado por nuevos aportes en las sociedades anónimas.
- RACHETTI, Fernando Empresas unipersonales: su realidad en el Derecho Uruguayo.

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- LOAIZA, Carlos A. Estudio comparativo del régimen de sociedad legal de bienes en el Derecho Español y en el Uruguayo.

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Una nueva revista jurídica para un nuevo milenio 2

DOCTRINA

Bugallo, Beatriz
Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente 5

Delpiazzo, Carlos
Actividad administrativa y Derecho privado 25

Eirin, Álvaro
Los nombres de dominio y el proceso cautelar 31

Fernández Reyes, Jorge
Los procesos de integración y la agricultura 37

Langón Cuñarro, Miguel
Lucha contra la corrupción en la Administración Pública en los países del Mercosur 45

Rippe, Siegbert
Licencias compulsorias y la negativa a tratar ("refusal to deal") 53

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

Serna, Pedro
Sobre globalización de la razón 69

Cassinelli Muñoz, Horacio
Derecho a la Información, Derecho al Honor y la Constitución de la República 75

Issacharoff, Samuel
Los dos aspectos de la Libertad de Expresión (The two sides of Freedom of Expression) 79

Esteva, Eduardo
Los conflictos entre el Derecho a la Información y el Derecho al Honor en el Derecho Comparado 89

Moglen, Eben
Contra el honor y la Libertad de Prensa (Against honor and Liberty of the Press) 95

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia N° 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995

Echevarría, José Luis
Acerca de la adjudicación en la licitación pública 107

INFORMACIONES

Olivera García, Ricardo
La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo 121

TESINAS DE MASTERS

Femenías, Marcelo
Competencia en materia de aumento de capital integrado por nuevos aportes en las sociedades anónimas 129

Rachetti, Fernando
Empresas unipersonales: su realidad en el Derecho Uruguayo 155

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Loaiza, Carlos A.
Estudio comparativo del régimen de sociedad legal de bienes en el Derecho Español y en el Uruguayo 173

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Publicaciones jurídicas del IEEM 196

Derecho Administrativo de la Regulación Económica 198

El Derecho de la Integración del Mercosur 200

Anteproyecto de Ley de Concursos 203

Contratación Administrativa 205

Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales 207

Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario 209

Estudios sobre Derechos Humanos 211

Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual 213

Una nueva revista jurídica para un nuevo milenio

La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo tiene el placer de presentar el primer número de su Revista: una nueva revista de esta nueva Facultad de Derecho, para los nuevos momentos que le toca vivir a nuestro medio jurídico.

La Revista, que se propone tener inicialmente una aparición semestral, pretende ser el órgano oficial de nuestra Facultad de Derecho, a través de la cual ésta se comuniquen con sus estudiantes, con sus profesores, con sus egresados, y con todos los integrantes de la colectividad profesional y académica jurídica nacional.

En ella, nuestra Facultad habrá de volcar los trabajos de investigación de sus profesores; las versiones de sus seminarios, conferencias u otras actividades académicas con profesores invitados de universidades nacionales y extranjeras; las tesis más destacadas de los egresados de sus programas Master en Derecho; y una síntesis de las publicaciones y otras actividades de extensión en las cuales la Facultad toma parte.

La Revista integrará el elenco de las revistas jurídicas de tipo general, que incluyan temas de las más diversas disciplinas, representativa de la labor que nos hemos propuesto de desarrollo y búsqueda de la excelencia en todas las ramas del Derecho.

La aparición de la Revista pretende ser un jalón más en el cumplimiento de la misión que la Universidad de Montevideo se ha propuesto: «promover una cultura de trabajo y de servicio en la persona, la familia y la sociedad, mediante la excelencia en el quehacer universitario, fundando su actividad académica en una concepción trascendente del hombre, comprometida con la búsqueda de la Verdad».

Hemos confiado la dirección de la Revista al Profesor Carlos E. Delpiazzi, fino jurista de destacada trayectoria en el plano académico y profesional, comprometido con nuestro esfuerzo desde sus comienzos en 1986, mucho antes de nuestra consagración universitaria. De su mano tenemos la absoluta certeza que esta nueva publicación seguirá la tradición de excelencia que caracterizó la mejor época de la literatura jurídica uruguaya.

En síntesis, la Revista busca tender un puente espiritual entre nuestra Facultad de Derecho y la comunidad jurídica uruguaya. Como todo puente pretende ser un camino de ida y de vuelta: un canal a través del cual se conozca y reciba el aporte de nuestro esfuerzo; pero, al mismo tiempo, un portal grande y permanentemente abierto que invitamos a traspasar a todos quienes deseen compartir nuestro esfuerzo.

Ricardo Olivera García
Decano



Revista de DERECHO

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

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzi

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
Dr. Pedro Serna

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

Producción

Lic. Gustavo Tucci

Diseño

Guillermo Vázquez

Impresión

Impresora Kappa S.R.L.
D. L. 322.567/12.01

Permiso MEC en trámite N° 01/12

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

Año 1 (2002), N° 1



DOCTRINA

- *Bugallo, Beatriz - Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente.*
- *Delpiazzo, Carlos - Actividad administrativa y Derecho privado.*
- *Eirin, Álvaro - Los nombres de dominio y el proceso cautelar.*
- *Fernández Reyes, Jorge - Los procesos de integración y la agricultura.*
- *Langón Cuñarro, Miguel - Lucha contra la corrupción en la Administración Pública en los países del Mercosur.*
- *Rippe, Siegbert - Licencias compulsorias y la negativa a tratar (refusal to deal).*

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: DERECHO COMPARADO Y DERECHO URUGUAYO VIGENTE

BEATRIZ BUGALLO

Profesora de Derecho Privado IV-V, Universidad de la República

Profesora de Derecho Comercial, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. • II. DERECHO COMPARADO. A) Unión Europea. 1. Normativa aplicable. 2. Abuso de posición dominante a tenor del artículo 82 B) MERCOSUR y países de la región 1. Protocolo de Fortaleza 2. Argentina 3. Brasil • III. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO URUGUAYO VIGENTE • IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Mantener la libertad de competencia es preocupación de los Estados que sustentan su régimen económico en la conocida "economía de mercado". En este sentido, el régimen jurídico se orienta a procurar evitar las prácticas restrictivas del comercio y, en general, toda conducta que contradiga este principio.

La normativa que persigue esta finalidad, siendo históricamente reciente¹, tiene actualmente un creciente desarrollo en el derecho comparado. Entre las diversas razones que llevan a los legisladores a regular este punto se destacan tanto las necesidades y problemas a que dan lugar los procesos de regionalización como el impulso que recibe la liberalización de la competencia en los foros internacionales.

Ambas circunstancias, precisamente, han determinado que en nuestro país se planteara la necesidad de su pronta regulación y se consagraran disposiciones en la llamada Ley de Urgencia I. La temática comprendida por las disposiciones vigentes comprende la figura del abuso de posición de dominio o abuso de posición dominante, entre otros mecanismos clásicos de la defensa de la competencia. Este instituto será analizado en el presente trabajo, planteado desde sus antecedentes de derecho comparado y ante la regulación actualmente vigente.

Sin perjuicio de las variedades nacionales, en el derecho de la defensa de la competencia (o derecho antitrust) se pueden distinguir dos grandes sistemas normativos, el norteamericano y el comunitario europeo, los cuales –aún manifestando algunas diferencias sustanciales– defienden idénticas bases de la economía del mercado.

Por afinidades troncales tradicionales entre los sistemas normativos latinoamericanos y el europeo, analizaremos este último con particularidad: en el tema que nos ocupa se ha dejado notar claramente esta influencia en las regulaciones de los países sudamericanos. Simultáneamente, anotaremos el contraste con distintos aspectos del sistema norteamericano. En ambos casos se persigue, históricamente, la figura del abuso de ciertos derechos de los operadores económicos, ya sea los de posición de dominio o los de monopolio, tal como hace referencia el derecho europeo o el norteamericano a esta figura, respectivamente.

Seguidamente plantearemos la regulación del concepto que nos ocupa en el Protocolo de Fortaleza así como en

1 La primera disposición legal conocida es la Sherman Act norteamericana de 1890.

Argentina y Brasil, comprendiendo de esta forma la situación normativa del MERCOSUR y los países de la región que han regulado el tema legalmente. También en Paraguay se ha procurado dar solución a este problema pero no se ha optado por una norma legislativa sino por la reglamentación mediante decreto de 1996 de normas correspondientes a defensa de la competencia a tenor del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de Comercio que constituye ley en Paraguay.

La consideración de la figura del abuso de posición dominante es de primer orden en los procesos de integración dado que, partiendo de un reconocimiento de asimetrías entre las economías de los distintos países es de esperar que puedan darse conductas de empresas de un país de mayor desarrollo industrial que afecten a empresas de otro país². La necesidad de regulación y control a efectos del mantenimiento de la competitividad en el mercado nacional se potencia claramente cuando se trata de mercados integrados, aún cuando deberá la reaglamentación deberá recoger una adecuada flexibilidad a efectos de que el pretendido incentivo a la competencia no se vuelva un obstáculo contradictorio con la ésta³.

Finalmente, formularemos nuestras consideraciones respecto de la forma en la cual el derecho uruguayo recogió la figura del abuso de posición dominante.

II. DERECHO COMPARADO

A) Unión Europea

1. Normativa aplicable

El tema que analizamos integra la temática expresamente reulgada por el Derecho Comunitario europeo, del cual se destaca su carácter "instrumental", dado que no constituye un objetivo en sí⁴, en el mismo sentido que la Sherman Act, sino que se regula y desarrolla en función de la unificación del Mercado Común, que constituye el objetivo principal de la normativa comunitaria toda.

Los preceptos a las cuales recurriremos, para estudiar la regulación del abuso de posición dominante en los términos planteados, se encuentran fundamentalmente en el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam, integrado en la misma sección con el artículo 81, al cual se encuentra vinculado por su propia temática⁵.

- 2 DIEZ-CANSECO NÚÑEZ, Luis José, "Competencia e integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, pág. 61.
- 3 DULLARD, Alfred, "Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, pág. 21 a 39.
- 4 La diferencia de base entre el sistema europeo de defensa de la competencia y el derecho antitrust norteamericano la encontramos en que el sistema de la Sherman Act hace de la persecución de los monopolios un fin en sí mismo.
- 5 **NORMAS COMUNES SOBRE COMPETENCIA, FISCALIDAD Y APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES**
CAPÍTULO I - Normas sobre competencia
 Sección primera - Disposiciones aplicables a las empresas
Artículo 81 (antiguo artículo 85)
 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:
 a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.
 b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
 c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.
 d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalente, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
 e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
 - Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas.
 - Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
 - Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.
 b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
Artículo 82. (Antiguo artículo 86)
 Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por

El texto de los actuales artículos 81 y 82 (antes 85 y 86 del Tratado de la CEE) fue establecido ya en el Tratado constitutivo de 1957, resultando invariable desde ese entonces. A pesar de ello, no se llegó a aplicar a caso concreto alguno por las autoridades comunitarias hasta 1971. Esta circunstancia es atribuida, según un sector de doctrina, a la vaguedad de las expresiones que consagran al instituto, lo que hacía depender claramente su aplicación de la sabiduría de las autoridades, cosa que en una fase previa – ante la ausencia de referencias del sistema – podía hacer pensar a los operadores que fuera preferible no correr con los riesgos de una actuación administrativa arbitraria o de una interpretación judicial⁶.

Sustancialmente, el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam integra con el artículo 81 del mismo Texto legal un cuerpo normativo que prohíbe determinadas conductas de las empresas operadoras en el mercado comunitario que atenten o puedan atentar contra el principio de la libre competencia, considerándolas – en ambos casos – “incompatibles con el mercado común”. Se trata de disposiciones muy concretas, que carecen de nociones generales o definiciones de los institutos a los cuales aluden por lo que deberemos recurrir constantemente a pronunciamientos de las diversas autoridades comunitarias para llegar a una verdadera conceptualización. Se ha considerado que forman “un todo indivisible y así deben ser interpretadas”⁷.

Mientras el artículo 81 atiende a las consecuencias que pudieran derivarse de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pudieran tener efectos anticompetitivos en el mercado común o en una parte sustancial, el artículo 82 atiende los efectos anticompetitivos a que puede dar lugar el ejercicio abusivo de los derechos que surgen de una posición de dominio en el mercado que pueda cometer una o más empresas.

Sin perjuicio de sus notables similitudes, es destacable en el texto del artículo 82 una vocación más clara de protección de los consumidores que en artículo 81. Gómez Segade⁸ destaca esta característica de la comparación entre los párrafos 1,b) del texto que corresponde actualmente al artículo 81 y 2° b) del artículo 82.

Ambas normas, por otra parte, pueden ser aplicables acumulativamente en una misma situación, en tanto se cumplan simultáneamente los requisitos exigibles a ambas⁹, pues no existe ninguna jerarquía normativa entre ellas que determine la preeminencia de una frente a otra¹⁰.

Estas normas se complementan, a efectos procedimentales, con las disposiciones del Reglamento 17 adoptado por el Consejo en el año de 1962. No analizaremos en el presente trabajo tales extremos¹¹.

Sin perjuicio de la constante referencia a estos artículos, no podremos excluir las menciones correspondientes a los principios generales y a la normativa de patentes de invención, a efectos de la consideración de los diversos problemas que se plantean.

parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial el mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

6 GUYENOT, d'EVIGNÉE, “Competition Law...”, cit., pág. 93.

7 VILA COSTA, Blanca, “El “abuso de posición dominante” en la CEE”, Cuadernos de Administración pública, 9, Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 1979, pág. 62.

8 GÓMEZ SEGADE, José Antonio, “Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E.”, en “Actas de Derecho Industrial”, 5, 1978, pág. 115.

9 GÓMEZ SEGADE, “Panorámica...”, cit., pág. 115.

10 GOLDMAN, LYON-CAHEN, “Derecho...”, cit., pág. 393.

11 Recientemente se ha promovido la actualización de las disposiciones de implementación de los artículos 81 y 82. Manteniendo que se trata de normas dirigidas originalmente a una comunidad territorial integrada por seis Estados miembros, se considera que los desafíos de un mercado común de mayor amplitud hacen necesario una actualización normativa en esta temática.

En este orden de cosas, se promovió un “White Paper” referido a la modernización de las reglas de implementación de los artículos 81 y 82 adoptado y publicado en 1999. Hasta el 30 de setiembre del mismo año se recibieron comentarios respecto de las diversas alternativas planteadas, habiendo adoptado una resolución el Parlamento Europeo con fecha 18 de enero de 2000. Las opiniones y comentarios recibidos provinieron de los Estados Miembros de la Unión Europea, de los países de la EFTA, la “ESA”, así como de las autoridades de competencia de Estonia, Hungría y la República Checa. La Comisión procedió a la formación de un grupo de trabajo, hasta la elaboración de una propuesta cuyo objeto es reformar las reglas de implementación de los artículos 81 y 82.

Con esta reforma se busca lograr una protección de la competencia más eficiente, favorecer – de esta forma – las actividades empresariales de alcance comunitario y llegar a un nivel adecuado de certidumbre jurídica para las sociedades y una reducción de la burocracia. Los cuarenta y dos artículos propuestos se ocupan de aspectos tales como la aplicabilidad directa de los artículos 81 y 82, su relación con el derecho nacional de la competencia, los poderes y decisiones de la Comisión en este tema, la cooperación con autoridades y cortes nacionales, los poderes de investigación, imposición de sanciones, audiencias y secreto profesional, las exenciones. (El planteo completo de esta propuesta de reforma se encuentra en “Common Market Law Review – Antitrust Reports”, diciembre de 2000, [2000] 5 C.M.L.R. 985-1216)

2. Abuso de posición dominante a tenor del artículo 82

El inciso primero del artículo 82 caracteriza y prohíbe el abuso de posición dominante en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, mientras que el inciso segundo enuncia una serie no limitativa de situaciones comprendidas en el concepto general.

Analizaremos sucesivamente ambas disposiciones, presentando luego el efecto dispuesto por el legislador comunitario para los casos en los cuales se han llevado a cabo conductas prohibidas.

A) Caracterización del abuso de la posición dominante en el derecho comunitario

La determinación de los actos que resultan comprendidos en la previsión normativa mencionada implica la consideración de los siguientes puntos:

- a) sujetos alcanzados por la disposición;
- b) mercado relevante;
- c) posición de dominio;
- d) abuso de la posición de dominio;
- e) afectación del comercio entre Estados Miembros.

• a) Sujetos alcanzados por la disposición

La norma del artículo 82 se dirige a "una o más empresas".

El legislador europeo toma acá un concepto de empresa común al artículo 81 y, en general, a todo el derecho comunitario de la defensa de la competencia, como entidad económica que opera en el mercado. Sin embargo, el tema no se agota en la determinación del concepto de empresa aplicable, si de la manera tradicional o en la dimensión correspondiente al derecho de la competencia comunitario europeo.

Por una parte, se plantea si el concepto de empresa, a efectos de la norma del artículo 82 alcanza también a las empresas públicas. No existiendo pronunciamientos correspondientes a las situaciones planteadas con este mismo texto legal, se puede recurrir a las opiniones vertidas por el Tribunal de Justicia en otras situaciones similares, en las que se ha considerado que sí están incluidas las empresas públicas en este concepto de empresa. Sin perjuicio de ello, parecería imponerse la inmunidad de la empresa cuando dicho dominio o el "abuso" que pueda derivar de él tenga origen en el derecho concedido por el Estado, aún cuando haya sido concedido contra el Tratado de la CEE¹². La legalidad u oportunidad de la base jurídica del poder en el mercado habrá de analizarse, de esta forma, a la luz de otras normas comunitarias.

Por otra parte, una posición dominante puede también ser el resultado de la acción de un grupo de empresas dominadas por una de ellas, y hay que determinar cuál empresa podrá ser imputable de detentar posición de dominio o conducta abusiva de la misma, siendo la posible independencia entre empresas muy difícil de determinar¹³. Se da esta situación cuando una empresa extranjera detenta una posición de dominio en el territorio comunitario por medio de una filial. Se dio esto en el caso "Continental Can", en el cual la Comisión decidió, el 9 de diciembre de 1971, que sí podía imputar en el referido caso concreto la posición de dominio a la filial, posición que mantuvo el Tribunal de Justicia en Sentencia de 21 de febrero de 1973, sin brindar pautas indicativas sobre la situación planteada¹⁴. Se trataba de calificar al agente que de hecho ejercía el poder¹⁵.

Más adelante, se consolida la tendencia de las autoridades comunitarias hacia la imputación de la condición de detentadoras de dominio a las dos sociedades, matriz y filial, que estuvieran en posición de dominio en el mercado¹⁶.

De este planteo se deriva la posibilidad de distinción entre el abuso de posición dominante que lleva a cabo una sola empresa a causa de un monopolio del abuso de posición dominante del cual son responsables varias empresas a causa de un oligopolio¹⁷.

12 GOLDMAN. LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 393-394.

13 GUYENOT, Jean, J'EVIGNÉ, Charles, "European Antitrust Law of the Common Market", Paris: Economica, 1976, pág. 88-89.

14 GOLDMAN. LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 394-395.

15 Ya se había pronunciado la Comisión en el caso "Bendix-Mertens and Straet", Decisión de 1º de junio de 1964, en el sentido que "la circunstancia de que una de las partes del acuerdo de distribución exclusiva esté situada fuera del Mercado Común no es un obstáculo para la aplicación del artículo 85 (hoy 81) del Tratado; consecuentemente, tal acuerdo, tiene efecto dentro del Mercado Común."

16 GOLDMAN. LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 395.

17 GOMEZ SEGADE, "Panorámica...", cit., pág. 117.

Se ha perfeccionado este problema a través del estudio del caso Vidrio Plano italiano, ocasión en la que se introdujo el concepto de posición dominante conjunta, cuando vínculos estructurales entre más de una empresa determinan el dominio conjunto del mercado, posición que aisladamente no tiene cada una de las empresas integrantes del grupo. Los vínculos que pueden dar lugar a esta situación son acuerdos de intercambio de tecnología, accionistas, soportes de los órganos de administración y otros factores de caracterización de dominio, control o vinculación estructural entre sociedades.

Más recientemente, incluso en los casos en que no son explícitos tales vínculos entre empresas, se ha llegado a admitir que pueda existir una posición de dominio conjunta a pesar de las dificultades probatorias que encierra esta situación. Se parte de la base de evitar los oligopolios, reconociendo que pueden ser perjudiciales para el comercio, aunque no siempre es tan evidente la unidad del comportamiento en el mercado.

• b) Mercado relevante

1. Noción general

El concepto de mercado relevante es básico para la contextualización de la conducta abusiva de la posición dominante. Tal como destaca en forma unánime la doctrina¹⁸, "una posición dominante no puede existir in vacuo", por lo que debe determinarse el mercado en el cual se está ejerciendo el poder económico.

La noción de "mercado relevante" tiene origen en el derecho anglosajón, y fue desarrollada entrado ya el siglo XX por el derecho antitrust norteamericano¹⁹. Hace referencia al mercado o sector de mercado - como espacio de encuentro de oferta y demanda -, que debe ser tomado en cuenta para el análisis del poder económico de la empresa o empresas que se trata. Es un término relativo, pudiendo incluso decirse que cada empresa puede operar en varios mercados o submercados a la vez²⁰.

Deben ser considerados diversos factores para la identificación del mercado relevante: producto, ámbito geográfico, ámbito temporal. Partiendo de estos tres factores, se habla de una triple dimensión de la noción del mercado relevante²¹, cuyos lineamientos característicos se analizan a continuación.

No obstante, siendo destacables los esfuerzos doctrinarios para la delimitación teórica y la determinación de cada caso que presentaremos a continuación, se localizan dos niveles de problemas que, veremos, son difíciles de salvar:

- a. valoración teórica de los criterios utilizados para delimitar el mercado relevante;
- b. problemas de carácter técnico para la definición material del mercado, la correcta aplicación del criterio de "elasticidad cruzada de la demanda" o los términos precisos de "intercambiabilidad" entre productos.

ii. Ámbito de producto

Como primera referencia se impone aclarar que al hablar de producto o mercado de producto no se está excluyendo la prestación de servicios como tal, debiendo entenderse productos o servicios. Asimismo, no hay exclusión alguna de productos cuando se plantea la determinación del mercado relevante para los efectos de los artículos 81 y 82, siendo aplicables para todo tipo de productos y servicios²².

El mercado de producto²³, con independencia del factor en función del cual se lo defina, se determina mediante el análisis del grado de "sustituibilidad" de los productos que se trate²⁴, denominada también "intercambiabilidad" por parte de la doctrina²⁵. Se trata²⁶ de analizar productos "comparables", que son aquéllos que pueden enfrentar la

18 FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Significado y delimitación del mercado relevante", en ADI, tomo 6, pág. 261 y cc., pág. 263.

19 Se cita como primer aporte jurisprudencia norteamericano el caso "Standard Oil Indiana c. U.S.", 283 U.S. 163 (1931). VILA COSTA, "El 'abuso...'", cit., pág. 119. El mercado relevante, en su elaboración más completa se viene definiendo en U.S.A. para cada ocasión desde el caso Alcoa.

20 FOX, SULLIVAN, "Cases and...", cit., pág. 141.

21 VILA COSTA, "El 'abuso...'", cit., pág. 120.

22 VAN RAN, REILIS, "Competition", cit., pág. 64.

23 La determinación del mercado de producto para llegar al mercado relevante, se origina igualmente en el derecho norteamericano y se consolida a partir del estudio que realiza el Tribunal Supremo en el asunto "Du Pont de Nemours", conocido como de "La Cellophane". Se procuraba determinar si debía tener en cuenta el mercado del celofán solamente o el de todos los embalajes flexibles. Sosteniendo que correspondía la segunda opción, el pronunciamiento explicó que debía considerarse el mercado de todos los productos que los usuarios tuvieran por "razonablemente intercambiables".

24 JOLLET, "Monopolisation et...", cit., pág. 649.

25 Así hace referencia a este carácter FERNÁNDEZ NOVOA, "Significado...", cit.

competencia de productos "sustitutos" o "sustitutivos", es decir, productos diferentes que sirven al mismo propósito. Areeda enseña que, del punto de vista de la competencia, un producto puede solamente ser considerado como sustituto de otro si este primero permite el mismo uso que el que se pretende sustituir sin perjudicar una categoría de consumidores debido a una diferencia en precio, moda, calidad o aprovechamiento que sea demasiado grande²⁷.

Las autoridades comunitarias de la Unión Europea valoraron la determinación del mercado de producto por primera vez en ocasión del caso Continental Can. En esta oportunidad, la Corte de Justicia sostuvo que se trata de una determinación esencial, en tanto las posibilidades de la competencia pueden ser juzgadas solamente en relación con las características de los productos en cuestión, en virtud de las cuales tales productos son particularmente aptos para satisfacer una necesidad determinada y son intercambiables solamente en forma limitada con otros productos²⁸.

El concepto se hizo más preciso en el estudio del caso United Brands²⁹. En esta ocasión, analizando si el mercado de las bananas podía integrarse en uno general de fruta fresca dijo la Comisión que "las específicas cualidades de las bananas influyen en las preferencias del consumidor y lo inducen a no aceptar otras frutas como sustitutivas".

Para la delimitación del mercado relevante, por otra parte, corresponde considerar tanto el lado de la demanda como el de la oferta³⁰.

En cuanto a la demanda, se plantea determinar los factores que hacen que un consumidor pueda sustituir o intercambiar un producto. Entre estos se han de tener en cuenta las categorías de consumidores, la importancia en la variación de precios en los distintos productos, técnicas de producción, ventajas tecnológicas, entre otros³¹.

Del punto de vista de la oferta, la interrogante que se plantea es qué es lo que van a comenzar a vender o proveer a los clientes los demás empresarios, si el vendedor existente subiera el precio más allá del costo, más allá del precio de competencia perfecta. En otras palabras, debe ser analizarse si existen eventuales competidores que puedan acceder al mercado con escasas inversiones en caso de conducta abusiva del actual proveedor del producto que se trate³².

La posibilidad de intercambiar o sustituir productos nos hace evidente la elasticidad que tenga o pueda tener el mercado del producto que se trate. Cuanto menor o más rígida sea dicha posibilidad estaremos más y más cerca de una posición de dominio de la o las empresas protagonistas del mercado. En este orden, se destaca el concepto de origen norteamericano de "elasticidad cruzada de la demanda" - "cross elasticity of demand"³³, la cual tiene lugar, cuando varios consumidores de un producto determinado, ante una suba de precios del mismo, optan por productos concurrentes o sustituibles.

iii. Ámbito geográfico

La dimensión espacial o geográfica de un mercado relevante es el área en la cual la empresa considerada dominante ejerce su actividad mediante prácticas consideradas abusivas³⁴.

La Comisión Europea lo ha definido en el caso Hilti³⁵ como aquel territorio o ámbito territorial en el cual las condiciones de intercambio son similares: "área donde las condiciones objetivas de competencia aplicables al producto en cuestión deben ser las mismas para todos los comerciantes". Esto no se interpreta como que las condiciones deban ser perfectamente homogéneas, sino "suficientemente" homogéneas³⁶.

En el caso del mercado comunitario, atiende directamente - como objetivo primario - al espacio económico constituido por los Estados Partes del Tratado de Amsterdam, es decir, al Mercado Común. Sin embargo, la normativa comunitaria no impone la consideración constante o única del Mercado Común como unidad territorial, pues puede tener lugar el supuesto normativo también "en parte sustancial del mismo". De esta forma, corresponde valorar qué

26 GUYENOT, d'EVEGNÉE, "Competition...", cit., pág. 92.

27 AREEDA, "Antitrust Analysis", cit., pág. 136.

28 VAN BAEL, Ivo, BELLIS, Jean-Francois, "Competition Law of the CEE", Chicago et al.: CCH, 1987, reprinted, pág. 235-236.

29 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 403 y 405.

30 FOX, Eleanor, SULLIVAN, Lawrence, "Cases and materials on Antitrust", St. Paul-Minnesota: West Publishing, 1989, pág. 139 a 143.

31 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 404; NAFFEL, Mark, "How does One say 'Dominance' in European?", en "Antitrust Report" (October 1997), pág. 12; VAN BAEL, BELLIS, "Competition...", cit., pág. 52.

32 BERENQUER FUSTER, Luis, "Las conductas abusivas de una posición de dominio", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 86, destacando la necesidad de analizar tanto la sustituibilidad de la oferta como la sustituibilidad de la demanda.

33 THIESING, SCHRÖTER-HOCHBAUM, "Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E.", Paris: Júpiter - Navarre, 1977, pág. 224.

34 VAN BAEL, BELLIS, "Competition...", cit., pág. 54.

35 Caso Hilti, Eurofix Limited and Banco Limited c. Hilti AG, Decisión del 22 de diciembre de 1987, 88/138/EEC.

36 NAFFEL, "How does ...", cit., pág. 8.

significa esta expresión que se contempla para la configuración del territorio geográfico del mercado relevante.

La determinación de un mercado geográfico relevante, implica analizar los límites geográficos, que podrán ser artificiales o naturales³⁷. Los primeros, se sustentan en las delimitaciones políticas de circunscripciones geográficas, mientras que los segundos – más difíciles de delimitar – dependen de factores tales como costos de transporte o la propia naturaleza del producto que se trate.

Entre las formulaciones de la doctrina que han intentado formular un criterio general para la determinación de la "parte sustancial" del Mercado Común se destaca Dubois, quien se ha pronunciado en el sentido de que lo será la parte o el sector del mercado en el que resulta afectado el comercio intracomunitario³⁸. Su determinación implica considerar la ubicación de la empresa objeto de la investigación y la naturaleza de las prácticas cuestionadas, debiéndose caracterizarse por prácticas homogéneas de competencia.

En la experiencia comunitaria europea se ha valorado como suficiente la extensión del territorio de un Estado Miembro. En el caso Michelin, por ejemplo, Holanda fue considerada un mercado relevante a efectos de la aplicación de la norma hoy contenida en el artículo 82.

También parte de un Estado miembro ha cabido dentro del concepto de "parte sustancial" del Mercado común, como en el caso Siker, Unie o Hugin.

iv. Ámbito temporal

La exigencia temporal, que también debe ser relativizada en función de diversos factores como el producto o servicio que se trate, debe valorarse al momento en que se analice la conducta de la o las empresas involucradas.

El dinamismo del mercado y los constantes cambios que en él imponen los diversos factores, hacen que no pueda formularse una delimitación duradera del mercado relevante, ni geográfica ni de producto. De esta característica, deriva la importancia del momento en que se proceda al análisis, según el estado de la estructura de la empresa o del mercado³⁹.

Debido a estas características ha afirmado la Comisión que "es imposible delimitar un "relevant market" de una vez para todas"⁴⁰.

La coincidencia de una elevada cuota de mercado y el mantenimiento de la misma durante un tiempo constituyen elementos o factores indicativos de la existencia de una posición de dominio, pues la empresa que la detenta puede actuar con independencia del comportamiento de competidores en la imposición de condiciones negociables⁴¹.

• c) Posición de dominio

i. Importancia de su determinación

Una vez caracterizado el concepto sustancial de mercado relevante, el paso previo a la definición de la figura de "abuso de posición dominante", es la caracterización de "posición de dominio" en el derecho europeo.

La posición de dominio o "posición dominante" sustenta la reglamentación contenida en el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam, es decir, constituye la base sobre la cual se podrá llegar a la noción de abuso que persigue la norma, como contraria al correcto funcionamiento del mercado que pretende alcanzar el ordenamiento comunitario europeo⁴². Esta norma no consagra un concepto de tal figura, por lo que corresponde analizar los textos antecedentes que pudieron servir para la redacción del texto vigente, así como los pronunciamientos del Tribunal de Justicia y de la Comisión.

37 VILA COSTA, "El "abuso...", cit., pág. 122.

38 DUBOIS, "La position...", cit., pág. 184 y ss.

39 DUBOIS, "La position...", cit., pág. 195.

40 VILA COSTA, "El "abuso...", cit., pág. 127.

41 Cfme. DE SANTIAGO GONZALEZ, Ana, "El abuso de posición dominante en derecho comunitario y español (artículo 86 del Tratado C.E. y artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia): Introducción", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 103.

42 El sistema difiere del norteamericano, que ha elaborado la noción de "monopolio" o "monopolización", situación que persigue "per se", aplicando la "rule of reason" según cada situación, a partir de un núcleo normativo que encabeza la Sherman Act, norma desde el año de 1890. Se trata de nociones que se relacionan estrechamente, pero que no pueden identificarse conceptualmente.

ii. Antecedentes

El concepto de "empresa dominante" se venía desarrollando a nivel europeo - en concepción que según Asquini absorbía el concepto de empresa "monopolística" - desde la discusión y aprobación de la "Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlichen Machtstellungen", de 2 de noviembre de 1923, ordenanza alemana que confería al "Kartellgericht" la competencia para declarar nulidad de aquéllas condiciones contractuales impuestas por el empresario en posición dominante que tenían como objetivo imponer precios o que eran idóneas para perjudicar el interés general⁴³.

Se cita como antecedente a nivel de normativas nacionales⁴⁴, fundamentalmente, el texto de la ley alemana de 27 de julio de 1957, que se encontraba en preparación al tiempo de la aprobación del Tratado de la C.E.E., que estableció en definitiva que "En la medida en que una empresa carece de competidores para una cierta categoría de mercancías o de prestaciones de servicios profesionales, o si no está expuesta a ninguna competencia sustancial, ocupará una posición de dominio en el mercado en el sentido de la presente ley." La doctrina suele incluir, en la enumeración de antecedentes normativos, a la ley holandesa sobre la competencia económica de 1956, la legislación francesa de 1963, la ley danesa de 1955 que regula las situaciones de "Influencia sustancial" en los precios, producción o transportes y la ley belga de 1960 contra los abusos de "poder económico".

En cuanto a los primeros documentos normativos comunitarios que se refieren a esta figura a nivel europeo, se destaca el párrafo 7 del artículo 66 del Tratado de la CECA de 1951, inspirador de los preceptos del Texto que estamos analizando que establece que "si la Alta Autoridad reconociera que ciertas empresas públicas o privadas tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos sujetos a jurisdicción, una posición de dominio que les sustrae de una competencia efectiva en una parte importante del Mercado Común y utilizan esta posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, les dirigirá las recomendaciones oportunas para evitar que esta posición sea utilizada a esos fines".

Se puede derivar de estos conceptos que en la época de elaboración del Tratado de la CEE de 1957, el legislador europeo entendía por posición de dominio de una o más empresas aquellos casos de ausencia de competencia efectiva en el mercado. El concepto de "competencia efectiva" proviene del correspondiente a "workable competition" y, según enseñara el Maestro Garrigues⁴⁵, estamos ante tal situación cuando se identifican dos elementos fundamentales: "1. una rivalidad suficientemente intensa entre un número adecuado de productores, de suerte que puedan ofrecer a los consumidores una posibilidad razonable de elección entre las distintas ofertas en competencia y mantener, por tanto, bajo control el poder monopolístico; 2. un aumento del poder monopolístico suficiente par evitar la competencia ruinosa, asegurar la eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa."

iii. Opiniones de la Comisión

La Comisión se pronunció respecto del concepto de posición de dominio en el informe o memorándum de 1º de diciembre de 1965 sobre la concentración en el Mercado Común⁴⁶: "En primer lugar, se trata de un poder económico, es decir, la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable, y en principio previsible, por la empresa dominante. Esta facultad económica de una empresa dominante influye sobre el comportamiento y sobre las decisiones económicas de otras empresas, se emplee o no en un sentido dado. Una empresa que puede eliminar, cuando quiera, a las demás empresas competidoras del mercado, puede disponer ya de una posición de dominio y determinar de un modo decisivo el comportamiento de las demás empresas, aún cuando su propia parte del mercado sea todavía relativamente débil".

Consecuentemente, en la Decisión Continental Can, la Comisión expresó: "las empresas se encuentran en posición de dominio cuando pueden desarrollar comportamientos independientes gracias a los cuales están en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta a los competidores, a los compradores o a los proveedores". De todas formas, la mejor elaboración de la noción no enerva la problemática práctica: la determinación de cuando hay algún grado de independencia en la toma de decisión de los empresarios, que amerite la calificación de abusiva.

43 ASQUINI, "L'impresa dominante...", pág. 3

44 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 396. Cfme. ASQUINI, "L'impresa dominante...", cit., pág. 7, aproximadamente en cuanto al texto de la norma alemana; VILA COSTA, "El "abuso...", cit., pág. 176-168.

45 CARRIGUES, Joaquín, "La Defensa de la competencia", Madrid, 1964, pág. 29, quien lo hace analizando - con referencia a este tema - la obra de Clark, introductor del concepto traducido como competencia efectiva, en el libro "Toward a Concept of Workable Competition", 1940.

46 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit. pág. 397.

iv. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia

Por parte del Tribunal de Justicia podemos encontrar varios pronunciamientos que contribuyen a la formación progresiva de una idea del concepto de posición de dominio, siguiendo las líneas conceptuales de la Comisión.

Se establece en la Sentencia del caso Sirena, de 18 de febrero de 1971, que siendo titular de una marca (lo que por sí solo no significaría posición de dominio) *"es necesario, además, que el titular tenga poder para obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva..."*. En forma similar se pronunció en el caso "Deutsche Gramophon"⁴⁷, recurriendo al concepto de competencia efectiva ya explicado.

Nos corresponde destacar otros dos pronunciamientos que precisan la noción. Por un lado, el caso United Brands⁴⁸, el Tribunal consideró que la existencia de una competencia, no excluye toda posición de dominio: esta última supone solamente una capacidad de acción autónoma, aún a pesar de la competencia. De modo que se relativiza el concepto haciendo menos rígida su aplicación y facilitando el análisis pragmático de las situaciones.

Por otro lado, mencionaremos el caso Hoffmann-La Roche⁴⁹, en el cual se explica más claramente las facultades que tiene quien detenta una posición dominante: *"La posición de dominio así contemplada afecta a la situación de poder económico detenida por una empresa, que le faculta para obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, al facilitarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores"*.

v. Determinación de la posición de dominio

Más allá de la formulación del concepto de poder económico o posición de dominio en un mercado, para su determinación corresponde valorar cada situación, pudiendo plantear a tales efectos diversos criterios. Entre aquellos a que se apela con más frecuencia, podemos enunciar los siguientes:

- a. *análisis estructural* del mercado y de la situación de la empresa que se investiga en el mismo;
- b. *análisis del comportamiento* de la empresa y de sus competidores actuales y eventuales;
- c. *análisis de la mayor o menor dependencia* que puede tener una empresa en dicho mercado, en relación con la empresa cuya eventual posición de dominio se investiga.

Estos criterios no se excluyen entre sí, correspondiendo un planteo acumulativo de los diversos factores al caso concreto, dado que ninguno de ellos - tomado aisladamente - puede resultar conclusivo.

Para llevar a cabo el *análisis estructural*, es fundamental la determinación de la dimensión de la cuota de mercado de cada empresa y la valoración de su importancia. Se parte para ello de la información referida a las ventas de la empresa y de los competidores, tanto los establecidos en el Mercado Común como en terceros países⁵⁰.

De acuerdo con este planteo, encontramos - históricamente - normas que se han pronunciado respecto de la dimensión mínima exigible para afirmar que se trata de una posición de dominio⁵¹. La Ley inglesa de 1948, sec. 3, hablaba de la tercera parte del mercado. Para la Ley noruega de 26.6.1953, "Ley de supervisión de Precios, beneficios y Acuerdos Restrictivos de la competencia", art. 34.1.1, basta una cuarta parte. En Francia no es establecido un porcentaje, pero sí una elevada pauta cuantitativa: "casi totalidad".

Siguiendo dicha línea, las autoridades comunitarias tomaron en consideración este factor en sus pronunciamientos. En el caso Hoffmann La-Roche⁵², el Tribunal de Justicia estableció que cuotas superiores al 80 % eran suficientes para demostrar que existía posición de dominio. Posteriormente, se toma como porcentaje determinante de la posición de dominio un 50 %, tendencia que se mantiene en la actualidad. Sin perjuicio de ello, en el caso United Brands⁵³, afirmó que cuando la empresa investigada tiene entre un 40 y un 50 % de cuota del mercado se deben tener en consideración otras cuestiones como el número y dimensión de los competidores.

47 Caso Deutsche Gramophon c. Metro, Sentencia de 8 de junio de 1971, Asunto 78/70 [1971].

48 Caso United Brands, cit., Sentencia de 14 de febrero de 1978.

49 Caso Hoffmann-La Roche c. Centrafarm, o Asunto de las vitaminas, Sentencia de 23 de mayo de 1978, Asunto 28/77 [1978].

50 CHAMORRO GONZÁLEZ, Irene, "La noción de posición de dominio y su determinación", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 93.

51 SMIT, HERZOG, "The Law...", cit., pág. 3.251.

52 Caso Hoffmann La Roche, Asunto 85/76, 13 de febrero de 1979.

53 Caso United Brands, cit.,

Evidentemente, esta pauta numérica no es considerada adecuada por sí sola, correspondiendo tener en cuenta otros criterios, para analizar las peculiaridades de la estructura del mercado relevante, medidas a través de variables como la facilidad de acceso al mercado, en número, carácter y cuotas de mercado de los competidores actuales y potenciales, la naturaleza del producto, la disponibilidad de materia prima y sustitutos⁵⁴, las características de los compradores, los objetivos y orientación del mercado⁵⁵.

Otro de los mecanismos - de aplicación más reciente - para el análisis del poder económico que pueda derivar de la posición de una empresa en el mercado es contrastar la situación del mercado que se investiga con la "teoría de los mercados contestables". Enseña Fernández Ordóñez⁵⁶ que los mercados contestables "son aquellos en los que es fácil establecerse y, en consecuencia, si una empresa que tiene un porcentaje alto en el mercado intentara abusar de su situación, estimularía la entrada de nuevos competidores que lo harían rápidamente y sin mayores dificultades." La mayor o menor facilidad de establecimiento en un mercado impone la individualización y calificación de las "barreras de entrada" que puedan existir, esto es, las dificultades para que, en tiempo razonable, nuevos competidores ofrezcan nuevos productos. Puede tratarse de dificultades u obstáculos de origen legislativo o reglamentario, propios del funcionamiento del mercado - como la necesidad de disponer de una tecnología completa - u obstáculos impuestos intencionalmente por las empresas ya establecidas⁵⁷. Se concluye que en un mercado sin barreras, nadie tiene cuota de dominio, mientras que en un mercado con barreras sí habrá quienes las detenten.

En este sentido, y siguiendo nuevamente a Fernández Ordóñez, será evidencia de dominio o poder de mercado que: 1. una empresa tenga una cuota de mercado grande; 2. la demanda sea inelástica; 3. la expansión de la producción o la entrada de nuevos competidores a corto plazo presente dificultades.

En último lugar, tenemos presente que en el mercado que se tenga en cuenta para la calificación de la posición de la empresa que se investigue no se exige la inexistencia total de competencia. En este sentido, el Tratado de la CEE va más allá de su Tratado antecedente, CEEA, y de la ley alemana, pues reconoce que una posición de dominio puede existir aún cuando la empresa que se trate se encuentre expuesta a competencia "sustancial"⁵⁸.

• d) Abuso de la posición de dominio

i. Noción general

Tampoco en este caso encontramos normas que contengan la definición o pautas específicas para su determinación. En términos generales, se hace referencia a una situación en la cual los derechos o facultades derivadas de una posición de dominio del mercado se ejercen de manera excesiva.

El abuso de posición dominante es un concepto característico del derecho de defensa de la competencia europeo, que no puede identificarse con el concepto de monopolio, al que acude sustancialmente el sistema del antitrust norteamericano⁵⁹. El monopolio, en derecho europeo, implica un control absoluto del mercado⁶⁰.

En lo que respecta al ámbito europeo comunitario, se destaca un pronunciamiento del grupo de expertos que fuera encargado por la Comisión Europea para el análisis de este articulado, estableciendo que hay explotación abusiva de una posición dominante cuando el detentor de esta posición utiliza las posibilidades que derivan de ella para obtener ventajas que no obtendría en caso de concurrencia práctica y suficientemente eficaz⁶¹.

Esta interpretación hace que deba valorarse en forma objetiva cada situación, para la determinación de si debe entenderse el caso como la explotación efectiva del poder de monopolio en detrimento de los operadores o no⁶². Resulta esencial a la noción de "abuso" la individualización de un perjuicio de los competidores, proveedores, clientes y consumidores⁶³.

54 SMIT, HERZOG, "The Law...", cit., pág. 3.251.

55 AREEDA, "Antitrust...", cit., pág. 201. compartiendo también algunos de los citados en la nota precedente.

56 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A., "La competencia", Madrid: Alianza, 2000, pág. 109 y ss.

57 CHAMORRO, "La noción...", cit., pág. 95.

58 SMIT-HERZOG, "The Law...", cit., pág. 3.252.

59 Cfme. DUBOIS, "L'abus...", cit., pág. 136.

60 En derecho norteamericano el poder de monopolio es definido, teniendo en cuenta el artículo 2 de la Sherman Act, como "el poder de controlar los precios y de excluir la competencia", JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 648. No se refiere a un poder absoluto "sino con un margen discrecional sustancial en la determinación del precio y de la producción, en un poder importante de apreciación", JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 659.

61 JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 679.

62 JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 688. El planteo del derecho comunitario europeo se distancia del derecho norteamericano, art. 2 de la Sherman Act, puesto que en este contexto la noción de abuso debe ser comprendida como un comportamiento agresivo o desleal frente a la concurrencia en el mercado.

63 GOMEZ SEGCADE, "Panorámica...", cit., pág. 120.

El enfoque objetivo de este instituto fue aplicado por vez primera en el caso Hoffmann-La Roche⁶⁴. Hay abuso, en el sentido actual del artículo 82, cuando se consiguen tales efectos en relación con los demás operadores del mercado, que no podrían imponerse si no se tratara de una conducta de posición de dominio.

ii. Determinación

Se han propuesto diversos criterios para la valoración de la existencia o no de abuso en las variadas situaciones que puedan tener lugar.

En dicho sentido Smit y Herzog nos dan una primera pauta o criterio para identificar un posible abuso de posición de dominio⁶⁵. Explican estos autores que, a tono con el texto de la norma, será abuso cualquier uso – de derechos – que sea “incompatible con el mercado”. De tal forma, es irrelevante si quien perpetra el abuso es conciente de la naturaleza de prohibidas de las actividades que está realizando o de si su conducta puede ser calificada como socialmente injusta. Cualquier “uso” de posición dominante que objetivamente pueda ser calificada como abuso será suficiente.

Sin perjuicio de esta primera pauta de análisis – acaso muy general –, se distinguen dos criterios en el derecho comunitario de la competencia para analizar la existencia de una explotación abusiva de una posición de dominio: el abuso en los resultados o el abuso estructural.

El análisis del *abuso en los resultados* se corresponde con la interpretación clásica del derecho comunitario e impone calificar si los resultados de la conducta de la empresa no hubieran podido obtenerse en forma igualmente ventajosa de no ser por el poder que detenta en el mercado. Fue aplicado, claramente, en el caso Hoffmann-La Roche⁶⁶.

El análisis del *abuso estructural* prescinde de los efectos de la conducta empresarial, enfocando las alteraciones introducidas en las estructuras competitivas. En el contexto de esta teoría, de la cual destacan Goldman y Lyon Cahen que se encuentra consagrada por el derecho positivo⁶⁷, se debate si alcanza con el análisis de las alteraciones estructurales o corresponde también valorar los medios que dieron lugar a estas primeras. Se ha llegado a conclusiones claras al respecto, sin perjuicio de lo cual sostienen los referidos autores que un análisis de los medios impondría una apreciación subjetiva que resulta prescindible, frente a la apreciación objetiva que el Tribunal desea.

Corresponde anotar que la existencia de mayores ganancias o mejor rentabilidad no es supuesto necesario de abuso de posición dominante. En el caso *United Brands*, el Tribunal europeo sostuvo que cuando una empresa sufre pérdidas también puede estar ocupando una posición de dominio. Corresponde determinar si se está llevando a cabo una obstaculización de la libertad de competencia con indiferencia de las causas por las cuales tenga lugar esta conducta⁶⁸.

En definitiva, las autoridades comunitarias apelan, a un concepto objetivo del abuso de la posición dominante para la consecución del propósito de la norma, condenando el uso de la posición de dominio, monopolio o cuasi-monopolio para evitar los efectos contrarios al comercio entre los Estados, a tenor de los principios del mercado común, cuando éste se ejerce abusivamente.

Finalmente, hemos de mencionar que algún sector de la doctrina se ha orientado al análisis del abuso de los derechos de manera general, procurando determinar la naturaleza jurídica del instituto. En este sentido, enseña Asquini⁶⁹, que el abuso de la posición de dominio se puede interpretar de dos maneras distintas:

- a. tal como lo ha hecho Sena en el derecho italiano, recurriendo a la noción tradicional de “abuso de derecho” del Derecho Civil, sin intentar ninguna reinterpretación o adaptación al derecho de defensa de la competencia;
- b. o como propone la doctrina germánica, comportamiento contrario a los usos honestos “gegen die guten Sitten, Sittenwidrig” y, como tal, lesivo del interés público.

64 Caso Hoffmann-La Roche, Sentencia de 32 de mayo de 1978, cit.

65 SMIT, HERZOG, “The Law...”, cit., pág. 3.262.

66 Caso Hoffmann-La Roche, Sentencia de 32 de mayo de 1978, cit.

67 GOLDMAN, LYON-CAHEN, “Derecho...”, cit., pág. 408.

68 GOMEZ SEGADE, “Panorámica...”, cit., pág. 118-119.

69 ASQUINI, “L’impresa dominante”, cit., pág. 10.

Esta última posición parecería más apropiada, dada su posible adaptación a los aspectos propios de la defensa de la competencia, aunque tomando los conceptos evolutivos del Derecho civil, eventualmente podría llegarse al mismo resultado.

• e) *Afectación del comercio entre los Estados miembros*

Todo este mecanismo de delimitación de mercado relevante, análisis de poder económico de una o más empresas en dicho mercado y calificación como abusivas de las conductas competitivas que se trate, solamente encuadra en la conducta prohibida por la norma del artículo 82 cuando afecta el comercio entre los Estados miembros⁷⁰.

Al igual que en el caso del artículo 81 - norma con la cual es compartida la interpretación de esta expresión -, este requisito debe ser entendido, además, como definitorio de la esfera de aplicación del derecho comunitario en su relacionamiento con los derechos nacionales⁷¹.

El derecho europeo no sanciona el poder económico en sí mismo, sino el abuso de los derechos que de éste deriva⁷². El legislador solamente prohíbe las conductas en las cuales las finalidades del mercado comunitario se vean afectadas. Esta consideración fue expuesta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Michelin⁷³: "declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche, sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de la que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común".

A tenor de las diversas opiniones vertidas en las decisiones de la Comisión y en Sentencias del Tribunal de Justicia - tal como la recién mencionada -, la noción de afectación del comercio entre los Estados miembros implica una contradicción a los principios que rigen el Mercado Común. ¿En qué supuestos puede encontrarse esta contradicción? En términos generales, en caso de perjuicio de los distintos operadores - incluidos consumidores - o de conductas que afectan la estructura del mercado efectivamente competitivo que se pretende estabilizar en el Mercado Común. En cuanto a conductas concretas:

- a. aplicación de descuentos en un solo Estado Miembro, sin causas que justificaran diferencias de precios⁷⁴;
- b. prácticas excluyentes en materia de precios para mercados de exportación⁷⁵;
- c. precios predatorios en un sector del mercado para que la empresa que resulta presionada por esta conducta, se retire de otro sector en el que la primera también tiene presencia y le interesa más⁷⁶

B) La enumeración del artículo 82.2 y los actos abusivos

De la lectura de las conductas expresamente prohibidas por el Tratado, resulta excluido un género de actos de relevancia fundamental para el juego de la competencia, como lo es el correspondiente a los actos realizados contra los competidores. Efectivamente, los numerales a) a d) atienden a situaciones que se derivan de las relaciones de la empresa presuntamente abusiva con proveedores o con consumidores.

Esta consideración influyó en los primeros años de aplicación de la norma, aún cuando nunca se dudó respecto de que el listado de conductas o situaciones expresamente previstas en el Tratado de la CEE, no es taxativo ni exhaustivo⁷⁷. Tal afirmación se justifica en el propio texto del encabezado de la enumeración, que dice: "Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en"

Su formulación no ha ceñido las consideraciones de la Comisión ni del Tribunal de Justicia en el momento de valorar las diversas situaciones presentadas⁷⁸.

La enumeración de este artículo se aproxima a la del artículo 81, siendo destacable como diferencia más impor-

70 Este requisito, por otra parte, amalgama el régimen comunitario, dando coherencia en la búsqueda de unidad del Mercado Común. Cfme. BERENGUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 83.

71 VON BAEL, BELLIS, "Competition...", cit., pág. 61.

72 Otra diferencia radical con el sistema norteamericano. Se ha dicho que el derecho comunitario europeo es "más tolerante" con el poder económico que la Sherman Act.

73 Caso Michelin, Sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de noviembre de 1983.

74 Caso Michelin v. Commission

75 Caso United Brands v. Commission

76 Caso AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas, Sentencia del Tribunal de 3 de julio de 1991, Asunto L 374/13, [1986] 3 CMLR 273.

77 Cfme. GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 405.

78 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 406.

tante la ausencia de la situación prevista en el literal "c" del artículo 81, "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento". Goldman y Lyon-Cahen critican esta falta, expresando que si bien en un primer momento se puede pensar que un reparto solamente podría partir de un acuerdo o contrato y, por ello, de una situación perseguible a tenor del esquema de aplicación del artículo 81, no del 82, en una consideración más profunda se concluye que quedan fuera de la aplicación de la norma del artículo 81 las situaciones en las cuales el reparto tenga lugar en el interior de un grupo –por lo tanto excluido de su aplicación–⁷⁹.

Los pronunciamientos de las autoridades comunitarias debieron salvar la aparente omisión legislativa, en casos tales como Continental Can, en el cual la actividad prohibida tenía como operadores perjudicados, precisamente, a los competidores: se trataba de una empresa adquiriendo otras para convertirse en titular de una licencia exclusiva de modo de imponerse en el mercado e impedir el desarrollo de los competidores.

De esta forma, en términos generales, se puede clasificar en general las modalidades de abuso de posición dominante en dos formas⁸⁰:

- a. "abuso anticompetitivo", que pretende expulsar a un competidor del mercado, así como obstaculizar o impedir la entrada de un nuevo operador al mercado;
- b. "abuso explotativo", que tiene como objetivo la agresión de intereses de los demás operadores, sean proveedores, clientes o consumidores.

Formularemos algunos breves comentarios sobre cada una de las previsiones.

- a. *Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.*

La imposición de precios constituye una de las conductas restrictivas de la competencia más frecuentes. Sin embargo, no por ello es simple la determinación, en cada circunstancia, de la existencia de imposición. Esto se debe a que esta actividad implica la comparación de precios y a tal efecto hay que definir un parámetro objetivo.

- b. *Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.*

Se trata de la conducta conocida como de la "vida fácil"⁸¹, en tanto se busca por este medio escapar de la presión de los competidores, dejando de lado usualmente la introducción de innovaciones y beneficios para los consumidores dado que no es necesario alterar el estatus empresarial.

En este caso, son los consumidores los principales perjudicados por la restricción de la competencia.

- c. *Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.*

Los beneficiarios de mejores condiciones tendrían ventajas competitivas basadas en razones ajenas a su propia capacidad competitiva.

En este caso, la dificultad se encierra en la determinación de si los productos o servicios ofrecidos son efectivamente desiguales.

- d. *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Esta cláusula hace referencia a los "tying contracts" o "contratos anudados", no queridos por el legislador comunitario en tanto puedan afectar el comercio en el Mercado Común.

Se relaciona con esta previsión el denominado "efecto cartera"⁸² que consiste en la venta conjunta de productos diversos del mismo fabricante o distribuidor. Resulta abusiva cuando en uno de los productos el oferente tiene posición de dominio y exige dicha compra conjunta para contratar respecto de los primeros.

79 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 409-410.

80 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 86.

81 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 87-88.

82 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 89.

tante la ausencia de la situación prevista en el literal "c" del artículo 81, "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento". Goldman y Lyon-Cahen critican esta falta, expresando que si bien en un primer momento se puede pensar que un reparto solamente podría partir de un acuerdo o contrato y, por ello, de una situación perseguible a tenor del esquema de aplicación del artículo 81, no del 82, en una consideración más profunda se concluye que quedan fuera de la aplicación de la norma del artículo 81 las situaciones en las cuales el reparto tenga lugar en el interior de un grupo -por lo tanto excluido de su aplicación-⁷⁹.

Los pronunciamientos de las autoridades comunitarias debieron salvar la aparente omisión legislativa, en casos tales como Continental Can, en el cual la actividad prohibida tenía como operadores perjudicados, precisamente, a los competidores: se trataba de una empresa adquiriendo otras para convertirse en titular de una licencia exclusiva de modo de imponerse en el mercado e impedir el desarrollo de los competidores.

De esta forma, en términos generales, se puede clasificar en general las modalidades de abuso de posición dominante en dos formas⁸⁰:

- a. "abuso anticompetitivo", que pretende expulsar a un competidor del mercado, así como obstaculizar o impedir la entrada de un nuevo operador al mercado;
- b. "abuso explotativo", que tiene como objetivo la agresión de intereses de los demás operadores, sean proveedores, clientes o consumidores.

Formularemos algunos breves comentarios sobre cada una de las previsiones.

- a. *Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.*

La imposición de precios constituye una de las conductas restrictivas de la competencia más frecuentes. Sin embargo, no por ello es simple la determinación, en cada circunstancia, de la existencia de imposición. Esto se debe a que esta actividad implica la comparación de precios y a tal efecto hay que definir un parámetro objetivo.

- b. *Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.*

Se trata de la conducta conocida como de la "vida fácil"⁸¹, en tanto se busca por este medio escapar de la presión de los competidores, dejando de lado usualmente la introducción de innovaciones y beneficios para los consumidores dado que no es necesario alterar el estatus empresarial.

En este caso, son los consumidores los principales perjudicados por la restricción de la competencia.

- c. *Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.*

Los beneficiarios de mejores condiciones tendrían ventajas competitivas basadas en razones ajenas a su propia capacidad competitiva.

En este caso, la dificultad se encierra en la determinación de si los productos o servicios ofrecidos son efectivamente desiguales.

- d. *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Esta cláusula hace referencia a los "tying contracts" o "contratos anudados", no queridos por el legislador comunitario en tanto puedan afectar el comercio en el Mercado Común.

Se relaciona con esta previsión el denominado "efecto carter"⁸² que consiste en la venta conjunta de productos diversos del mismo fabricante o distribuidor. Resulta abusiva cuando en uno de los productos el oferente tiene posición de dominio y exige dicha compra conjunta para contratar respecto de los primeros.

79 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 409-410.

80 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 86.

81 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 87-88.

82 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 89.

Para finalizar, corresponde destacar nuevamente que estas conductas, así como aquéllas calificables como tales en función del concepto general de abuso de posición dominante, solamente están prohibidas para quien tenga posición de dominio, de modo que si una empresa no tuviera tal posición en el mercado podría llevar a cabo cualquiera de estas acciones⁸³.

B) MERCOSUR y países de la región

1. Protocolo de Fortaleza

El Tratado de Asunción no hizo referencias específicas a la reglamentación de la defensa de la competencia de la forma que se ocupó del tema el derecho comunitario europeo en el Tratado de Roma.

En el acuerdo marco constitutivo del MERCOSUR podemos destacar sí el compromiso recogido en su artículo cuatro, en función del cual los Estados Partes coordinarían "sus respectivas políticas nacionales con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial."

Sin embargo, la evolución del proceso de integración hizo evidente la necesidad de formular una reglamentación regional al respecto, que cristalizó con la suscripción del protocolo de Fortaleza de defensa de la competencia del MERCOSUR de 17 de diciembre de 1996. En el Preámbulo de dicho texto se reconoce como razones de la regulación que "el crecimiento equilibrado y armónico de las relaciones comerciales intra-zona, así como el aumento de la competitividad de las empresas establecidas en los Estados partes dependerán en gran medida de la consolidación de un ambiente concurrencial en el espacio integrado por MERCOSUR." Por otra parte, reconoce también en esta temática un "instrumento capaz de asegurar el libre acceso al mercado y la distribución equilibrada de los beneficios del proceso de integración económica."

En el Protocolo de Fortaleza no se sistematizan las diversas categorías de actos típicamente calificables como contrarios a la competencia o "antitrust" a efectos de un tratamiento diferenciado tal como se realiza en el derecho comunitario europeo. Se optó por dar un tratamiento unitario, prohibitivo de manera absoluta, a toda una serie de conductas. Ambos sistemas se asemejan, sin embargo, en la consagración de una cláusula general a la que sigue una enumeración ejemplificativa de conductas en el mercado.

El artículo 4 establece que "*Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes.*"

En esta cláusula general, se pueden distinguir tres tipos de actos: los actos concertados que tienen objeto o efecto anticompetitivo; el abuso de posición dominante y los actos unilaterales de carácter anticoncurrencial. Los dos primeros mencionados, recogen la tradición europea, por lo que la experiencia de su aplicación servirá indudablemente de apoyo para el desarrollo a la jurisprudencia del MERCOSUR.

Concentrándonos en el objeto de nuestro trabajo, abuso de la posición de dominio, podemos afirmar que su interpretación a la luz del derecho comunitario europeo se ve reforzada por la disposición del artículo 5º del Protocolo de Fortaleza, cuando dice que "*la simple conquista de mercado resultante de un proceso natural de mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores no representa una ofensa a la competencia*". De esta manera, resulta evidente que no se prohíbe el monopolio en sí mismo, cuando se sustenta en un logro a base de eficiencia en el mercado, sino que - a la manera europea⁸⁴ - son las situaciones de abuso de dicho monopolio las no admitidas en el ámbito MERCOSUR.

Finalmente, hemos de referirnos a la lista enumerativa del artículo 6, que completa la cláusula general mencionada. Establece que "*Las siguientes conductas, entre otras, en la medida en que configuren las hipótesis del artículo 4, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:*

83 Cfr. BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 86.

84 En igual sentido, el Profesor Carlos Correa destacó que el proyecto de este Protocolo se inspiró claramente en el modelos de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma en "El Derecho argentino de la competencia en proceso de cambio", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, pág. 47.

- I - fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- II - obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o conexas entre competidores;
- III - regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- IV - dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semiterminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productos intermedios;
- V - limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado;
- VI - convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas;
- VII - adoptar, en relación a terceros contratantes, condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en una situación de desventaja competitiva;
- VIII - subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- IX - impedir el acceso de competidores a los insumos, materias primas, equipamientos o tecnologías, así como a los canales de distribución;
- X - exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación;
- XI - sujetar la compra o venta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- XII - vender, por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo;
- XIII - rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios;
- XIV - interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada;
- XV - destruir, inutilizar o acopiar materias primas, productos intermedios o finales, así como destruir, inutilizar o dificultar el funcionamiento de los equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;
- XVI - abandonar, hacer abandonar o destruir cultivos o plantaciones, sin justa causa;
- XVII - manipular el mercado para imponer precios.

Se trata de una lista "indiferenciada"⁸⁵, en tanto se puede considerar aplicable en principio a cualquiera de las categorías de actos prohibidos. Esto sin perjuicio de que, del análisis puntual de cada una de sus disposiciones, pueda identificarse situaciones solamente comprendidas en alguno de ellos.

La valoración a efectos de la aplicación del sistema se realiza a través de agencias nacionales, no constituyendo el MERCOSUR organismos supranacionales de manera que la eficacia de la regulación regional va a depender de la capacidad de aplicación que de la misma tengan las respectivas oficinas⁸⁶.

Vemos, pues, que el sistema de defensa de la competencia del Protocolo de Fortaleza, al igual que la Unión Europea, sigue la "teoría de la doble barrera", es decir, que reconoce la coincidencia de dos sistemas aplicables simultáneamente en los distintos territorios: un sistema normativo nacional y un sistema de extensión regional. De esta manera, un mismo fenómeno podrá verse regido por dos ordenamientos, en función de su diverso grado de afectación del mercado.

2. Argentina

La legislación argentina tiene una larga tradición normativa en materia de legislación antitrust, desde 1923, cuya manifestación vigente la constituye la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 de 25 de julio de 1999.

Esta norma es encabezada por la cláusula general de la materia que, al incluir el abuso de posición dominante, dice así: "Artículo 1.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. ..."

85 VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "La defensa de la competencia en la Unión Europea y en MERCOSUR", en "MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica", Valladolid: Lex Nova, 1998, pág. 188.

86 Cfme. TAVARES DE ARAUJO, Jr., José, TINEO, Luis, "Harmonization of competition policies among Mercosur countries", The Antitrust Bulletin, Spring 1998, pág. 47.

Además de adoptar igual dimensión del instituto a la consagrada por el derecho europeo, no prohibiendo la posición dominante en sí sino el abuso de ésta, determina la consideración adicional de que exista perjuicio para el interés económico general. Esta expresión, ya existente en la disposición anteriormente vigente - ley 22.262 -, resulta de interpretación problemática. Fue calificado como concepto "deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico"⁸⁷, habiéndose optado tradicionalmente por su consideración como concepto de eficiencia económica⁸⁸. Corresponde hacer notar que para la norma es sancionable aquel acto que pudo haber causado el efecto anticompetitivo aún cuando no lo haya alcanzado.

La ley que estamos analizando define qué ha de entenderse por posición dominante en el artículo 4, que dice así: "A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de terminar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos."

Esta disposición, que incluye la referencia a mercados más allá del territorio argentino, debe ser analizada junto con el artículo siguiente, que califica las circunstancias que habrán de encuadrar en definitiva la conducta del agente económico. El artículo 5 establece que "A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a. El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
- b. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos y oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c. El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder."

En definitiva, se trata de analizar la sustituibilidad de productos o servicios, la existencia de barreras de acceso al mercado y la relación de poderes entre competidores. No se manejan porcentajes fijos para dicha consideración.

3. Brasil

En la legislación brasilera se conocen desde tiempo atrás normas de defensa del mercado y particularmente de defensa de la competencia, como la Ley N° 4.137/62, las cuales no eran aplicadas estrictamente ni frecuentemente. Esta situación comienza a cambiar desde la aprobación del Código de Defensa del Consumidor y la Ley de Crímenes contra el orden económico y las relaciones de consumo, ambos textos normativos del año de 1990⁸⁹.

Posteriormente se aprueba una norma de derecho antitrust, la Ley N° 8.884 de 11 de junio de 1994, que transforma el Consejo Administrativo de Defensa Económica CADE en "autarquía" y dispone sobre la prevención y la represión de infracciones contra el orden económico entre otras providencias. El capítulo II de esta disposición, tratando las infracciones no solamente incluye la figura del abuso de posición dominante en el artículo 20 en la cláusula general sino que, además, la define y precisa la dimensión del mercado relevante. Establece lo siguiente (en traducción propia):

"Artículo 20.- Constituye infracción del orden económico, independientemente de la culpa, los actos manifestados de cualquier forma, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aún cuando no sean alcanzados:

- I - limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa;
- II - dominar el mercado relevante de bienes o servicios;
- III - aumentar arbitrariamente las ganancias;

87 Vé Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Argentina, <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1c.htm>

88 LISIETO-BLANCO, Alberto, "La Defensa de la Competencia en la experiencia argentina", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001, pág. 98.

89 HASSON SAYEG, Ricardo, "Práticas comerciais abusivas", Bauru SP: Edipro, 1995, pág. 136-137.

IV - ejercer de forma abusiva posición dominante.

§ 1°. La conquista del mercado resultante de un proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores no caracteriza el ilícito previsto en el inciso II.

§ 2°. Existe posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas controla una parte sustancial de mercado relevante, como proveedor, intermediario, adquirente o financiador de un producto, servicio o tecnología al cual es relativa.

§ 3°. La posición dominante a que se refiere el párrafo anterior se presume cuando la empresa o grupo de empresas controla el 20 % (veinte por ciento) del mercado relevante, pudiendo este porcentaje ser alterado por el CADE para sectores específicos de la economía."

(Este último párrafo según texto dado por la ley N° 9.069 de 29 de junio de 1995)

De esta manera, el derecho brasilero sigue la línea regional considerando en su enunciación o cláusula general a la figura del abuso de posición dominante, a la manera del derecho europeo. Es destacable, asimismo la pauta para la determinación legal de la dimensión del mercado relevante al establecer el 20 %, pauta que se encuentra suficientemente ponderada con la autorización a la autoridad de aplicación administrativa para modificar - "alterar" - dicho porcentaje en sectores específicos de la economía. Con esta norma, texto actual del párrafo 3, reconoce las variedades que los sectores económicos tienen en cuanto a su objeto y también en el tiempo, salvando la creciente crítica que se realiza a las normas legales que establecen una pauta rígida en dicho sentido.

El artículo siguiente, N° 21, incorpora al derecho positivo brasileño una enunciación de actos que deberá tenerse en cuenta para la determinación del abuso de posición dominante que recoge aquéllos que luego serían aprobado como Protocolo de Fortaleza, en el ámbito Mercosur.

III. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO URUGUAYO VIGENTE

La Constitución uruguaya sienta bases en materia de derecho antitrust y respecto a la libertad de competencia en diversas disposiciones. Nos referimos particularmente a los artículos 7, 36 y 50 inciso segundo. Estas disposiciones iluminaron muchas de las normas aisladas o generales en el escaso y disperso derecho del mercado nacional, pero no tuvieron una aplicación directa a situaciones en las que se habla hoy de defensa de la competencia.

Asimismo, corresponde destacar la regulación que realiza el Código Civil uruguayo de la figura del abuso de derecho en el artículo 1321⁹⁰, norma que constituye la apoyatura antecedente para la elaboración de la figura del abuso de posición dominante⁹¹.

Sin embargo, podemos decir que el derecho uruguayo en materia de defensa de la competencia recién se estructura a partir de la inclusión en la Ley de Urgencia N° 17.243 de las normas de los artículos 13 a 15, en las que no se deja de reconocer su fundamento constitucional.

Las mencionadas disposiciones recogen principios generales de la materia:

- a. el artículo 13, cimentó en las reglas libertad de la competencia a la actividad económica de las empresas, a la luz de las disposiciones constitucionales correspondientes, artículos 7 y 36;
- b. el artículo 14, consagra una cláusula general y una acotada lista enumerativa de conductas prohibidas;
- c. el artículo 15, se ocupa de aspectos reglamentarios y de organización.

Siguiendo la modalidad de introducir prohibiciones sin sistematizar las diferencias situaciones, veremos que también se incluye entre las conductas prohibidas el abuso de posición de dominio. Efectivamente, enseña el artículo 14: "Prohibense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios".

90 El citado artículo dice "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable".

91 Cfme. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Introducción al derecho de la competencia", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001, pág. 23.

En cuanto al instituto que estamos analizando, no encontramos en nuestra ley definición alguna que lo contemple precisamente. Eso sucede también, como vimos en el derecho europeo, en función de lo cual se ha construido su concepto a partir de la apreciación de los diversos litigios que han realizado los órganos de aplicación comunitarios. Cabe destacar que esta experiencia es referencia constante, a su vez, de los órganos de aplicación nacional de los Estados de la Unión europea.

De todas maneras, corresponde trasladar de la experiencia nacional y comunitaria europea la referencia que realizó inicialmente la doctrina - antes de la mitad del siglo XX - a conceptos tradicionales de derecho común elaborados a partir de las normas sobre "abuso de derecho" de los Códigos Civiles nacionales. De esta manera, podríamos tener presente el artículo 1321 como modelo interpretativo. Siempre habrá de tenerse en cuenta la especialidad del derecho del mercado.

Sin perjuicio de ello, corresponde en el plano nacional verificar dos circunstancias. En primer lugar, debe analizarse si se está o no ante una situación de "abuso de posición dominante". Entendemos que, al efecto, hemos de recurrir a las interpretaciones existentes en el derecho comunitario europeo por las coincidencias filosóficas y jurídicas de ambos sistemas. En este plano, identificaremos conceptos tales como los de mercado relevante, concepto de posición de dominio y abuso de posición de dominio, de la misma manera que se ha realizado en el citado derecho comunitario europeo. En segundo lugar, hemos de analizar qué efecto tiene la conducta presumiblemente abusiva en cuestión. La amplia enumeración de efectos previstos en la cláusula general hace que muy difícilmente pueda existir una conducta abusiva que no contemple al menos uno de ellos.

La conclusión respecto de estas dos consideraciones se ve facilitada o puede ser sustentada a través del posible encuadramiento de la situación que se trata en alguno de los literales - también de gran amplitud - que integran la lista ejemplificativa del mismo artículo 14. Es de destacar, que no tendría que ser necesariamente correspondiente con una de tales situaciones, dado el carácter enunciativo de la disposición. Las situaciones previstas son:

- A) Imponer en forma permanente, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores.*
- B) Restringir, de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o de consumidores.*
- C) Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.*
- D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores.*
- E) En forma sistemática, vender bienes o prestar servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo con las obligaciones fiscales o comerciales."*

Recordando el concepto ya manifestado al analizar el Protocolo de Fortaleza, estamos nuevamente ante una lista en principio "indiferenciada" que puede ser contrastada contra cualquiera de los casos de actos prohibidos: sean acuerdos o prácticas anticompetitivas, o - como es el caso que nos ocupa - situaciones de abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos.

Pero no basta con esta doble consideración: para poder estar ante una conducta prohibida corresponde también que "la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general", inciso final del artículo 14.

No es generalmente recibido en el derecho comparado un condicionamiento en dicho sentido. Esto se debe, sin duda, a que las conductas calificadas según los parámetros presentes en la cláusula general, y acaso también identificables en las situaciones previstas en las enunciaciones, encierran de por sí un perjuicio relevante al interés general. De esta forma, estando usualmente presente en la legislación comparada la referencia al interés general, interés económico general o a la afectación del mercado como circunstancia contraviniente del interés protegido por la norma, no se la ha incorporado de manera expresa como una nueva variable a dilucidar para la aplicación de la ley.

Nuestro derecho, podría dar a entender que algunas situaciones abusivas de una posición de dominio, cuyo efecto sea distorsivo del mercado podrían no generar un perjuicio relevante al interés general y, por lo tanto, ser lícitas. Esta afirmación parece imposible. Un margen para situaciones de este tipo resulta de muy difícil existencia y no conocemos en derecho comparado doctrina o jurisprudencia que haga referencia a una posibilidad en tal sentido. De todas formas, el peso del sistema de aplicación se centra de esta manera en la definición de interés general y

la identificación de un perjuicio, cuya extensión y precisión será dada por la jurisprudencia y doctrinas nacionales. Este será un paso ineludible para la definitiva aplicación de las sanciones correspondientes a la prohibición del abuso de posición dominante.

A la hora de formular tales consideraciones y de plantearnos la interpretación del "perjuicio del interés general", no podemos dejar de lado las disposiciones de la Ley N° 17.250 de 25 de junio de 2000, Ley de Relaciones de Consumo que se ocupa de diversos aspectos relacionados con la que habrá de ser calificada como conducta lícita de los empresarios en el mercado. Deberá reconocerse una conexión o coordinación entre los valores protegidos por ambas normas.

Las disposiciones de la Ley de Urgencia I fueron, posteriormente, complementadas por los artículos 157 y 158 de la Ley 17.296 de 16 de febrero de 2001, ley de Presupuesto. El articulado analizado, si bien se ocupa de aspectos sustanciales no atendió efectivamente el sistema de sanciones y de aplicación administrativa al efecto. Justamente, el artículo 157 consagra las sanciones administrativas correspondientes y el artículo 158 determina las funciones y facultades del órgano de aplicación correspondiente.

Finalmente, el decreto 86/2001 de 28 de febrero de 2001 reglamenta los cinco artículos mencionados, determinando que la Dirección General de Comercio será la autoridad de aplicación en la materia (art. 1°), instrumentando el procedimiento administrativo de denuncia y reglamentando ciertas condiciones para el sometimiento de las cuestiones a la resolución de árbitros.

En cuanto al derecho internacional, tanto el Protocolo de Fortaleza como las disposiciones que imponen prohibiciones a las prácticas restrictivas de la competencia que se consagran a nivel de la Organización Mundial de Comercio, determinan también el grado de compromiso del Uruguay con la regulación de la materia.

IV. CONCLUSIONES

El abuso de posición dominante es una figura jurídica regularmente prohibida en el derecho comunitario europeo y en los sistemas que se informan de dicha tradición, como lo son aquéllos de los países del Mercosur. Esto se hace evidente también en la propia normativa comunitaria de dicha región.

Esto no significa, sin embargo, desconocer el aporte del derecho de origen anglosajón, particularmente el derecho norteamericano que además fue el inspirador históricamente de la normativa del continente europeo y que ha precisado y analizado exhaustivamente conceptos tan necesarios como el de mercado relevante.

La regulación del derecho de defensa de la competencia y la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho uruguayo parece tardía y será de difícil aplicación a pesar de – o acaso debido a – su sencillez. Hemos de tener presente que, si bien puede considerarse ventajoso dar flexibilidad a la interpretación de la realidad cuando se trata de pronunciamientos sobre esta categoría de casos, las autoridades administrativas y judiciales uruguayas, tanto como nuestra propia doctrina, carecen de experiencia en la apreciación de dichas situaciones.

En sistemas económicos más avanzados se aplican de manera ágil las disposiciones en todas estas cuestiones. Sin embargo, creemos que ni la normativa del MERCOSUR ni la nacional nos permite la agilidad y concreción necesarias para una eficiente inserción en los sectores del mercado global correspondientes a los países industrializados.

Falta regular muchos temas: es francamente escasa la normativa sobre de las concentraciones empresariales, no se atiende la problemática de las ayudas públicas y su efecto distorsivo de la competencia – problema éste ya planteado y cuestionado a nivel de Mercosur por Brasil que ni lo reglamenta ni consintió que se incluyera en el Protocolo de Fortaleza –.

De todas maneras, la aplicación de estas disposiciones podrá ir fortaleciendo dicha falta de experiencia nacional en la materia, hasta el momento en que podamos plantearnos una reforma integral con un planteo de mayor ambición tanto en lo legislativo como en el control de su aplicación.

Sería deseable que dicho momento fuera próximo para que el derecho nacional equipare las condiciones de operatividad en nuestro mercado nacional y regional con los mercados del mundo en los cuales es imperativo que nuestro país tenga la más provechosa participación. ♦

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, Phillip, "Antitrust analysis. Problems. Text. Cases.", 2d. ed., 6th printing, Boston et al.: Little, Brown and Company, 1974.
- ASQUINI, Alberto, "L'impresa dominante", en *Riv. Dir. Comm.*, I, 1963, pág. 3 a 14.
- BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham, "Derecho de la competencia en el Mercado Común", versión española a cargo de Eric Picañol, Madrid: Civitas, 1992.
- BERCOVITZ, Alberto, "Apuntes de Derecho Mercantil", Pamplona: Aranzadi, 2000.
- BERCOVITZ, Alberto, "La protección de la libre competencia y la propiedad intelectual", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999.
- BERENQUER FUSTER, Luis, "Las conductas abusivas de una posición de dominio", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 83 y ss.
- BULLARD, Alfred, "Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Argentina, "Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia", <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1.c.htm>
- CORREA, Carlos, "El Derecho argentino de la competencia en proceso de cambio", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Irene, "La noción de posición de dominio y su determinación", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 81 y ss.
- DE SANTIAGO GONZÁLEZ, Ana, "El abuso de posición dominante en derecho comunitario y español (artículo 86 del Tratado C.E. y artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia): Introducción", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 99 y ss.
- DIEZ-CANSECO NÚÑEZ, Luis José, "Competencia e integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- DOMKE, Martin, "Le projet de convention des Nations Unies sur les restrictives business practices", en *Rev. Trím. Dr. Comm.* 1954, pág. 567 a 576.
- DUBOIS, Jean-Pierre, "La position dominante et son abus", Paris: Librairies Techniques, 1968.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos, "Significado y delimitación del mercado relevante", en "Actas de Derecho Industrial", 1979-80, tomo 6, pág. 261 y ss.
- FERNANDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A., "La competencia", Madrid: Alianza, 2000.
- FOX, Eleanor, SULLIVAN, Lawrence, "Cases and materials on Antitrust", St. Paul-Minnesota: West Publishing, 1989.
- FRIGNANI, A., WAELBROECK, M., "Derecho Europeo de la Competencia", versión española de Sáenz-Cortabarría, I. y Morales, M., Barcelona, 1998, 2 vol.
- GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho comercial europeo", 1996.
- GOMEZ SEGADE, José Antonio, "Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E.", en "Actas de Derecho Industrial", 5, 1978.
- GUYENOT, Jean, d'EVEGNÉE, Charles, "European Antitrust Law of the Common Market", Paris: Economica, 1976.
- HASSON SAYEG, Ricardo, "Prácticas comerciales abusivas", Bauru, SP: Edipro, 1995.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, Francisco, "La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso AKZO", en *ADI*, tomo XIV, 1991-92, 247 y ss.
- MARTINEZ BLANCO, Camilo, "Grandes cadenas, poder dominante y defensa de la competencia", Montevideo: FCU, 2001.
- NAFTEL, Mark, "How does one say 'dominance' in European?", "Antitrust Report", octubre 1997, N° 2.
- NAVARRO VARONA, Edume, "Novedades en la aplicación de los artículos 85 y 86 el Tratado de Roma en el ámbito de los derechos de propiedad industrial e intelectual", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 67 y ss.
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Introducción al derecho de la competencia", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001.
- PLAISANT, R., FRANCESCHELLI, R., LASSIER, J., "Droit européen de la concurrence", Paris: Delmas, 1978.
- TAVARES DE ARAUJO JR., José, TINEO, Luis, "Harmonization of competition policies among Mercosur countries", en "The Antitrust Bulletin", Spring 1998, pág. 45 y ss.
- THIESING, SCHRÖTER-HOCHBAUM, "Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E.", Paris: Júpiter - Navarre, 1977.
- USIETO-BLANCO, Alberto, "La Defensa de la Competencia en la experiencia argentina", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001.
- VAN BAEL, Ivo, BELLIS, Jean-Francois, "Competition Law of the CEE", Chicago et al.: CCH, 1987, reprinted.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur", en "Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica", Valladolid: Lex Nova, 1998.
- VILA COSTA, Blanca, "El 'abuso de posición dominante' en la CEE", Cuadernos de Administración pública, 9, Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 1979.
- WHISH, Richard, "Competition law", 2nd. ed., Londres: Butterwords, 1989.
- WILLIMSKY, Sonya Margaret, "The Concept(s) of Competition", en [1997] 1 ECLR, p. 54 y ss.

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y DERECHO PRIVADO

CARLOS E. DELPIAZZO

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

SUMARIO:

I. TRANSFORMACIONES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. Características de la sujeción de la Administración al Derecho ante la llamada «huída del Derecho Administrativo». • II. PROYECCIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CONTROL. Extensión funcional del control estatal. • III. INCIDENCIA SOBRE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD. Responsabilidad de la Administración por sus cometidos puestos a cargo de particulares. • IV. CONCLUSIÓN. Irrenunciable protagonismo estatal, bajo Derecho público, de la gestión del bien común.

I. TRANSFORMACIONES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Desde los orígenes del Derecho Administrativo, siempre ha existido una parte de la actividad de la Administración desarrollada con sujeción al Derecho privado, como es el caso de la regulación de algunos contratos disciplinados por la legislación civil y comercial (como el depósito o la hipoteca) aún cuando los celebre la Administración.¹

Si bien esa actuación bajo reglas de Derecho común era excepcional, con el crecimiento y progresiva complejidad de la intervención estatal, principalmente en la actividad económica, se comenzó a postular la conveniencia de generalizar el sometimiento al Derecho común para escapar al mentado rigorismo excesivo del Derecho Administrativo. El fundamento de tal mutación se creyó encontrar en que la buena marcha de determinadas actividades estatales de carácter económico requiere de unas organizaciones con cierta autonomía, que se rijan por criterios de tipo empresarial y que se responsabilicen directamente de los resultados de su actividad.² A la vez, el sobredimensionamiento de algunas estructuras estatales, el descrédito de lo estatal y su escasa eficacia coadyuvaron a sufragar por la solución.³

1 Carlos E. DELPIAZZO - «Manual de Contratación Administrativa» (Edit. Universidad, Montevideo, 1997), tomo I, 3ª edición actualizada, pág. 22; y «Contratación Administrativa» (U.M., Montevideo, 1999), pág. 14.

2 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ - «Curso de Derecho Administrativo» (Civitas, Madrid, 1993), tomo I, 6ª edición, pág. 385.

3 Luciano PAREJO ALFONSO - «Estado social y Administración Pública. Algunas reflexiones a propósito de la crisis del primero», en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 19 y sigtes. y «Perspectivas del Derecho Administrativo para el próximo milenio» (Edic. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998), pág. 38 y sigtes.

En gráficos términos, dicho punto de vista ha sido expuesto del siguiente modo: «hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima, y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo, cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe, en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo), la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir».⁴

Consecuentemente, de acuerdo a lo que releva la doctrina actual, «uno los rasgos más característicos de las Administraciones institucionales es su huída del Derecho Administrativo para recalar en el Derecho privado. Esta huída se concreta de dos maneras: a través de la constitución de estas Administraciones bajo formas organizativas de Derecho privado y mediante el recurso por parte de la Administración pública en su actuación al ordenamiento jurídico privado».⁵

«Para quienes tenemos algunos años más de los que quisiéramos -se ha dicho⁶- «éste es un planteo que al margen de que encierra cierta dosis de verdad, no deja de ser sorprendente. Y lo es, porque yo recuerdo que cuando estudiaba Derecho Administrativo, su desarrollo se justificaba precisamente por la necesidad de articular técnicas propias y más adecuadas a las exigencias de la Administración, que no podía ver enervada su actividad por las formalidades típicas de un Derecho privado pensado para regular situaciones diferentes. Y también estudié la afirmación, por cierto exagerada, de que el Derecho Administrativo era el único marco que ofrecía una adecuada protección a los administrados. Hoy, según parece, las cosas han cambiado. En realidad, se han invertido».

Aún cuando este fenómeno no se ha dado en nuestro país con tanta intensidad como en otros, lo cierto es que el Derecho público está lleno de «privilegios en más» pero también de «privilegios en menos».⁷ En efecto, junto a un amplio contenido del régimen exorbitante -plasmado en privilegios tales como las prerrogativas de la Administración, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la actuación coactiva, el régimen procesal privilegiado, y la inembargabilidad de sus bienes⁸- se constata la imposición de una actuación formalizada y uniformizada, que apareja lentitud, rigidez y otras dificultades que han tentado a pensar que los «privilegios en menos» resultan un precio demasiado alto para mantener los «privilegios en más», sobre todo si estos pueden obtenerse gratis, creando entidades con potestades públicas pero que actúan privadamente.

Ante esta realidad, se impone reflexionar acerca de cómo se verifica hoy la sujeción de la Administración al Derecho ante la aludida huída del Derecho Administrativo, fundamentalmente desde el punto de vista de la teoría del control y de la teoría de la responsabilidad administrativa.

II. PROYECCIONES SOBRE LA TEORÍA DEL CONTROL

A los efectos de delimitar adecuadamente la cuestión, es preciso advertir que la separación entre actividad administrativa regulada por el Derecho público y actividad administrativa regida por el Derecho común refiere principalmente a la actuación externa de la Administración, es decir, a la que ésta despliega incidiendo sobre la vida social y entrando en relación con los administrados, ya que la actividad interna, referida a la organización y funcionamiento de la Administración, está ordinariamente sometida al Derecho Administrativo. Como con-

4 Caspar ARIÑO ORTIZ - «La regulación económica» (Abaco, Buenos Aires, 1996), pág. 57 y sigtes.

5 Antonio TRONCOSO REIGADA - «Privatización, empresa pública y Constitución» (Marcial Pons, Madrid, 1997), pág. 29.

6 Guillermo Andrés MUÑOZ - «Derecho público y Derecho privado en la organización de la Administración», en Guillermo Andrés MUÑOZ y Carlos Manuel GRECCO - «Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo» (Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999), pág. 459.

7 Luciano PAREJO ALFONSO y otros - «Manual de Derecho Administrativo» (Ariel, Barcelona, 1996), volumen 1, 4ª edición, pág. 341 y sigtes.

8 Juan Carlos CASSACNE - «El régimen exorbitante y las garantías del administrado», en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1981), Año V, N° 1, pág. 9 y sigtes.

secuencia de ello, los actos adoptados en los correspondientes procedimientos internos para la formación y manifestación de la voluntad de la Administración son siempre actos administrativos sujetos al control mediante recursos y acción contencioso administrativa, aún cuando estén dirigidos a integrar y desarrollar una actividad externa materialmente sujeta al Derecho privado.⁹

Hecha tal salvedad, es evidente el impacto sobre el control. Como bien se ha destacado, la realidad de las transformaciones que experimentan actualmente los países en el marco de la denominada huída de la Administración hacia el Derecho privado, especialmente en el ámbito de las empresas públicas, obliga a un fortalecimiento de los instrumentos de control para garantizar que no se traicione su fin último de servicio a la sociedad y que se respeten los derechos fundamentales.¹⁰

En efecto, no se trata de un debilitamiento o retracción del control sino de un cambio de roles,¹¹ derivado de que el acento ya no se pone tanto en la prestación directa de bienes y servicios (de la cual el Estado se ha retirado o en la que ha reducido su ámbito de actuación) cuanto en la regulación y fiscalización de quienes asumen la tarea prestacional.

Dicho cambio de roles en lo que refiere a las relaciones de control no apareja una alteración de sus fundamentos, que continúan siendo el aseguramiento de que el controlado se adecue, en el empleo de sus medios y en su actuación concreta, a los fines que le han sido confiados, y la protección del bien común.¹²

Como reacción frente a la fuga de los mecanismos clásicos de control, se ha postulado el criterio de la «influencia dominante» del poder público como forma de extender la aplicación de la normativa pública a las actividades traspasadas de carácter estatal, sujetando al Derecho administrativo los actos de su actividad privada.¹³ A través de este arbitrio, se procura «levantar el velo» de la personalidad de los entes instrumentales sometidos en su actuación al Derecho privado, pero que, en realidad, ostentan una condición de poderes públicos, tanto por su origen, cuanto por su actuación y por su financiamiento (en cuanto operan con fondos públicos).

III. INCIDENCIA SOBRE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD

Por otra parte, el desenvolvimiento de la actividad administrativa a través de empresas privadas, con o sin participación estatal, plantea interesantes cuestiones de responsabilidad administrativa, sea que el particular actuante lo haga a título de concesionario,¹⁴ sea que lo haga a través de otras formas de traspaso de la ejecución de los cometidos estatales¹⁵ que no impliquen la transferencia de su titularidad, fenómeno que ha sido designado como «delegación transestructural de cometidos».¹⁶

Sobre el particular, antes de ahora, he postulado una interpretación evolutiva respecto a la tesis tradicionalmente sostenida por la doctrina nacional, según cuya enseñanza la responsabilidad de la Administración consagrada en el art. 24 de la Constitución no se extiende a los actos o los hechos de los concesionarios de servicios públicos o de sus empleados.¹⁷

Al decir de Martins,¹⁸ «El precepto no alcanza a los servicios públicos concedidos puesto que, si bien el Estado ejerce sobre los concesionarios poderes de vigilancia y contralor, no tiene ni la gestión ni la dirección del

9 Luciano PAREJO ALFONSO y otros - «Manual de Derecho Administrativo» cit., volumen 1, pág. 385.

10 Antonio TRONCOSO REIGADA - «Privatización, empresa pública y Constitución» cit., pág. 317 y sigtes.

11 Nidia KARINA CILIBO - «Servicios públicos. Control y protección» (E.C.A., Buenos Aires, 1996), pag. 63 y sigtes.

12 Luis MORELL OCAÑA - «Curso de Derecho Administrativo» (Aranzadi, Pamplona, 1997), tomo I, pág. 293 y sigtes.

13 José María GIMENO FELIU - «El control de la contratación pública» (Civitas, Madrid, 1995), pág. 120 y sigtes.

14 Carlos E. DELPIAZZO - «Responsabilidad del Estado y de los concesionarios de servicios públicos», en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1999), tomo VII, pág. 51 y sigtes.

15 Carlos E. DELPIAZZO - «La responsabilidad del Estado por el desenvolvimiento de sus cometidos a cargo de particulares» (conferencia dictada el 17 de agosto de 1999 en el Seminario sobre Estado de Derecho y Responsabilidad del Estado realizado en la Universidad Católica del Uruguay, en prensa).

16 Rodolfo Carlos BARRA - «Principios de Derecho Administrativo» (Abaco, Buenos Aires, 1980), pág. 246 y sigtes.; y «La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización», en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1991), Año 3, N° 6, pág. 31 y sigtes.

17 Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» (F.C.U., Montevideo, 1988), tomo I, pág. 660.

18 Daniel Hugo MARTINS - «La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguayana», en Constitución y Administración (Montevideo, 1993), pág. 282.

servicio, a lo sumo determina con carácter general, lo que no presupone dirección, las reglas de actuación a que deberá ajustarse el mismo».

Sin embargo, tras afirmar que el art. 24 no cubre la conducta de los concesionarios, el maestro Sayagués Laso reconocía que dicho precepto «permite la duda» y matizaba su conclusión de que el mismo sólo «alude a los casos de administración directa» de la siguiente manera: «salvo que el acto o hecho del concesionario hubiese sido facilitado, ordenado, permitido, etc. por la Administración; pero en estos casos la responsabilidad derivaría del acto o hecho imputable a ésta».¹⁹

Por su parte, Jiménez de Aréchaga decía respecto a los reiteradamente citados arts. 24 y 25: «Podríamos preguntarnos si estas disposiciones comprenden incluso el caso en el cual los administrados reciben perjuicios por la gestión de empresas concesionarias de servicios públicos, es decir, cuando el servicio público no es cumplido directamente por personas públicas sino por empresas particulares que actúan en régimen de concesión». Y contestaba tal interrogante afirmando que el art. 24 «trata de los daños que se causen a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a la gestión o dirección de las personas públicas. Este distingo entre gestión o dirección de las personas públicas, podría también hacer suponer que el caso del daño causado por empresas concesionarias o por empleados de empresas concesionarias está comprendido en el régimen de responsabilidad».²⁰

Por eso, a la luz de los modernos procesos de transferencia a particulares de actividades propias de las entidades estatales, es razonable pensar que «va a poder sostenerse con buen fundamento que el Estado también será responsable de los daños que se causan en la ejecución de esos servicios que no están confiados a su gestión pero sí bajo su dirección».²¹

Admitido que el Estado pueda ser llamado a responsabilidad por la actuación de los particulares en el desempeño de los cometidos estatales a ellos confiados, es posible que pueda distinguirse más de un ámbito al respecto.

En efecto, no sólo la Administración concedente sino también los nuevos organismos reguladores²² a los que se atribuyen funciones y competencias tutelares de los derechos e intereses de los usuarios,²³ pueden ser generadores de responsabilidad.²⁴

Al respecto, cabe preguntarse si tal responsabilidad será directa o indirecta y, en su caso, si puede ser excluida por una previsión incluida en el contrato de concesión.

Sobre la primera cuestión, se han sustentado posiciones divergentes: mientras para unos la entidad estatal puede ser llamada a responsabilidad en forma directa y solidaria,²⁵ para otros ello sólo puede ocurrir en forma indirecta o refleja.²⁶

La responsabilidad estatal subsidiaria se ha fundado en que no tendría sentido excluir al Estado cuando la actividad prestacional que causa el daño ha sido puesta por él en manos del concesionario⁽²⁷⁾: «el Estado es responsable subsidiario de las obligaciones contraídas por su contratista en la ejecución de la prestación, por estar involucrada una prestación de bien público, de la que no puede desentenderse aún cuando haya encomendado su gestión a un particular».²⁸

Según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España Nº 13/95 de 18 de mayo de 1995, la regla general que sienta el art. 26 es que el contratista está obligado a «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato». No

19 Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado...» cit., tomo I, pág. 660, nota 4.

20 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - «La Constitución del Uruguay de 1952» (C.E.D., Montevideo, 1966), tomo II, pág. 315.

21 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - «Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo» (Edit. Universidad, Montevideo, 1996), pág. 22.

22 Juan Carlos CASSAGNE - «Los nuevos entes regulatorios», en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1993), Año 5, Nº 14, pág. 485 y sigtes.; y «Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), tomo II, 5ª edición, pág. 491 y sigtes.

23 Julio R. COMADIRA - «Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), pág. 717 y sigtes.

24 Agustín A. GORDILLO - «Tratado de Derecho Administrativo» (F.D.A., Buenos Aires, 1997), tomo I, 4ª edición, pág. XV-54.

25 Lucía VALLE FIGUEREDE - «Curso de Derecho Administrativo» (Malheiros, Sao Paulo, 1998), 5ª edición, pág. 243.

26 Alejandro PEREZ HUALDE - «El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar» (Depalma, Buenos Aires, 1997), pág. 75.

27 Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO - «Curso de Derecho Administrativo» (Malheiros, Sao Paulo, 1994), 5ª edición, págs. 485 y 486.

28 Roberto DROMI - «Renegociación y reconversión de los contratos públicos» (E.C.A., Buenos Aires, 1996), págs. 31 y 32.

obstante, la Administración debe responder directamente cuando los daños y perjuicios «hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden» de la misma, es decir, del ejercicio de sus potestades de «dirección» en la terminología utilizada por la Constitución uruguaya.

En rigor, a partir de que la relación primaria del usuario es con el concesionario, en principio debe responder éste en caso de daño, y sólo subsidiariamente la entidad estatal, sin perjuicio de que la responsabilidad de la Administración concedente o, en su caso, de los entes u órganos reguladores pueda verse comprometida por su propia conducta, lo que habilitará a los usuarios a demandarla directamente. Claro está que, en tales situaciones, el Estado no estará respondiendo por la actuación del concesionario sino por la suya, de conformidad con las reglas generales antes examinadas.

Con relación a la segunda cuestión planteada, la eventual inclusión en el contrato de concesión de estipulaciones limitativas o eximentes de la responsabilidad patrimonial del Estado frente a terceros, no parece procedente por cuanto, por definición, el tercero -que es el usuario- no es parte en la concesión.²⁹ En cambio, podrá ser válida entre concedente y concesionario la previsión de la repetición contra éste de lo que haya tenido que pagar aquél en determinados supuestos.

Todo lo antedicho resulta corroborado si se piensa en el servicio público en términos de prestaciones que hay que garantizar a los ciudadanos;³⁰ si se subraya el rol de la Administración concedente como garante, su consecuente responsabilidad es inexcusable. Carecería de sentido que la Administración respondiese de su propia actividad cuando la realiza directamente y, en cambio, no lo hiciere cuando actúa a través de un concesionario.³¹

Por eso, he insistido que el servicio concedido sigue siendo de la Administración concedente, por lo que ésta «no puede desinteresarse de él en tanto sigue siendo un cometido de ella».³² Esto es así porque las actividades cuya ejecución la ley autoriza a la Administración a contratar con particulares, siguen siendo actividades del Estado; lo que cambia es el medio a través del cual se ejecutan, pero siguen siendo cometidos estatales.³³

IV. CONCLUSIÓN

A modo de sintética conclusión de cuanto viene de decirse, es preciso enfatizar que -cualquiera sea la intensidad del proceso de transformación estatal y de transferencia de sus cometidos al área privada- el Estado no puede abandonar su papel protagónico de gestor del bien común bajo Derecho público.³⁴

Según se ha destacado con acierto, «No se puede prescindir del Estado porque él debe asegurar, en primer lugar, la justicia debida a quienes no puedan, sin culpa, asumir las nuevas reglas del juego y, en segundo lugar, asegurar la transparencia de éstas».³⁵ «Ello no implica por cierto que no deban repensarse las formas y las modalidades de la intervención estatal. Tampoco que en algunos ámbitos se procure la transformación de un Estado sobrecargado de competencias innecesarias o inútiles, que nunca llega a actuar debidamente. De lo que se trata, en definitiva, es de pensar las formas de pasar de un Estado panadministrativo a otro que dirige y controla».³⁶

29 César CHAVEZ - «Responsabilidad del Estado. El deber de reparación del Estado en la delegación transestructural de cometidos», en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 1997), Año XIX, N° 224, pág. 17 y sigtes.

30 Juan Miguel DE LA CUETARA - «Tres postulados para el nuevo marco jurídico de los servicios públicos», en A.A.V.V. - «El nuevo servicio público» (Marcial Pons, Madrid, 1997), pág. 138 y sigtes.

31 Luis MORELL OCANA - «Curso de Derecho Administrativo» (Aranzadi, Pamplona, 1997), tomo II, pág. 407.

32 Carlos E. DELPIAZZO - «Manual de Contratación Administrativa» (Pronade, Montevideo, 1993), tomo II, pág. 88; y «Contratación Administrativa» (U.M., Montevideo, 1999), pág. 404.

33 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - «Sobre reforma del Estado y Derecho Administrativo» cit., pág. 18.

34 Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - «Derecho Administrativo de la Regulación Económica» (U.M., Montevideo, 1998), pág. 31.

35 Julio R. COMADIRA - «Derecho Administrativo» (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), pág. 219.

36 Guillermo Andrés MUÑOZ - «Reforma del Estado. Principios generales», en Rev. de Administración Pública Uruguaya (Montevideo, 1996), N° 16, pág. 29.

En el nuevo escenario que impone un mundo globalizado, el Estado no puede abdicar de su naturaleza servicial para el logro del bien común ⁽³⁷⁾, entendido como la situación de hecho en la cual es posible a cada uno alcanzar el desarrollo integral de su propia persona, tanto en el orden moral como espiritual y material ⁽³⁸⁾; carente de existencia sustantiva, el Estado es un ser para otros, para que los componentes del cuerpo social puedan alcanzar plenamente sus fines propios ⁽³⁹⁾.

En el desenvolvimiento de ese su rol fundamental, es irrenunciable su actuación bajo Derecho público. ♦

37 Mariano R. BRITO - «Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo», en Rev. La Justicia Uruguaya (Montevideo, 1984), tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes.

38 Héctor FRUGONE SCHIAVONE - «La intervención del Estado en la economía. Evolución, crisis y perspectiva», en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo VII, N° 38, pág. 114 y sigtes.

39 Mariano R. BRITO - «Planificación y libertad en el Estado social de Derecho», en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), Año I, N° 1, págs. 35, 40 y sigtes.

LOS NOMBRES DE DOMINIO Y EL PROCESO CAUTELAR

ÁLVARO J. EIRIN

Profesor de Informática Jurídica, Universidad de Montevideo.

I. LOS NOMBRES DE DOMINIO. DEFINICIÓN. • II. MARCAS Y NOMBRES DE DOMINIO. TENSIÓN ENTRE EL "MUNDO REAL" Y EL "MUNDO VIRTUAL", ENTRE LO TERRITORIAL Y LO MUNDIAL. • III. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE CASOS DE "CIBEROCUPACIÓN" • IV. CONCLUSIÓN.

I. LOS NOMBRES DE DOMINIO. DEFINICIÓN

Como acertadamente se indica en el denominado Primer Proceso relativo a los Nombres de Dominio desarrollado en el ámbito de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), los Nombres de Dominio son "las direcciones de Internet expresadas simplemente para facilidad del usuario". Han sido concebidas para identificar y localizar un sitio en la web, facilitando el acceso y la navegación por la propia red. Si se prefiere, puede usarse una definición que por sencilla no es menos certera como la adoptada por el Prof. Dr. Juan Manuel Gutiérrez quien señala que "son el domicilio de un sitio web".

Sin embargo la aparente sencillez de ambas definiciones no reflejan la complejidad de la misma ya que toda dirección en Internet se compone de dos elementos:

- a El Nombre de Dominio propiamente dicho que representa la denominación, a la que caracterizaremos como la "dirección de fantasía", por ejemplo: "um.edu.uy" (Universidad de Montevideo.Educación.Uruguay) la que sin excepciones está indisolublemente asociada a un IP;
- b El correspondiente IP (Internet Protocol) que puede definirse como la "dirección numérica" -subyacente y única- que permite direccionar las solicitudes de conexión de cada usuario con un sitio web o URL (Uniform Resource Locator).

La "dirección de fantasía" puede estar compuesta de una serie alfanumérica la que sin excepciones se corresponderá con la "dirección numérica", siendo útil recordar que puede accederse a un sitio tanto solicitando la "dirección de fantasía" como la "dirección numérica". En cualquiera de las dos hipótesis la conexión se realizará mediante la "dirección numérica" o IP. Estas direcciones numéricas se conforman mediante cuatro secuencias numéricas separadas por puntos, cada una de las secuencias permite un número con valor de 0 a 255, por ejemplo 200.33.175.121

Inicialmente todas las direcciones en Internet fueron numéricas, pero ante la dificultad de los usuarios de recordar extensas cadenas de números con puntuación entre éstos, circunstancia agravada por el explosivo crecimiento de sitios en todo el mundo, se hizo necesario crear el Sistema de Nombres de Dominio (DNS) el que está exclusivamente relacionado con las "denominaciones de fantasía" (secuencias alfanuméricas) al igual

que acontece con los nombres o las marcas y que han demostrado ser no solo útiles sino necesarias a los efectos de facilitar la navegación de modo mucho más intuitivo y seguro, ya que como hemos visto el Sistema de Nombres de Dominio (DNS) transforma las "direcciones de fantasía" a "direcciones numéricas". Por ello éstas direcciones deben ser únicas.

II. MARCAS Y NOMBRES DE DOMINIO. TENSIÓN ENTRE EL "MUNDO REAL" Y EL "MUNDO VIRTUAL", ENTRE LO TERRITORIAL Y LO MUNDIAL

Si bien originalmente los Nombres de Dominio fueron creados con el objeto de permitir a los usuarios localizar ordenadores de manera ágil y fácil, señala OMPI en su Primer Informe que "los nombres de dominio han adquirido mayor importancia en tanto que indicadores comerciales y, como tales, han provocado conflictos con el sistema de identificadores comerciales que existía antes de la llegada de Internet y que está protegido por derechos de propiedad intelectual" y alude a que la "tensión que existe entre los nombres de dominio, por una parte, y los derechos de propiedad intelectual, por otra, ha provocado numerosos problemas que plantean interesantes cuestiones de política. Estas cuestiones de política tienen nuevas dimensiones que son consecuencia de la intersección de un medio mundial con propósitos múltiples, como es Internet, con sistemas diseñados para el mundo territorial y físico". En especial destaca el aludido informe que "las marcas famosas y notoriamente conocidas han sido el objetivo especial de prácticas predatorias y parasitarias por parte de una minoría pequeña pero activa de solicitantes de registro" y que "los nombres de dominio se vuelven parte del sistema de comunicación normalizada utilizada por las empresas para identificarse e identificar sus productos y actividades"

Advierte además OMPI en el informe citado que "la propiedad intelectual se ha convertido en un elemento central de la política económica y cultural en un mundo en el que el origen de la riqueza es cada vez más intelectual, en oposición al físico y en el que los mercados se distribuyen en todo el mundo". La colisión entre el "mundo real" y el "mundo virtual" ha creado una grave tensión para poder defender adecuadamente ambas situaciones, aludiendo a que "un sistema, el de los Nombres de Dominio, da lugar a registros que representan una presencia mundial, accesible desde cualquier parte del mundo. El otro sistema, el sistema de derechos de propiedad intelectual, tiene una base territorial y da lugar a derechos que pueden ejercerse únicamente dentro del territorio interesado. En ese sentido, la intersección del Sistema de Nombres de Dominio y el sistema de propiedad intelectual es sólo un ejemplo de un fenómeno mucho mayor: la intersección de un medio mundial en el que el tráfico circula sin reconocer fronteras y sistemas históricos con una base territorial, que emanan de la autoridad soberana del territorio".

Si bien es cierto que uno tiende a asociar el Nombre de Dominio con una marca, es evidente que el objeto principal de la protección marcaria es el de amparar un término que se identifica con un producto o servicio dentro de determinada clase y en un territorio determinado.

En este sentido son concluyentes las disposiciones de la ley N° 17.011 de fecha 25 de setiembre de 1998 (Ley de marcas) que establecen:

"ART. 1º. Se entiende por marca todo signo con aptitud para distinguir los productos o servicios de una persona física o jurídica de los de otra".

"ART. 9º. El derecho a la marca se adquiere por el registro efectuado de acuerdo con la presente ley. El registro de la marca importa la presunción de que la persona física o jurídica a cuyo nombre se verificó la inscripción es su legítima propietaria".

"ART. 11. La propiedad exclusiva de la marca sólo se adquiere con relación a los productos y los servicios para los que hubiera sido solicitada. Cuando se trata de una marca en la que se incluye el nombre de un producto o un servicio, la marca sólo se registrará para el producto o el servicio que en ella se indica".

"ART. 13. Concedido el registro de una marca, su titular adquiere la protección que confiere el mismo, no pudiendo solicitar un nuevo registro por idéntica marca y respecto de las mismas clases, totales o parciales,

sin que en forma anterior o concomitante haya renunciado al registro anterior total o parcialmente, según corresponda”.

“ART. 14. El derecho de oponerse al uso o registro de cualquier marca que pueda producir confusión entre productos o servicios corresponderá a la persona física o jurídica que haya llenado los requisitos exigidos por la presente ley”.

Los Nombres de Dominio no se agrupan por clases, ni en muchos casos por territorio, ni necesariamente constituyen una marca.

No obstante el registro abusivo de marcas famosas y notoriamente conocidas como Nombres de Dominio ha sido una práctica perniciosa y habitual hasta el momento en Internet, con la particularidad de que la red por esencia puede ser accedida desde cualquier parte del mundo y no cuenta con una reglamentación específica.

La infinidad de conflictos posibles en materia de Nombres de Dominio de los que resaltan algunos como: el registro como Nombres de Dominio de marcas iguales pero en distintos países (por ejemplo ejemplo.com.ar y ejemplo.com.uy) o aún dentro del mismo país (clases distintas, una sola es aceptada para registrar el Nombre de Dominio); o el registro de nombres genéricos no susceptibles de protección marcaria (prensa.com por ejemplo); o los casos de inscripción de una marca famosa sin autorización del titular con propósitos distintos al carácter distintivo de la marca (blurring oscurecimiento) o asociándola a un producto inferior (tamisllucut-deslustre) son solo algunos ejemplos que ponen de relieve la enorme importancia ética, económica y jurídica del fenómeno.

Quizás el fenómeno más visible es el de violación de derechos de terceros denominado ciberocupación (cybersquatting) por el que se registra un Nombre de Dominio bajo la denominación de una marca o nombre famoso a sabiendas, y con el fin de venderlo o alquilarlo al propio titular de la marca o a un tercero o sea de obtener un beneficio. Las apropiaciones de Nombres de Dominio (Domain Name Grabbing) constituyen un hipotético supuesto de conflicto cuando alguna persona, de forma intencionada, registra un nombre de dominio que otro usa como nombre comercial o marca para evitar que su propietario se establezca en Internet o para obligarlo al pago de una determinada suma de dinero para adquirir el dominio registrado.

Estos casos son justamente lo que nos ocupan en este trabajo o sea si el titular marcario puede impedir o hacer cesar provisoriamente el uso de un Nombre de Dominio mediante el empleo de medidas cautelares:

III. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE CASOS DE “CIBEROCUPACIÓN”

El Servicio Central de Informática Universitaria (SECIU) ha designado a la Cámara de Comercio para elaborar un sistema arbitral tendiente a regular y resolver los conflictos sobre Nombres de Dominio en el Uruguay. En tanto no se implementen este tipo de mecanismos alternativos de solución de controversias en esta área, los titulares de las distintas marcas han venido utilizando el mecanismo del Proceso Cautelar para obtener la suspensión provisoria del dominio controvertido.

El Proceso Cautelar se encuentra regulado en los siguientes artículos del Código General del Proceso:

“ART. 311. Universalidad de la aplicación.-

311.1 Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario.

311.2 Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados.

311.3 Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite”.

“ART. 312. “Procedencia.- Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso.

La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.”

juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

317.2 Como medida provisional o anticipada podrán disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado, o, en general, se encontraren sometidos a cualquier medida cautelar, cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor.

En estos casos, el tribunal podrá a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto en valores públicos, a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos.

317.3 Estas medidas se regularán, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 311 a 316".

De los artículos citados, la doctrina nacional e internacional que ha estudiado el punto es conteste en señalar que para que se admita la procedencia de las medidas cautelares es necesaria la existencia de tres requisitos: el *fumus bonis iuris*, en el sentido de apariencia o verosimilitud de la existencia del derecho que se trata de precaver; el *periculum in mora*, es decir el peligro de lesión o frustración de tal derecho, entendido como riesgo objetivo actual e inminente ante la demora o ineficacia de un ulterior fallo sobre el fondo del asunto y la contracautela suficiente por los eventuales perjuicios que se pudieran irrogar a los demandados.

Parecería claro que inicialmente el propietario de una marca tiene una justificación suficiente (*fumus bonis iuris*) para reclamar la titularidad sobre un nombre de dominio que la vulnere. La apreciación de este requisito por el Juez actuante supone solamente una valoración provisional sobre el derecho de la parte solicitante atendiendo al conocimiento periférico o superficial exigible en el proceso cautelar, ya que en éste no se requiere la certeza que es exigible en el proceso principal. Sin embargo entorpecería tal decisión el hecho de que el dominio mostrara un contenido totalmente distinto a la marca amparada por una clase diferente a aquél.

El Sistema de Nombres de Dominio se sustenta en el viejo principio de derecho que establece que *prior tempore tempore prior iure* (quien llega primero ostenta un derecho superior). El registro de un dominio se otorga al que primero lo solicite, en consecuencia no se aceptan ulteriores solicitudes con idéntica denominación, lo que apareja la imposibilidad de registro de una marca cuando ésta ha sido precedida en el Registro de Nombres de Dominios por un titular distinto al marcario.

El principio *prior tempore prior iure* debe ser considerado tanto para el primero de los requisitos de procedencia del proceso cautelar como para el segundo o sea el *periculum in mora*. Sin embargo también en este punto debemos discrepar con lo que ha sido la jurisprudencia uruguaya (por lo menos en lo referente a los casos que han llegado a conocimiento de quien esto suscribe), ya que no se infiere de la misma que se haya contemplado la circunstancia del tiempo transcurrido entre el registro del Nombre de Dominio y la solicitud de la medida cautelar por el titular marcario. La solicitud de suspensión o cese de un dominio en forma intespectiva o demorada, sea por desinterés o desconocimiento, desactiva a mi criterio la presunción de peligro que supone la pendencia del procedimiento principal. Esta presunción solo caería en la medida en que el titular marcario justificara debidamente los motivos por los que no solicitó con anterioridad la medida, o por la aparición de nuevas circunstancias que la hagan urgente. En suma, entiendo que no procede argumentar la existencia del peligro en la demora ante la propia inacción del titular marcario en solicitar la medida cautelar, como ejemplo de esta situación pensemos en el caso de un nombre de dominio registrado hace dos años que soporte hoy la solicitud de suspensión provisoria por parte de una marca registrada hace cinco años.

La exigencia de contracautela es de recibo y ha sido decretada por nuestra jurisprudencia de modo unánime.

IV. CONCLUSIÓN

Si bien es evidente que nuestra jurisprudencia hasta el momento ha determinado unánimemente la procedencia del Proceso cautelar ante casos de ciberocupación, entendemos que debería tenerse especial precaución respecto a la presencia de aquéllos requisitos necesarios para su procedencia y en especial la del *fumus bonus iuris* y la del *periculum in mora*, ya que se corre el riesgo derivado de acoger pretensiones cautelares inadecuadas desvirtuando por completo la finalidad del instituto cautelar preventivo. Por ello, si no se acredita en debida forma la existencia de aquél supuesto perjuicio inminente o irreparable, el objeto de la medida solicitada (cese o suspensión del dominio) supliría la decisión a tomarse en el momento de dictar la sentencia definitiva.

En realidad y quizás antes de decretar la procedencia de las medidas cautelares, la pregunta que deberíamos

responder es si "ejemplo" (marca) es lo mismo que "ejemplo.com.uy" (ejemplo punto com punto uy).

En función de la respuesta que demos a la interrogante planteada, aplicaremos viejos principios a las nuevas realidades o determinaremos la necesidad de construir un nuevo derecho nacido de las dificultades de aplicar una legislación marcaria concebida y cimentada en la existencia del registro y protección en el marco de fronteras territoriales y en el agrupamiento por clases.

Entiendo que esa en realidad es la clave del problema ya que si bien la legislación marcaria puede ser adaptada relativamente a los casos de conflicto de Nombres de Dominio entre marcas registradas en el mismo país, resulta absolutamente insuficiente para despejar los casos de colisión entre aquéllos que han registrado nombres o marcas como nombres de dominio de "aspecto mundial" (los punto com) de aquéllos de aspecto territorial o regional (p. ej. los punto com.uy) o peor aún, aquéllos casos en que nombres o marcas debidamente registradas han sido anticipadas por otras que también lo estaban tanto en los punto com, como en el propio dominio territorial. No en vano la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se encuentra abocada en este momento al Segundo Proceso de Nombres de Dominio que se estima culminará en el presente año, y que se propone despejar varios de los problemas derivados del acelerado y creciente empleo de nuevas tecnologías que en algunos casos han demostrado la falta de adecuación del derecho a estas nuevas realidades. ♦♦

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y LA AGRICULTURA

JORGE E. FERNÁNDEZ REYES

Profesor de Derecho Agrario, Universidad de la República.
Profesor de Derecho de la Integración, Director del Master en Políticas de la Integración,
Universidad de Montevideo.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. • II. ANTECEDENTES. • III. SITUACIÓN ACTUAL. • IV. ETAPAS FUTURAS. • V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad contemporánea es altamente ilustrativa en demostrar que los procesos de integración se encuentran insertos en un contexto mundial que los explica y condiciona, y dentro de ellos el fenómeno de la Agricultura surge como uno de los sectores específicos de la realidad política, económica y social de los países que participan de los diversos esquemas de integración de mayor importancia y dinamismo.

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Agricultura dentro de este esquema de integración, no es ajena a la mencionada realidad, y por lo tanto una visualización adecuada de estos aspectos, implica su análisis dentro de ese contexto.

El presente trabajo, se orienta a desarrollar esta situación, desde una óptica conceptual y jurídica, desde la perspectiva histórica, la actual y su proyección futura.

II. ANTECEDENTES

El análisis del proceso de integración que se inicia institucionalmente a partir de la firma del Tratado de Asunción en marzo del año 1991 (v.g. la conformación del Mercado Común del Sur - MERCOSUR), por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, requiere entonces en forma necesaria su ubicación en el contexto internacional del punto de vista político, económico y social.¹

¹ El 26 de marzo de 1991 se suscribió en la ciudad de Asunción (República de Paraguay) el Tratado de Asunción, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 19 de dicho Tratado, entró en vigencia el 29 de noviembre de 1991.

Este proceso integrador, no es causal, ni responde a un fenómeno arbitrario o aislado, por el contrario se inserta y consolida, en una realidad política, económica y social, con su marco jurídico específico, propia de los tiempos actuales.

En ese sentido, y sin profundizar en todos aquellos elementos que participan en esta realidad, surgen dos tendencias mundiales claramente apreciables; por un lado la "globalización de las relaciones internacionales" en sus diversas dimensiones (políticas, económicas, sociales, culturales, etc.) y por otro lado la "creación de espacios económicos integrados".²

La "globalización de las relaciones internacionales" no es un fenómeno nuevo; lo es cuantitativa y cualitativamente en los adelantos científicos y tecnológicos, así como en la información y la comunicación, que permiten la difusión rápida y máxima de bienes, servicios, capitales, personas, etc.

En efecto, la celeridad y extensión de nuevos procesos políticos, sociales, económicos y culturales, etc., es el común denominador que impulsa el paso del siglo XX y el inicio del Siglo XXI.

Complementariamente dentro de esta visión global, y si es posible distinguir claramente lo político de lo económico - al menos circunstancialmente - interesa resaltar el papel que le correspondió a la economía (desde la visión del mercantilismo, el liberalismo o el marxismo), dado que es innegable que el liderazgo económico es condición *sine qua non* para el ejercicio del protagonismo mundial.

Por su parte, la "creación de espacios económicos integrados", se incorpora dentro de un sistema multilateral del comercio, abierto, universal y basado en una normativa que lo regula.

Es aquí donde el marco regulatorio (i.e. el conjunto de normas jurídicas) adquiere relevancia, porque es en base a dichas "reglas del comercio mundial", que éste va a ser disciplinado para las partes intervinientes.

Los antecedentes de ese "sistema multilateral de comercio" se ubican en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que procura garantizar a los empresarios un entorno internacional previsible, y un proceso continuo de liberalización del comercio en el que puedan prosperar las inversiones, la creación del empleo y el comercio, en un delicado equilibrio entre los derechos, las ventajas y las obligaciones inherentes a la calidad de miembro del Acuerdo.

En la actualidad, es la Organización Mundial de Comercio (OMC), el marco institucional y jurídico común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus miembros, sobre la base de un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, los resultados de anteriores esfuerzos de liberalización del comercio y los resultados integrales de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronda Uruguay.³

Dentro de ese contexto mundial, surgen los esquemas integracionistas, previstos normativamente (Artículo XXIV del GATT; el artículo 2 de la Cláusula de Habilitación y el Artículo XXV del GATT), y si bien su justificación o explicación no es uniforme (algunos autores los sitúan en una etapa previa o preparatoria para ingresar al sistema multilateral de comercio, mientras otros lo hacen desde la óptica de la experiencia necesaria para fortalecer el sistema multilateral del comercio), no menos cierto es, que estos aparecen como un conjunto de Estados dentro de un mismo continente, que en forma consensuada se proponen transitar por la interdependencia, la cooperación y la solidaridad recíprocas.⁴

En consecuencia, la integración (término o acepción que resume los "espacios económicos integrados"), es en esencia, un hecho político, que se instrumenta en forma económica, comercial y jurídica, con relevantes efectos en el plano social.

Es entonces, sobre este nuevo escenario mundial - donde solamente destacamos dos tendencias preponderantes - que se desenvuelven los Estados, y ello en dos planos distintos, ya que existe un marco a nivel mundial regulado por la Organización Mundial de Comercio (aplicable a los Estados Partes), un marco regional (derivado de los esquemas de integración habilitados por la OMC), una relación bilateral simple o ampliada entre Estados (producto histórico de plena vigencia en el relacionamiento entre Estados), y una realidad nacional,

2 Ruiz Díaz Labrano, Roberto - MERCOSUR. Integración y Derecho. Parte I De la integración y el Derecho Comunitario. Intercontinental Editora. Ciudad Argentina. Año 1998.

3 Leiva, Patricio - La Ronda Uruguay y el desarrollo de América Latina. CLEPI PNLID. Año 1994.

4 Vaillant, Marcel y Vera, Tabaré - Bloques comerciales versus multilateralismo: MERCOSUR, el caso de un pequeño bloque Sur-Sur. Pag. 24 y ss.

objeto de regulación específica dentro de cada Estado como centro de poder independiente pero condicionado a las tendencias contemporáneas desarrolladas con anterioridad.

La experiencia de América Latina de 1970 a 1985 no fue positiva en relación a la integración comercial (en general), por diversas causas (inestabilidad política, deuda externa, desconfianza entre los distintos gobiernos, desigual reparto de los beneficios de la integración, etc.).

En los años 90 comienza a vislumbrarse una firme propuesta integradora para lograr una mejor defensa de los productos de cada país, aprovechar las economías derivadas de una mayor especialización, incrementar el intercambio de bienes intermedios, y lograr – entre otros – una posición común ante los organismos internacionales.

Es decir, la Agricultura – entre otros – fue un elemento de coherencia entre los Estados productores y exportadores de materias primas, en base a sus intereses comunes en la participación del comercio mundial.

Claro ejemplo de lo que viene de exponerse, es el posicionamiento de los países en desarrollo (y algunos desarrollados) en el marco de la Ronda Uruguay del GATT, sobre la base de tres puntos centrales: 1) reducir el apoyo interno a la agricultura; 2) facilitar el acceso a las importaciones; y 3) reducir las subvenciones a las exportaciones.

De todo ello resulta en abril de 1994, la Declaración Ministerial de Marrakech; el Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales; el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio; y con relación al sector agropecuario, se establecen en el Anexo 1 – Anexo 1.A (Acuerdo Multilateral sobre el Comercio de Mercancías) el Acuerdo sobre Agricultura.⁵

Por otra parte, y si nos atenemos al proceso de integración en el Cono Sur (MERCOSUR), se puede observar que el tema agrícola o de la agricultura, no tuvo una consideración específica o puntual, sino que notoriamente la estrategia de los negociadores del Tratado de Asunción, fue que el mismo se encontrara incorporado en los aspectos generales que inspiraron a los Estados Partes.⁶

En ese sentido, no debe olvidarse que el MERCOSUR fue concebido – a nuestro juicio – como un proceso de integración de carácter estrictamente comercial en forma genérica (véanse al respecto los instrumentos iniciales, Programa de Liberación Comercial, Régimen de Origen, Cláusulas de Salvaguardia, etc.), con connotaciones de índole económica (la coordinación de las políticas macroeconómicas, etc.), y si bien la "agricultura" (concebida en términos genéricos) es un aspecto relevante en los cuatro Estados Partes, no menos cierto es que se trata de un sector "sensible" en los mismos, lo que trajo aparejado un tratamiento cuidadoso y cauteloso (se la incluye a los efectos de la coordinación de políticas sectoriales en el artículo 1 del Tratado de Asunción y en el Anexo V se crea el Subgrupo de Trabajo No. 8 "Política Agrícola" – actualmente "Agricultura" y algunos de los productos agropecuarios forman parte del cronograma de desgravación arancelaria del Programa de Liberación Comercial).⁶

En el mes de diciembre de 1995 del año 1995, cuando se aprueba la Decisión No. 9/95 (MERCOSUR 2000 – Objetivos y Programa de Acción hasta el año 2000), la Agricultura es considerada como un aspecto relevante en la marcha hacia el Mercado Común (subnumeral 1.1. Agricultura del numeral 1. La marcha hacia el Mercado Común del Capítulo II La Profundización del Proceso de Integración). Sin embargo las líneas de acción propuestas (cuyo cumplimiento es parcial) no va más allá de "crear condiciones adecuadas para incrementar en la región la productividad de la agricultura ... y la coordinación de las acciones e instrumentos de las correspondientes políticas nacionales...", "el seguimiento y análisis de las políticas agrícolas y agroindustriales nacionales ... teniendo como referencia el Acuerdo Agrícola aprobado durante la Ronda Uruguay del GATT.", y "...el fortalecimiento de la agricultura del MERCOSUR en su inserción internacional."⁷

En ese sentido, y como aspectos destacables surgen la aprobación del Programa de Trabajo del SGT No. 8 y las Pautas Negociadoras, la integración de Comisiones al interior del Subgrupo de Trabajo, el seguimiento de

5 Stancanelli, Nelson – La agricultura en la Ronda Uruguay en obra citada en la cita 3, página 199 y siguientes.

6 Véase el Anexo I del Tratado de Asunción que contiene el Programa de Liberación Comercial.

7 Véase la Decisión No. 9/95 de diciembre de 1995, del Consejo del Mercado Común, en los puntos referidos al tema agrícola.

los instrumentos de política implementados en cada país, la realización de algunos seminarios con participación del sector privado, la aprobación del Acuerdo sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMC:

Por su parte, resulta de interés destacar, siguiendo la línea de razonamiento aplicable a las dificultades de considerar específicamente en el Tratado de Asunción y en las mismas negociaciones posteriores a la "Agricultura", que en el marco del relacionamiento externo (v.g. Agenda Externa del MERCOSUR incluyendo en éste a relación comercial con los Estados Asociados), siempre ha sido un tema "sensible" y de difícil negociación y acuerdo. (en ese sentido, las negociaciones con la República de Chile, con la Comunidad Andina y actualmente en el ALCA son claro ejemplo de ello).

III. SITUACIÓN ACTUAL

El análisis de la situación para los distintos esquemas de integración existentes a nivel mundial, en relación directa con la "Agricultura" en el comercio mundial, nos ubica en el contexto internacional, con el marco jurídico que establecen las reglas de la Organización Mundial de Comercio (OMC); para el caso de los Estados Partes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en el contexto regional, con las obligaciones asumidas en el marco de los procesos de integración en los que se encuentran involucrados los cuatro países, es decir el MERCOSUR y la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración); y en el ámbito de cada país; con las decisiones adoptadas en cada Estado dentro del ordenamiento jurídico vigente en cada país.

Con relación a la "cuestión agrícola", la situación se encuentra también enmarcada en los ámbitos referidos precedentemente, los cuales se desarrollan a continuación.

A nivel de la Organización Mundial del Comercio (OMC), es el "ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA" con sus 5 (cinco) Anexos que regula el tema de la AGRICULTURA, que representa la iniciación de un proceso de reforma del comercio de productos agropecuarios en armonía con los objetivos de las negociaciones fijados en la Declaración de Punta del Este."

En el marco del Preámbulo se afirma "que los compromisos en el marco del Programa de reforma deben contraerse de manera equitativa entre todos los Miembros, tomando en consideración las preocupaciones no comerciales, entre ellas la seguridad alimentaria y la necesidad de proteger el medio ambiente; tomando asimismo en consideración el acuerdo que el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo es un elemento integrante de las negociaciones...."

En la PARTE IX - Artículo 15 del Acuerdo se regula el "Trato especial y diferenciado" para los países en desarrollo, donde se reconoce la situación de estos países y se le concede la flexibilidad necesaria para aplicar mecanismos de reducción.⁸

Tomando la disposición referida, el Anexo 2 establece en materia de Ayuda Interna, las bases para la exención de los "compromisos" de reducción, de los cuales se resaltan aquellos vinculados a los "Programas gubernamentales de servicios" que comprenden diversos servicios, cuya realización o financiación - con las limitaciones allí establecidas - está al alcance de los Gobiernos.

Se refiere específicamente a gastos en relación a programas de prestación de servicios o ventajas a la agricultura o a la comunidad rural, y que los mismos no impliquen pagos directos a los productores o a las empresas de transformación, al igual con los criterios generales que en forma expresa se determinan.⁹

En forma más específica, se enumera diversos programas, aunque se aclara en forma expresa que la misma

8 Dice el Artículo 15 del Acuerdo sobre "Trato especial y diferenciado"

1.- Habiéndose reconocido que el trato diferenciado y más favorable para los países en desarrollo forma parte integrante de la negociación, se otorgará trato especial y diferenciado con respecto a los compromisos, según se establece en las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y según quedará incorporado en las Listas de concesiones y compromisos.

2.- Los países en desarrollo Miembros tendrá flexibilidad para aplicar los compromisos de reducción a lo largo de un período de 10 años. No se exigirá a los países menos adelantados Miembros que contraigan compromisos de reducción.

9 Los criterios generales son: a) la existencia de un Programa Gubernamental financiado con fondos públicos, que no implique transferencias de los consumidores; b) la ayuda en cuestión no tendrá el efecto de prestar ayuda en materia de precios a los productores, sin perjuicio de los criterios y condiciones relativos a políticas específicas según las áreas de los servicios.

no es exhaustiva, lo que habilita a ampliar la misma conforme a los criterios generales y específicos emergentes del texto en cuestión.¹⁰

Vale decir, que en las áreas indicadas en la normativa, él o los Estados podrán realizar inversiones (aplicar recursos públicos) a los efectos de lograr la competitividad en los sectores agroalimentarios de sus países, sin afectar los compromisos asumidos en la Ronda Uruguay del GATT.

Si trasladamos el análisis a nivel regional (v.g. el MERCOSUR), importa señalar, que en la etapa del relanzamiento del proceso de integración, se han previsto por los Estados Partes regulaciones específicas en materia de comercio de bienes, que naturalmente guardan relación con el sector agrícola de los cuatro Estados Partes.¹¹

Desde el relanzamiento del MERCOSUR hasta la fecha se han sucedido dos Presidencias Pro Tempore (2do. Semestre de 2000 a cargo de la República Federativa del Brasil y 1er. Semestre de 2001 a cargo de la República del Paraguay) y dos Cumbres Presidenciales (Florianópolis en Brasil y Asunción en Paraguay), sin que hayan existido avances sustantivos no sólo en el proceso de integración en sí, sino que también en la propia Agenda del Relanzamiento.

La elaboración de disciplinas comunes relacionadas con la utilización de incentivos a las inversiones, a la producción y a la exportación (Decisión No. 31/00 de 29.6.00); la aprobación de un régimen especial de importación (Decisión No. 69/00 de 14.12.00); el consenso sobre disciplinas adicionales para conducir investigaciones para la aplicación de medidas antidumping o compensatorias de productos originarios de un Estado Parte (Decisión No. 29/00); la adopción del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC (Decisión No. 58/00 de 14.12.00); el tratamiento sobre bienes de capital no producidos en los Estados Partes (Decisión No. 68/00 de 14.12.00); la prórroga de la vigencia del Arancel Externo Común hasta el 31 de diciembre de 2002 con un sistema de modificaciones semestrales de hasta 20 productos (Decisión No. 68/00 de 14.12.00) y la prórroga de la vigencia de la Decisión No. 15/97 por dos años más a partir del 1 de enero de 2001 (con una reducción a 2.5 el porcentaje de aumento), han sido algunas de las disposiciones que directa o indirectamente inciden o pueden incidir en la "cuestión agrícola".

Se podrían añadir otras, con relación al acceso a los mercados, o en materia de equivalencia de los sistemas de control sanitario y fitosanitario, relativas a la defensa de la competencia, o las disciplinas sobre procedimientos administrativos de comercio exterior adoptados por los Estados Partes, representativas del marco jurídico (naturalmente una vez incorporadas en el Acuerdo de Complementación Económica No. 18 en ALADI o en los ordenamientos jurídicos nacionales de cada Estado Parte conforme al Protocolo de Ouro Preto) en que se desenvuelve el proceso de integración regional en general y con relación a la "Agricultura".¹¹

Por otra parte, es dable observar, que en el MERCOSUR, dentro de los principales conflictos sectoriales, el relacionado con los productos agrícolas aparece como uno de los más importantes.¹²

Dentro del marco regulatorio proveniente del Tratado de Asunción (Protocolo de Brasilia) y del Protocolo de Ouro Preto (Anexo), y habida cuenta de la conflictividad existente o latente, derivada naturalmente de la importancia de los subsectores involucrados y su incidencia en la sociedad en su conjunto, consideramos importante resaltar, la escasa o nula utilización por parte de los negociadores públicos y el sector privado, de instrumentos que el Tratado de Asunción contempla con la finalidad de avanzar en el proceso de integración.

En el sentido antes indicado, se observa que en el literal d) del artículo 5 del Tratado de Asunción, se incluye como uno de los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común durante el período de transición, "La adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar niveles operativas eficientes"

10 Los temas se podrían clasificar en: a) programas de investigación: generales o particulares (ambientales, productos, etc.); b) programas sanitarios; generales o particulares (plagas o enfermedades, productos específicos, inspección, clasificación, etc.); c) programas de comercialización o promoción de productos (información, asesoramiento, normalización, etc.); d) programas de capacitación: general o particular; e) programas de divulgación y asesoramiento (incluyendo medios para facilitar la transferencia de información, etc.) y f) programas de inversión en infraestructura: carreteras y otros medios de transporte; electrificación; riego y drenaje; instalaciones portuarias; instalaciones de mercado (almacenaje, frío, etc.).

11 La incorporación de la Normativa MERCOSUR de acuerdo al tema en cuestión se canaliza para su vigencia a través del ACE (Acuerdo de Complementación Económica 18) mediante Protocolos Adicionales a dicho Acuerdo en la ALADI, o por medio de la incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes.

12 Para una visión completa de los diversos conflictos a nivel MERCOSUR, véase el Informe MERCOSUR del BID INTAL Año 5 No. 6 correspondiente al Período 1999-2000, página 36 y ss.

En forma aislada y sin mayor trascendencia, esta previsión normativa fue utilizada por el sector arrocero, alcanzándose la firma de un Acuerdo Sectorial.

Estas coordinadas que surgen del contexto internacional y regional, son los que pautan el nivel de actuación en la esfera interna de cada Estado Parte, con las particularidades propias de cada uno de ellos, en el marco de sus políticas internas, y en el marco normativo descrito precedentemente.

IV. ETAPAS FUTURAS

En el escenario internacional, y luego del fracaso de la reunión de Seattle (v.g. inicio de la Ronda del Milenio), todavía existen esperanzas de una futura ronda de negociaciones que profundice la liberalización del comercio mundial y consecuentemente que determine el nuevo marco jurídico regulatorio del sistema multilateral del comercio.

Sobre este punto, algunas consideraciones que nos parecen pertinentes. Algunos negociadores le restan trascendencia a la visión negativa sobre la Conferencia Ministerial de la OMC en Seattle, dado que el sistema multilateral de comercio sigue haciendo una aportación al crecimiento económico y el mantenimiento de las relaciones económicas estables entre sus miembros con independencia de su nivel de desarrollo.

Por otra parte, muchos sectores de los distintos países (Organizaciones No Gubernamentales, grandes corporaciones, etc.) reclaman el ingreso en las negociaciones de otras cuestiones conectadas con el comercio. A vía de ejemplo, se reiteran los temas relativos al medio ambiente, los aspectos laborales, los derechos de los consumidores, sin dejar de lado una oposición genérica a la globalización, que además de efectista y es de difícil manejo por parte de los negociadores y de la clase política.

La cuestión entonces, es si la Organización Mundial de Comercio debe atender estos temas, o la introducción de los mismos tiene como único fin trabar la liberalización del comercio, permitiendo la continuación del proteccionismo, y entonces deberá adecuarse el régimen jurídico vigente.

Sin entrar a analizar estos "temas", parece claro que éstos van a surgir a la hora de las negociaciones (en la cuestión agrícola con más razón), y la oposición a la inclusión de estos "linkages" (denominación que en la jerga de la OMC se le da a estas "conexiones" al comercio) es defendida por los países en desarrollo, quienes entienden que se ven perjudicados con la mezcla del comercio, el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, etc.

Esto no significa que los países en desarrollo consideren que los temas conexos (linkages) sean ajenos al comercio, pero estiman que la OMC no es el Foro indicado para su tratamiento, y en ese sentido plantean ámbitos de discusión específicos (a vía de ejemplo en el caso de los derechos laborales un foro de discusión entre la OIT y la OMC, o el "Etiquetado Social").

Por otro lado, los países en desarrollo, afirman que la existencia de éstos hacen de los obstáculos al comercio que los países ricos imponen, y que culmina con la extrema pobreza de los pobres. En síntesis, reclaman que en lugar de buscar sanciones o traba el comercio, deberían asistir a los países pobres a combatir esa pobreza, siendo el libre comercio una forma de hacerlo.

En síntesis, una Agenda cargada y complicada para la Organización Mundial de Comercio, donde parece muy complejo poder compatibilizar la liberalización del comercio (objetivo primordial), con la búsqueda de mejoras laborales y medio ambientales, en un mundo tan polarizado, donde quizás la utilización de un solo instrumento comercial como la OMC no sea suficiente.

Todo esto será objeto de un doble ámbito de negociación, habida cuenta del fracaso de la reunión de Seattle. Por un lado, los negociadores actuando en Ginebra (sede de la OMC) y por el otro lado, una próxima reunión en Qatar.

En materia agrícola, los Estados se preparan para una negociación desigual sobre la "Agricultura". La importancia radica en la necesidad de mantener y profundizar el espacio para el tratamiento de las políticas sectoriales agrícolas, sobre la base del libre comercio, la agricultura y el desarrollo rural.

El reclamo de los países en desarrollo se mantiene vigente, en mérito a que existen principios que han sido reiterados a lo largo del tiempo, y que son básicos en materia agrícola. En efecto, el tratamiento igualitario de la Agricultura con los demás sectores económicos en materia comercial, en la medida que deben ser eliminadas las prácticas desleales al comercio y las distorsiones del mercado; el trato especial y diferenciado para los países

en desarrollo, incluyendo en este principio, un aspecto temporal para ordenar una agricultura sustentable y validar tecnologías de producción, inversiones y relacionamiento con los procesos industriales y alimentarios; y el mantenimiento del trato especial y diferenciado para realizar las inversiones públicas y privadas para desarrollar la competitividad en los sectores agroalimentarios.

En síntesis, y desde el punto de vista de la OMC, la coyuntura internacional no tendrá variantes sustantivas en el corto y mediano plazo, aplicándose la normativa ya vista, y que se desprende del Acuerdo Agrícola firmado en Marrakesh en el año 1994.

Con dicho marco internacional, a partir de las posibilidades que el mismo brinda, los Estados Partes del MERCOSUR en el ámbito regional y nacional, deberán procurar sobre la base de los instrumentos habilitados para actuar en el desarrollo agrícola y de las comunidades rurales, lograr una mejor asignación de los recursos y factores productivos, la expansión de las ventajas competitivas, la diversificación productiva y el desarrollo de una agricultura sustentable.

El MERCOSUR, como proceso de integración regional, se encuentra en la etapa de dar cumplimiento al desafío de su "Relanzamiento", que involucraría una Agenda Interna y una Agenda Externa. En ambos casos, a nadie debe sorprender el dinamismo de los acontecimientos y la dependencia del sistema mundial y propio de cada Estado Parte, que condiciona las instancias que se desarrollarán en el futuro inmediato y a mediano plazo.

Respecto a la Agenda Interna ya hemos desarrollado los principales aspectos, mientras que en la Agenda Externa el punto de partida, se encuentra en los resultados de la Cumbre de Buenos Aires (Rca. Argentina) de junio de 2000.

En dicha ocasión se convino en impulsar una nueva y ambiciosa agenda de negociaciones comerciales en bloque (tipo 4 + 1) con Méjico (hoy regulada por Acuerdos Bilaterales en el marco de la ALADI); con la Comunidad Andina (CAN) ante el fracaso del cumplimiento del Acuerdo celebrado en Buenos Aires en el año 1998 (hoy regulada por Acuerdos de Brasil con los países miembros de la Comunidad Andina, y los restantes países del MERCOSUR con la CAN).

Complementariamente, y con las dificultades notorias en términos de una posición común por parte del bloque, continúan las negociaciones relacionadas con el proyecto del ALCA, donde el tema de la Agricultura, vuelve a aparecer como uno de los más sensibles.

En la reciente II Cumbre de las Américas celebradas en Quebec (Canadá), los Presidentes de los países del ALCA (con excepción de Venezuela), reafirmaron los plazos finales para el término de las negociaciones y el inicio del proceso, que se había acordado en la Reunión Ministerial de Buenos Aires (año 2005).

La realidad de este Proyecto es que no tiene un marco jurídico a nivel internacional. Sobre el mismo, existen diversas instancias pendientes de cumplimiento donde el posicionamiento del MERCOSUR adquiere relevancia, principalmente en el sector agrícola por estar fuertemente comprometido en las negociaciones.

En el marco de la negociación con la Unión Europea, el horizonte no es demasiado alentador, pese a las recientes manifestaciones de las Partes Contratantes del Acuerdo Marco Interregional suscrito en diciembre de 1995. Si bien existe un relacionamiento político excelente, los aspectos comerciales no pasan de declaraciones cruzadas acerca del tema agrícola y los subsidios por parte del MERCOSUR y de la propiedad intelectual y las compras gubernamentales por parte de la Unión Europea.

Recientemente, los bloques han intentado consensuar acciones administrativas para estimular las relaciones económicas y comerciales, sobre la base de la identificación de las dificultades principalmente burocráticas. Esto es, nuevos procedimientos aduaneros, levantamiento de barreras reguladoras y cambios en la concesión de licencias de importación.

De acuerdo al marco jurídico vigente, la liberalización comercial con la Unión Europea debería comenzar en el año 2002, con el inicio del desmantelamiento de las barreras a los productos agrícolas del bloque regional, aunque si bien al año siguiente vencería la "cláusula de paz", no parece viable esa propuesta para los negociadores europeos.

13 Acerca del Relanzamiento del MERCOSUR, en las Reuniones del Consejo del Mercado Común de junio del año 2000 en la ciudad de Buenos Aires - República Argentina, diciembre del año 2000 en la ciudad de Florianópolis - República Federativa de Brasil; y de junio del año 2001 en la ciudad de Asunción - República del Paraguay ha emitido sendas Decisiones vinculadas directamente con los aspectos del Relanzamiento del MERCOSUR. Véase en la Página WEB de la Secretaría del MERCOSUR. www.mercosur.org.uy

Esta es la proyección de la Agricultura con relación al contexto internacional y regional, de acuerdo al marco normativo vigente, y del mismo surgen las proyecciones que se realizaron en este Capítulo.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto, surge una visión general –aunque no completa– del contexto internacional y regional del comercio mundial y la “Agricultura” en dicho contexto, desde el marco normativo que lo regula.

Desde allí surge la incidencia que este contexto tiene en la “Agricultura”, y algunas de las alternativas – desde el punto de vista del comercio de bienes – que para el desarrollo del sector agropecuario, tienen el sector público (principalmente) y el sector privado.

Las políticas agrarias nacionales, y las decisiones a nivel regional de los Estados Partes que participan de la conformación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), deben observarse a la luz del contexto mundial del comercio, y dentro del marco jurídico establecido como las “reglas del comercio mundial”.

Según viene de verse, la Organización Mundial de Comercio. En su carácter de órgano rector del comercio mundial y la normativa emanada del resultado de la Ronda Uruguay del GATT, permite o habilita el desarrollo de políticas sectoriales proactivas de los Estados integrantes de la OMC en su ámbito interno, siempre y cuando las mismas no afecten o distorsionen los precios de los productos.

En consecuencia, los Gobiernos nacionales gozan de discrecionalidad en la fijación de las políticas agrarias en el ámbito nacional, al igual que en el marco regional por medio de la coordinación de las políticas agrarias conforme a los acuerdos de integración vigentes.

Por último, nos parece interesante, desde una perspectiva personal, plantear ideas generales acerca de una perspectiva futura, reconociendo la transitoriedad del planteo, habida cuenta del dinamismo de la realidad internacional, regional y hasta propia de cada país.

El MERCOSUR se encuentra en una situación sumamente delicada. No se aprecia en el accionar de los cuatro Estados Partes idéntica voluntad política y “affectio societatis” que acompañe el proceso integrador hasta el año 1998.

La iniciativa del “Relanzamiento del MERCOSUR” a mediados del año 2000, si bien representó una señal muy importante, no fue acompañada en su faz instrumental y decisoria en cuanto a su efectividad.

En todo esto importa la relación comercial entre los socios mayoritarios del MERCOSUR (Argentina y Brasil), y la solidaridad y transparencia en los flujos de un comercio que el año pasado llegó a los 13 mil millones de dólares.

Los cuatro países se han pronunciado favorablemente en la profundización del proceso integrador (Brasil ha sido muy claro en cuanto a la profundización de la unión aduanera rechazando la posibilidad de una zona de libre comercio), sin embargo aún persisten las controversias acerca de si la alternativa entre una unión aduanera o una zona de libre comercio se encuentra definida, con el agregado de la importancia que asumirían en la última hipótesis el relacionamiento bilateral y la negociación producto a producto.

La Unión Europea en su relacionamiento con el MERCOSUR, se encuentra en una situación particular. Se insiste por parte del MERCOSUR, que no se excluya ningún tema en las negociaciones, en particular la apertura comercial del sector agrícola, mientras que la UE se inclina en su tratamiento a nivel de la OMC. Si bien el Acuerdo Marco Interregional es más amplio que un acuerdo de libre comercio (ya que abarca la cooperación, fortalecimiento de pequeñas y medianas empresas, medio ambiente, derechos humanos, transferencia de tecnología, etc.), no menos cierto es que el acceso de productos agrícolas a la UE es uno de los más sensibles y se encuentra en la parte más difícil de la negociación.

El proyecto del ALCA aparece como instancia de integración hemisférica por demás interesante, pero a la vez no deja de ser preocupante, dado que la posición individual de los países del MERCOSUR no es coincidente (las realidades, capacidades de negociación y expectativas de países miembros son esencialmente diversas), y si bien ha existido una posición MERCOSUR, ello es producto – a nuestro juicio – de que aún las definiciones no han sido relevantes en términos de concesiones.

Por último, es dable resaltar que las valoraciones sociales, demográficas, culturales, ambientales, sanitarias, etc., no son ajenas a la elaboración e implementación de las políticas agrarias en materia de comercio de bienes, y es más aún en ocasiones son el fundamento de estas últimas. →

LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

MIGUEL LANGÓN CUÑARRO

Profesor de Derecho Penal, Universidad de la República.

Profesor de Derecho Penal, Universidad de Montevideo.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA. • II. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. • III. LOS MEDIOS EFICACES PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN. • IV. LAS RESPUESTAS DIFERENCIADAS DE LOS PAÍSES MERCOSURIANOS. • V. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO O INJUSTIFICADO. • VI. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. • VII. APROVECHAMIENTO O UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La lucha contra la corrupción¹, en sus nuevas manifestaciones, es una faceta más o una etapa específica, del actual movimiento hacia lo que, a falta de algo mejor definimos como globalización.

En el área del derecho penal esto se concretiza en la universalización de ciertas definiciones y conceptos y en la uniformización de las legislaciones, como una vía hacia el objetivo final de la creación, a través de la armonización y de la cooperación internacional, de un derecho único universal².

En el Cono Sur de América Latina este proceso se desarrolla en el ámbito del Tratado de Asunción de 26.3.91 que creó, entre la República Argentina, el Brasil, Uruguay y Paraguay un Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

La meta final, no tan utópica como puede parecer a primera vista, es la creación de un sistema penal mercosuriano a través de un proceso de armonización y uniformización de normas entre los Estados.

Su objetivo específico, en principio, es el libre intercambio comercial, a través de un proceso de integración económica regional, por el camino del mercado común, caracterizado por la unión aduanera (arancel externo

1 BONOMI, Andrea, "La lotta alle corruzione internazionale: profili di diritto comparato", en: La cooperazione giuridica internazionale nelle lotta alla corruzione", CEDAM, Padova, 1996: 87 señala que en Italia se utiliza la expresión "tangente". en Alemania "Schmiergeldem", en Francia "pot du vin", "bribe" en Gran Bretaña y "bribe practice" en los Estados Unidos.

2 En esto juegan un rol importante los organismos internacionales, tanto universales como regionales, comenzando por las propias Naciones Unidas que por ejemplo han preparado documentos como el intitulado "Prevención del Delito y la Justicia Penal en el Contexto del Desarrollo: Realidades y Perspectivas de la Cooperación Internacional, Medidas Prácticas Contra la Corrupción", lo que ha motivado por ejemplo en la Unión Europea la elaboración de códigos de conducta o modelos deontológicos para funcionarios, como una respuesta a lo que se ha llamado "degeneración del modelo de función pública". PARADA VAZQUEZ, Ramón, "La degeneración del modelo de función pública", en: Revista de administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999:413-452. El Banco Mundial por su parte ha tomado providencias para apoyar prioritariamente a los países que decidan llevar adelante la lucha contra la corrupción. Visualizando el hecho del desvío de importantes cantidades de dinero de su destino inicial actúa en tres frentes: a) el interno, b) respecto de los contratos financiados por el Banco y c) en torno a la política de préstamos para asistencia técnica. En este punto son particularmente importantes los financiamientos para la reforma de la administración pública, del sistema judicial y del legal. En el mismo esquema se ubica el Banco Interamericano de Desarrollo, con sus planes de fortalecimiento de la sociedad civil y de robustecimiento de instituciones democráticas, a través, entre otros, de la tipificación de nuevas figuras penales (rol de modernización del sistema penal), métodos alternativos de resolución de conflictos, capacitación de funcionarios en la lucha contra el crimen organizado, reforma de la justicia penal y planes de educación general de la población. La OCED (Organización de Cooperación y Desarrollo) viene desarrollando en el ámbito europeo, la necesidad de criminalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros, tal vez sobre el modelo de la primera ley norteamericana establecida como respuesta al Watergate, ("ley sobre prácticas corruptas extranjeras" de 1977), existiendo proyectos para elaborar una Convención Internacional contra los Sobornos Internacionales, así como legislación sobre lavado de dinero procedente de otros delitos graves además de los de narcotráfico, donde se incluye a los delitos de corrupción. La ley uruguaya penalizó (art. 29 Ley 17060/98) el cohecho y soborno internacionales y el blanqueo de dinero en esas circunstancias (art. 30).

común, Acuerdo de Presidentes del 5.8.94) y por la eliminación de aranceles interregionales (Protocolo de Ouro Preto, 17.2.94)

Es éste, como dice BAICÚN³ un "proceso abierto hacia la integración, que presenta como delitos troncales de su sistema penal económico, la defraudación tributaria, los delitos marcarios, aduaneros y, especialmente en materia de corrupción, los que tienen como objetivo la defensa del mercado competitivo".

En este marco, aunque con destinatarios no exclusivamente integrantes del MERCOSUR, se elaboró la Convención Interamericana sobre Corrupción, de Caracas, 29.3.96, una típica ley internacional marco que obliga e induce a los países a legislar, respetando por ahora sus individualidades, en el sentido de la Convención⁴.

Parecería estarse gestando, o haberse gestado ya, una satanización de la corrupción, como grande plaga a exterminar en este principio del Siglo XXI, que sustituirá o acompañará la ya antigua y en buena medida desgastada lucha contra el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.

La similar terminología belicosa empleada al referirse al tema, el plan de cruzada en que aparecen involucrados especialmente los gobiernos y sus representantes oficiales, las advertencias sobre sus peligrosísimas consecuencias, así como la drasticidad de los medios de combate a emplear, son bien elocuentes por cierto.

En el Preámbulo de la Convención Penal sobre la Corrupción⁵ por ejemplo se subraya por los Estados del Conejo de Europa que "la corrupción constituye una amenaza para la preeminencia del derecho, la democracia y los derechos del hombre, socava los principios de buena administración, de equidad y de justicia social, estafa a la competencia, dificulta el desarrollo económico y pone en peligro la estabilidad de las instituciones democráticas y los fundamentos morales de la sociedad".

En el Mensaje del Poder Ejecutivo uruguayo de 16.7.96⁶ que propuso lo que sería luego con modificaciones la ley No. 17060 de 23/2/68 contra la corrupción, se estima que este fenómeno lleva a la pérdida de confianza de la población en las instituciones del Estado, y que, cuando "el mal" deja su estado latente y se hace endémico o sistemático, "gana y corroe el espíritu cívico, distorsiona las relaciones económicas y conmueve la escala de valores sobre las cuales se funda la convivencia democrática", por lo cual la sociedad pelagra, lo que hace necesario encarar "una lucha" global en todos los ámbitos.

Se trata pues de algo terrible que pone en crisis no solo la economía, sino la propia moral pública y aún el sistema de gobierno.

En el documento uruguayo citado se relaciona específicamente el tema de la corrupción con el de la delincuencia económica internacional y el crimen organizado, refiriendo expresamente a los mecanismos de lucha contra la droga tales como las normas de blanqueo de capitales o legitimación de activos, como ejemplos paradigmáticos a seguir al tratar de este tipo de delitos.

También ha sido éste el enfoque en no pocos casos de la doctrina especializada, que ve en la corrupción política "que durante muchos años ha viciado los sistemas políticos latinoamericanos", una amenaza de desestabilización de sus "aún frágiles democracias poniendo en tela de juicio la credibilidad y legitimidad del sistema" aparte de sus costos financieros, económicos y sociales⁷.

II. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Esta postura ideológica y de política criminal debería tener incidencia en sede dogmática, en cuanto a la crucial cuestión de cual sea el bien jurídico protegido, en especial si éste es supraindividual, con su triple función limitadora del ius puniendi, sistemática e interpretativa del tipo.

Se trata de la protección de bienes jurídicos supraindividuales o institucionales (como los llama BUSTOS RAMÍREZ), que tutela el buen desempeño de los cargos públicos, el prestigio de la administración, la transparencia de

3 BAICUN, David y otros "Delitos Económicos en la esfera del MERCOSUR", ed. Rubinzal-Culzoni, B.A. 1999:272.

4 Ratificada por ley No. 17008/97.

5 Criminal Law Convention, Strasbourg, 27.1.1999, European Treaty Series/173.

6 Vide: Repartido No. 990 (feb. 1998, Cámara de Representantes, Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, Carpeta No. 2457/97 XLIVa. Legislatura).

7 RICO, José María; SALAS, Luis, "La corrupción pública en América Latina: Manifestaciones y mecanismos de control", Centro para la Administración de Justicia, Miami, Florida, EE.UU, 1996:1 y 37. Según KLITGAARD, cit. Por estos autores, los países desarrollados suelen pagar por ejemplo, del 20% al 100% más del precio que pagarían bajo condiciones no corruptas en materia de adquisiciones.

gestión, la imparcialidad, etc., apareciendo en no pocos casos como tipos carentes del necesario nivel de objetividad jurídica, caracterizándose por supuestos de hecho demasiado indeterminados para asegurar al bien jurídico una efectiva capacidad de selección del área de lo penalmente relevante⁸.

TIEDEMANN los denomina por su parte como bienes colectivos⁹, que vienen a ocupar una posición intermediaria entre la sociedad y el individuo en sí mismos dignos de protección, como lo son por ejemplo el funcionamiento del tráfico de créditos y mercado de capitales, la protección nacional y supranacional de la competencia, el abuso de la posición dominante en el mercado, la protección de los instrumentos financieros de la Unión Europea, especialmente de su moneda el Euro, la protección del medio ambiente, etc.

En este orden de razonamiento advierte que la negativa a criminalizar el peligro abstracto, esto es aquel que ex ante ha predeterminado el legislador al crear el tipo, lleva a la impunidad precisamente de este tipo de delitos graves y de difícil probanza, ante lo cual afirma que "los mercados de capitales y de créditos necesitan una protección penal que tenga visos de realidad"¹⁰

Si se la define como una forma del delito no convencional y aún como un tipo de delincuencia organizada los cuestionamientos básicos sobre el garantismo de un derecho penal liberal y democrático y de ultima ratio y mínima intervención vienen a replantearse en este momento.

La corrupción vista como desviación del fin de realización de los intereses generales, y por añadidura tejiendo redes de complicidad con núcleos de poder¹¹, donde se advierte, desde las posiciones más tradicionalistas incluso, que lo protegido es la objetividad, legalidad e imparcialidad de la función pública, lleva a considerar problemas de eficacia en la represión, que replantean los temas propios de un derecho penal de excepción, o la introducción de normas excepcionales en un derecho penal liberal de corte clásico, cuyas soluciones, todas, son problemáticas.

Por eso es que MUÑOZ CONDE¹² dice con acierto que la selección de bienes jurídicos a tutelar es parte esencial de un programa de política criminal, y debe ser visto desde esa perspectiva.

El correctivo desde el bien jurídico viene dado por la ecuación de que a mayor grado de democratización, más interés en centrar la tutela en las personas concretas, en los individuos vulnerados por la conducta criminal, por lo que toda protección de bienes supraindividuales, difusos o colectivos debe hacerse en función y en tanto estén al servicio de los seres humanos de carne y hueso que conforman la comunidad.

Más que seguir el eje de protección de la lealtad al Estado como tal, o en sí mismo, que exige desde el conglomerado, fidelidad y obediencia, con todo lo relativo que el aserto pueda ser, conviene en cambio poner el acento en la función pública como prestación de servicio al ciudadano.

De este modo la protección de estos bienes colectivos se hace funcional o instrumental en cuanto a la protección de los bienes jurídicos concretos de los ciudadanos involucrados y perjudicados por la conducta criminal, con lo que se reconduce el asunto al nivel personal, más humano y menos impersonal de la defensa de entelequias inmateriales como pueden serlo el honor o el prestigio de la administración, como si de entidades sustantivas se tratara.

Los principios esenciales de actuación administrativa que se basan en la legalidad, objetividad y racionalidad de su actuación, en el principio del Estado de Derecho que se manifiesta en la posibilidad del control jurisdiccional de la legalidad de sus actos y que señala un límite preciso de raigambre jurisdiccional a la desviación o abuso de poder así como a la arbitrariedad de la administración, junto al moderno principio de eficacia (art. 103 de la Constitución española), de su actuación, y de discrecionalidad reglada y no arbitraria de sus actos, la imparcialidad funcional y la protección, entre otros del principio de igualdad ante la ley, indican creo que con matices de evidencia que la protección de bienes supraindividuales e individuales en realidad se complementan y entrecruzan de modo que podremos decir que, en el justo medio, a mi criterio es admisible un criterio mixto o plural de protección, tal vez con el norte u objetivo de protección de la administración en clave de servicio a las personas.

O como con frase afortunada dijo VALEIJE, la administración debe actuar con "eficacia indiferente", es decir con imparcialidad y objetivamente.¹³

8 MANES, VITOPIO, "Bene giuridico e riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECP 02-Olvo (2000)

9 TIEDEMANN, Klaus, "Lecciones de Derecho Penal económico (Comunitario, español, alemán)", PPU, 1era. Ed., 1993:275.

10 TIEDEMANN, Klaus, "Presente y futuro del Derecho Penal económico", en: Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en su Honor, Estudios Jurídicos, Universidad de Madrid: 1995:41.

11 CUGAT MAURI, Miriam, "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", CEDECS, ed. Barcelona, 1997:311.

12 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, M., "Derecho Penal, Parte General", 1966:68.

13 VALEIJE, Inmaculada, "El tratamiento penal de la corrupción del funcionario público", Ed. De Derecho, Madrid, 1995:29.

III. LOS MEDIOS EFICACES PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN

En el ámbito procesal este punto de partida, que parte de la inusitada gravedad del delito de corrupción para los sistemas políticos y la propia supervivencia de la democracia, llevará probablemente a la adopción de normas de excepción (especialmente en el área de la cooperación internacional interetática), y en el sustantivo a la persecución de la corrupción activa y pasiva aún en el sector privado, por la realización de actos en violación de los deberes, dentro de una actividad comercial, así como al establecimiento de figuras de peligro abstracto o de resultado cortado, con anticipación del momento de la consumación, y a la persecución de la corrupción no solo de funcionarios públicos de otro Estado sino también de los funcionarios pertenecientes a organismos internacionales, y a la represión penal de las personas jurídicas¹⁴.

Específicamente se proponen instrumentos jurídicos que han dado buenos resultados en la persecución de delitos de corrupción en otros países, como los Estados Unidos, entre los cuales se mencionan;

- a) la intervención de comunicaciones personales (teléfonos, correspondencia, documentos privados);
- b) posibilidad de negociar cargos y sentencias en caso de denunciar a los funcionarios corruptos de mayor jerarquía, por ejemplo jueces o fiscales u otros operadores del sistema de la justicia penal, llegando a introducir el llamado estatuto del arrepentido o la figura del agente provocador, como ya se ha hecho en el Uruguay, introduciendo primero una nueva circunstancia de atenuación, la de la colaboración eficaz con la justicia (art. 46 C.P.), y luego agregando un nuevo inciso al art. 8 del C.P., para facilitar el castigo de la delincuencia organizada, admitiendo en determinadas hipótesis la provocación de la autoridad según art. 74 de la ley de Urgencia N° 17.243 de 29/6/2000).
- c) permitir el acceso al juicio de informantes o agentes encubiertos;
- d) protección a denunciantes y testigos, así como admisión de incentivos económicos a denunciantes;
- e) validez de confesiones del imputado ante policías o fiscales, fuera de las condiciones legítimas para su recepción, y en demérito de las teorías elaboradas en base a la consideración de una tercera forma de violencia, la implícita o inherente, junto a las clásicas violencias físicas o morales que destruyan toda posibilidad de prueba lícita en mérito a la figura del fruto del árbol envenenado.
- f) Levantamiento del secreto bancario¹⁵, y otros mecanismos de similar etiología.

En el ámbito exclusivamente penal la Convención Interamericana propone la tipificación de los viejos delitos contra la administración como delitos o "actos de corrupción", recomendando además, la tipificación de cinco figuras nuevas a saber: el soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito, el apoderamiento indebido en sus dos formas de información privilegiada y de los bienes de empresas o instituciones y el tráfico de influencias.¹⁶

Vale la pena decir que ninguna de las legislaciones del área consultadas define la corrupción, excepto la uruguaya, que, más allá de la referencia limitativa de la referencia al capítulo II, dando una interpretación contextual auténtica, se puede entender por corrupción al uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico, ya sea para sí mismo o para otro, se haya o no causado un daño al Estado.

No toda forma de uso indebido del poder público supone corrupción, sino que se exige, además, un telos específico, concretado en la intencionalidad de la obtención de un provecho exclusivamente económico.

La ampliación del concepto, sin embargo, sus límites difusos, y la enorme posibilidad expansiva de este tipo de disposiciones adjetivas y materiales, se advierte por ejemplo en la política anticorrupción llevada adelante por la Unión Europea cuya Comisión comunicó al Consejo y al Parlamento Europeo una definición de corrupción que entiende por tal el abuso del poder o irregularidad cometida en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o una ventaja económica, perdiéndose de tal forma toda referencia a la función pública, de modo que se

14 Comisión Europea cit, art. 7,8,9 y 10.

15 RICO, SALAS, cit., p. 65 y ss.

16 Arts. VIII, IX, y XI.

entiende la corrupción fuera del ámbito de los clásicos delitos de funcionarios públicos, para abarcar también a los funcionarios internacionales o extranjeros, a los hechos de corrupción cometidos fuera del territorio del Estado y aún, como dijimos, a casos de corrupción en el ámbito privado.

IV. LAS RESPUESTAS DIFERENCIADAS DE LOS PAÍSES MERCOSURIANOS

Vistos comparativamente los derechos penales de los cuatro países del MERCOSUR puede decirse que las respuestas han sido bien diferentes, no obstante el esfuerzo que antes no existía, ni se intentaba siquiera, de uniformizar, o mejor, del deseo de responder con la reforma del derecho interno, al reclamo internacional de un cambio.

En cuanto a la ubicación sistemática del punto, los cuatro países, con la excepción tal vez de Paraguay¹⁷, conservan la denominación básica de delitos contra la administración pública, aunque introduciendo modificaciones y nuevas figuras.

Mientras Uruguay y Argentina incorporan nuevas figuras al Código Penal, tales como el enriquecimiento ilícito¹⁸, el tráfico de influencias¹⁹, o la utilización indebida de información privilegiada²⁰, el Brasil, sin derogar expresamente las disposiciones anteriores del C.P., estatuye una completa regulación referente a los delitos licitatorios, a partir de 1993²¹, donde ubica un amplio catálogo de formas específicas de corrupción.

Esta sucesión de leyes en el tiempo, sobre la misma materia de prohibición, trae consigo delicados problemas como lo son por ejemplo los conflictos aparentes de leyes que pueden plantearse o la anticipación de la consumación a etapas ontológicamente de tentativa, y aún de actos preparatorios de delitos ya existentes, autonomizando estas etapas del itinerario criminal.

Si bien en los cuatro países pueden reconducirse las bases del sistema penal, y su orientación filosófico política, del marco constitucional, de las normas sobre derechos, deberes y garantías²², le corresponde a la nueva Constitución de la República Federativa del Brasil el haber especificado y declarado las reglas esenciales a las que debe someterse la administración pública en la forma más clara y categórica posible.

En efecto, la Constitución Federal dispone a través de su extenso art. 37 estos principios determinando que la Administración Pública (en su más amplia expresión²³), obedecerá los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad y publicidad, sin perjuicio de otros muchos que enumera, y de los que destaca el principio del concurso para el ingreso (lit. II), la prohibición de acumulación de cargos (lit. XVI) y, especialmente en orden a esta presentación, el principio licitatorio (lit. XXI), para las obras, servicios, compras y ventas del Estado y otros entes públicos, salvaguardando el principio esencial de igualdad de condiciones para todos los concurrentes²⁴.

De esta base constitucional es que se derivan los específicos delitos licitatorios brasileños, cuya enumeración es la siguiente:

- 17 En efecto, el Paraguay ubica estos delitos en el nuevo Código Penal, Ley 1160 de 21.8.97, como hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas en el Título referido a las conductas que afectan a las funciones del Estado (Título VIII, Capítulo III, uno de los cuales (II) se refiere a la protección de la Administración Pública. Este país no incorporó al C.P. delitos de nueva facturación, manteniéndose, con el recondicionamiento visto, las viejas figuras de los delitos tradicionales de cohecho, soborno y revelación de secretos arts. 300, 302 y 315.
- 18 Art. 268 (I) y (II) del C.P. argentino edicta bajo el nomen juris de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados lo siguiente: (I) "Será reprimido con la pena del artículo 256 (del cohecho), el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo", y (II) "será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años".
- 19 En Argentina se hace bajo el rubro de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 C.P.), en Uruguay en la materia el art. 158 bis del C.P. al que nos referiremos infra.
- 20 Art. 163 C.P. uruguayo.
- 21 Ley 8666 de 21.6.93 Ley Federal de Licitaciones y Contratos, modificada por ley 9.032 de 28.4.94 y Medida Provisional 1.500-16 de 1996, conforme a Enmienda Constitucional No. 6 de 15.8.95.
- 22 Tal vez sea paradigmático el caso uruguayo, cuya Constitución luego de enumerar prolija y casi taxativamente todos y cada uno de los principios fundamentales del sistema (de libertad, igualdad, legalidad, fraternidad, presunción de inocencia, debido proceso legal, etc.), agrega el art. 72 que dice "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno", que se complementa con el art. 332 que establece que los preceptos que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.
- 23 Ya sea directa, indirecta o fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal o de los Municipios.
- 24 Art. 37 de la Constitución, XXI: "Salvo los casos especificados por la ley, las obras, servicios, compras y ventas serán contratadas mediante proceso de licitación pública que asegure la igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligación de pago, mantenimiento de las condiciones efectuadas de la propuesta, en los términos de la ley, permitiéndose solo exigencia de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones". La Enmienda Constitucional No. 6 de 15.8.95 estableció sin embargo, un tratamiento privilegiado para las empresas de pequeño porte constituidas según las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el país (art. 170, X), y reservó la explotación y extracción de los recursos minerales a los brasileños o a empresas de idéntico tipo a las antes mencionadas (art. 176, &1)

- a) Dispensar o no exigir licitación en la forma establecida por la ley o no observar las formalidades exigidas para ello (art. 89)
- b) Frustrar o defraudar una licitación, con el fin de obtener la adjudicación del objeto de la licitación (art. 90)
- c) Patrocinar intereses privados (art. 91)
- d) Admitir o facilitar ventajas a favor del adjudicatario durante la ejecución del contrato (art. 92),
- e) Impedir, defraudar o perturbar la licitación (art. 93);
- f) Revelar una propuesta (art. 94),
- g) Apartar o intentar apartar a un licitante por medio de violencia, amenazas, fraude o precio (art. 95)
- h) Defraudar en perjuicio de la hacienda pública una licitación hecha para adquirir o vender bienes (elevando arbitrariamente los precios, vendiendo una mercadería por otro, alterando la calidad o sustancia o haciendo más onerosa la propuesta o la ejecución del contrato,
- i) Licitarse o contratar con inidóneos (art. 97), y
- j) Obstaculizar, impedir o dificultar la inscripción en registros catastrales, así como alterar, suspender o cancelar tales registros.

La naturaleza de este trabajo nos impide siquiera considerar alguna de las figuras referidas pero su simple enumeración basta, a mi juicio por lo menos, para poner de manifiesto el ambicioso plan de definir cada supuesto de hecho, así como para apreciar las dificultades que en orden a la dogmática penal ofrecen. Se establecen normas de mero peligro abstracto (algunos son lisa y llanamente simples delitos de desobediencia a lo mandado), se parifican tentativas a consumaciones y se aprecia una diversidad enorme en cuanto al objeto de la tutela que va desde la moral administrativa²⁵, hasta la defensa de la competitividad y la incolumidad del secreto.

V. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO O INJUSTIFICADO

No nos vamos a referir ahora, por el objeto de esta presentación, a los que pueden ser llamados los clásicos delitos de funcionarios, el primero de los cuales es el cohecho, reconocido por los cuatro países²⁶

Centraremos nuestra atención en cambio, en aquellas figuras nuevas introducidas en la legislación a consecuencia de la actual prédica internacional y como resultado de las sugerencias de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

En tal sentido la Convención (CICC) dispuso que se tipifique como delito, de arreglo a cada orden jurídico concreto de los Estados Partes, "el incremento del patrimonio de un funcionario público, con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él"

El delito propuesto consiste entonces en el incremento excesivo, injustificado del patrimonio, no obstante el "nomen iuris" que refiere a un enriquecimiento ilícito.

Solo la Argentina, como vimos, estipuló un delito que se adecua parcialmente a esta directriz (vide supra nota N° 15). De las dos figuras que establece el art. 268 la primera refiere en verdad, y no obstante la denominación del capítulo a la utilización indebida de información privilegiada, siendo que solo la segunda (II) crea el delito de enriquecimiento ilícito strictu sensu articulado sobre la no justificación de un enriquecimiento patrimonial apreciable, en el momento de ser debidamente requerido a hacerlo.

En el Uruguay no prosperó la criminalización del enriquecimiento ilícito, dando lugar el punto a encendidos debates tanto legislativos, como doctrinarios. Predominó en cambio, por escasa margen, la opinión de que este tipo de técnica legislativa pone en peligro las garantías individuales²⁷, pudiendo incluso llegar a ser inconstitucionales, según algunos, por suponer castigar un estado y no una conducta, lo que en lo sustantivo aproxima al derecho penal de autor y en lo adjetivo vulnera el principio de inocencia y supone de alguna manera una inversión del onus probandi²⁸.

25 GASPARINI, Dóguas, "Crimes na licitação", NDI, Sao Paulo, 1996:184.

26 Lo mantienen conjuntamente con el de soborno Paraguay (arts. 300-303) y Uruguay (art. 157,158,159) aunque el primero refiere al cohecho pasivo y el segundo al cohecho simple, calificado y subsiguiente. Argentina (art. 256-259) legisla bajo un único nomen iuris de cohecho la conducta de ambos protagonistas, mientras que el Brasil, en un único artículo (art. 317) regula estas conductas bajo el rubro de corrupción pasiva.

27 MALETVAZQUEZ, Mariana, "La corrupción en la Administración Pública", ed. C. Álvarez, Montevideo, 1999:58, con acopio de legislación y doctrina en uno y otro sentido.

28 SANCINETTI, Marcelo, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal argentino", en: El Derecho Penal Hoy, Homenaje al Prof. David Baigún, ed. Del Puerto, Bs. Ars.1995:289-315

A mi juicio la represión o no de esta situación depende de una opción política que valore prioritariamente los intereses colectivos involucrados en el tema y, para ser sinceros, sí que drásticamente, estimamos que debería abandonarse toda pretensión de vincular el enriquecimiento con un delito determinado o delito base, por lo cual el delito a crearse más que de enriquecimiento indebido o ilícito, debería ser de simple enriquecimiento injustificado²⁹, al estilo argentino.

Todo este debate culminó entre nosotros con la consagración de una nueva agravante específica para los delitos contra la administración pública³⁰, consistente en la obtención por el autor de un efectivo enriquecimiento patrimonial "como consecuencia" de cualquiera de aquellos delitos, con lo que se vincula el enriquecimiento al delito base, lo que será de escasa utilidad práctica, en orden a la culminación de todo el aparato de control que se crea respecto de las declaraciones juradas de bienes a cargo de los funcionarios, comprometiendo en última instancia, el principio de transparencia en que se fundó, en gran medida la nueva ley uruguaya anti-corrupción³¹.

VI. EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Excepto Paraguay, cuya normativa es la más ceñida de los cuatro países, el resto del MERCOSUR, siguiendo a la CIIC optó por tipificar autónomamente el delito de tráfico de influencias³².

La Argentina, bajo el rubro de negociación incompatible con el ejercicio de la función pública castiga al funcionario que "se interesare por cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo", lo que se hace extensivo a texto expreso a los tasadores, peritos, tutores, curadores, albaceas y síndicos, en sus respectivas esferas (art. 265).

El Código brasileiro trata el asunto en el art. 321 bajo el epígrafe de "abogacía administrativa" cuya materialidad consiste en patrocinar, directa o indirectamente intereses privados por ante la Administración Pública, valiéndose de su calidad de funcionario", lo que se retoma en la ley especial (Nº 8666), a través de idéntico patrocinio privado ante la administración dando causa en el caso al llamado a una licitación o a la adjudicación de un contrato, que hubiere sido invalidado por ello por el Poder Judicial, primando en el caso esta figura por una razón de especialidad sobre la genérica recientemente referida incorporada al C.Penal.

El verdadero tráfico de influencias en el Brasil es un delito reservado a los particulares según el art. 332 del C.P. (Ley 9127 de 16.11.95), y que consiste en "solicitar, exigir, cobrar u obtener, para sí o para otro, ventaja o promesa de ventaja (o beneficio) so pretexto de influir en un acto practicado por un funcionario público en el ejercicio de su función"

Estas dos figuras de los países fronterizos en buena medida tal vez correspondan mejor al tipo de toma de injerencia o de conjunción del interés privado con el público, que, con el verdadero tráfico de influencias que vino a ser legislado en el Uruguay por primera vez en 1998³³.

El supuesto de hecho, ejecutado por un sujeto simple, consiste en la forma básica en solicitar, recibir o aceptar la promesa de un provecho económico, a través de un medio típico, la invocación de influencias reales o simuladas, con un doble requisito subjetivo del tipo, articulado teleológicamente: la finalidad de influir decisivamente sobre un funcionario, con el objeto ("para") de retardar u omitir un acto de su cargo o de ejecutar un acto contrario al mismo.

29 LANGON CUÑARRO, Miguel, "Perspectivas y problemas del crimen organizado y del lavado de dinero en el MERCOSUR", en Revista de la Escuela Nacional de Inteligencia, SIDE, Reo. Argentina, Número Extraordinario, 1998:43-70. En este y en otros trabajos desarrollo estas ideas respecto del delito de legitimación de activos procedentes de actividades ilícitas, que mutatis mutandi, son aplicables al caso de la corrupción. Un camino intermedio que no entra en la polémica pero permite avanzar en soluciones, se está desarrollando particularmente a nivel jurisprudencial, particularmente en España, a través de la prueba racional, presuncional o indiciaria que permite soslayar la prueba del delito base, solo por medio de una sentencia de condena pasada en autoridad de cosa juzgada, cuya exigencia principista termina por ambientar la impunidad.

30 Art. 163 ter inc. 2 C.P. según el cual agrava los delitos de funcionarios el hecho de que el sujeto activo "haya obtenido como consecuencia de cualquiera de estos delitos, un enriquecimiento patrimonial".

31 En efecto toda la ley se articula sobre la labor de una Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado (cap. II de la ley No. 17.060/98), una de cuyas tareas básicas es recabar declaraciones juradas de bienes e ingresos de autoridades y funcionarios públicos (desde el Presidente de la República hasta los funcionarios aduaneros, según arts. 10 y 11). Esto es una modificación de la llamada tradicionalmente Ley Cristal, que nunca tuvo, sin embargo, consecuencias penales.

32 Vide supra la referencia al art. XI c) del CIIC.

33 El art. 158 bis del C.P. establece: "(Tráfico de influencias). El que, invocando influencias reales o simuladas, solicita, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otros, provecho económico, o acepta su promesa, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar y omitir un acto de su cargo, o por ejecutar un acto contrario al mismo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría". Una forma atenuada es la influencia para que el funcionario desarrolle un acto inherente a su cargo, y agrava el delito el hecho de cometerse sobre algunos funcionarios de especial relevancia dentro de la organización estatal. (Presidente, Ministros, Jueces, etc.)

Articulado sobre las formas del cohecho, hay una forma atenuada que para mí es un tipo autónomo, que consiste en aceptar una retribución económica, mediante invocación de influencias, con el fin de influir decisivamente para que el funcionario ejecute un acto del cargo, inherente al mismo.

Es posible pensar que el delito de tráfico de influencias, tal como está regulado, es innecesario y crea más problemas de los que eventualmente se supone que vino a resolver³⁴.

El tercero que retribuye o pretende retribuir responde conforme a las reglas generales de la participación criminal, como coautor (art. 61 C.P. uruguayo), sea por determinación, inducción o cooperación indispensable³⁵.

VII. APROVECHAMIENTO O UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

La tercera figura recomendada por la CICC a los países americanos es el denominado "aprovechamiento indebido de información reservada o privilegiada"³⁶, que en esencia constituye una manifestación específica del viejo tipo de revelación de secretos³⁷.

El Brasil conserva la forma originaria de violación del sigilo funcional respecto de hechos conocidos en razón del cargo³⁸, que cuando se refiere al secreto de una propuesta licitatoria, exige por especificidad dado el conflicto aparente, la aplicación del art. 94 de la ley licitatoria o de licitaciones públicas.

La Argentina regula esta situación, como vimos supra, bajo el epígrafe de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, mientras que Uruguay lo reguló entre los delitos de violación de los deberes inherentes a la función pública (cap. II, Título IV) incorporándolo al C.P. en el art. 163 bis.³⁹, y que consiste en hacer uso de la información o datos que se tengan siempre que sean reservados, lo que amplifica el carácter restringido del secreto.

En todos los casos el lucro el provecho económico, caracteriza la figura quedando fuera del tipo todo otro beneficio no patrimonial

Paraguay por su parte conserva el tradicional delito de revelación de secretos de servicio por parte de funcionario público (art. 315 C.P.)⁴⁰.

El Uruguay introdujo también en la multicitada Ley 17.060 otras dos figuras desconocidas en el área del MERCOSUR, el cohecho y sobornos transnacionales (arts. 29 de la ley) y el blanqueo de capitales proveniente de los delitos contra la administración pública y en general de la corrupción (art. 30), a lo que vino a agregarse respecto de otros delitos graves, la reciente ley No. 17.343 de 25.5.2001, que incorpora a los delitos de lavado de la ley de drogas (art. 5 de la ley 17.016 de 22.10.98) los procedentes de otros delitos graves vinculados al terrorismo, contrabando superior a los 20.000 dólares, tráfico ilícito de armas, explosivos, municiones o material destinado a su producción, tráfico ilícito de órganos, tejidos y medicamentos, de hombres, mujeres o niños, extorsión, secuestro, proxenetismo, tráfico de sustancias nucleares, de obras de arte, animales o materiales tóxicos, que no comentaremos en esta oportunidad, porque el sentido de esta presentación es el de dar un panorama de las figuras establecidas contra la corrupción en los diferentes países miembros del MERCOSUR. ➔

34 OLAIZOLA NOGALES, Inés "El delito de cohecho", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999:463.

35 Art. 61 No. 1, 3 y 4 C.P.

36 Art. XI, No. 1, a) de la Convención: "El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tomado conocimiento en razón o con ocasión de la función".

37 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Uso de información privilegiada", en: El Nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, libro Homenaje al Profesor Angel Torio López, Granada, 1999:637-650, autor que hace una crítica fortísima al sistema español considerando la tipificación como innecesaria, injusta e inaplicable.

38 Art. 325: violación del sigilo funcional, que consiste en "revelar un hecho que se conoce en razón del cargo y que debe permanecer secreto, o facilitar la revelación".

39 Art. 163 bis. "(Utilización indebida de información privilegiada). El funcionario público que, con el fin de obtener un provecho económico para sí o para un tercero, haga uso indebido de la información, o de datos de carácter reservado que haya conocido en razón o en ocasión de su empleo, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR a 10.000 Unidades Reajustables".

40 Art. 315 del Paraguay: Revelación de secretos de servicio. 1) El funcionario público que revelare un secreto que le haya sido confiado o cuyo conocimiento hubiera sido adquirido en razón de su cargo, atentando con ello contra los intereses públicos" será castigado con pena de hasta cinco años de reclusión o multa, estableciendo luego que "como secreto se entenderán hechos, objetos o conocimientos que sean accesibles solo a un número limitado de personas y que por ley o en base a una ley no deban comunicarse a terceros", castigándose también la tentativa (apartado 2).

LICENCIAS COMPULSORIAS Y LA NEGATIVA A TRATAR ("REFUSAL TO DEAL")*

DR. SIEGBERT RIPPE

Profesor de Derecho Privado IV V, Universidad de la República.

Profesor de Derecho Comercial, Universidad de Montevideo.

I. INTRODUCCIÓN. • II. SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN GENERAL. • III. SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN LA LEY 10.089 Y EN EL CONVENIO DE PARÍS • IV. SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN EL ACUERDO TRIPS. • V. SOBRE LAS POSIBLES, EVENTUALES MODALIDADES DE INCORPORACIÓN DE LAS SOLUCIONES TRIPS AL DERECHO NACIONAL DE PATENTES. • VI. LAS SOLUCIONES DE LA LEY 17.164 EN LA MATERIA. • VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La presente colaboración se divide en cinco partes básicas: en la **primera**, se hará referencia a las licencias obligatorias o compulsivas en general; en la **segunda**, a esas licencias en la ley 10.089 y en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; en la **tercera**, a las licencias compulsivas u obligatorias en el Acuerdo TRIPS; en la **cuarta**, a las características que esas licencias podían asumir en el marco de una nueva ley de patentes; en la **quinta**, a dichas licencias en tanto son tratadas en la ley 17.164; y en la **sexta**, se establecerán algunas conclusiones generales.

La idea nuclear de la misma es mostrar la evolución normativa de esas licencias, las posibilidades que ofrecía el Acuerdo TRIPS en la materia, la forma o modo en que las soluciones del Acuerdo TRIPS podían recogerse en una nueva legislación nacional de patentes y su potencial influencia y aplicación en la realidad viviente.

El enfoque o énfasis de esta colaboración se centra de manera especial en la temática de los casos en que era posible legislar sobre el otorgamiento de esas licencias, más allá de las específicas causales enumeradas en el Acuerdo TRIPS, y las soluciones legales que en definitiva se adoptaron en la especie.

II. SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN GENERAL

Históricamente, las leyes de patentes establecieron la obligación del patentado de explotar la invención patentada so pena de caducidad, salvo fuera mayor, siendo tal vez el primer ejemplo de incorporación legal de esa obligación la ley francesa de patentes, de 1791, en una solución seguida por la práctica unanimitad de las legislaciones con la connotada excepción de los Estados Unidos de América.

Dicha obligación se ha justificado, siguiendo inicialmente las enseñanzas de Pouillet (*Traité des brevets d'invention*, París, 1915), en que el beneficio que reclama el interés general de la sociedad es la de gozar del invento, a cambio del monopolio que se le acuerda al inventor, por lo que éste no puede dejarlo infecundo, improductivo, y perjudicar con su inactividad la posibilidad de progreso, la industria nacional, el trabajo de la gente y el disfrute del consumidor.

No obstante, la experiencia luego demostró que en muchos casos el inventor no estaba en posibilidades materiales, técnicas, financieras o comerciales de explotar su invento, a pesar de sus esfuerzos, y que podría resultar injusto privarlo

* Este trabajo se basa en un Informe que fue originariamente preparado a solicitud de la Asociación de Laboratorios Nacionales con anterioridad a la ley 17.164, el que contribuyó a promover y sustentar la inclusión de la "negativa a tratar" como causal autónoma e independiente de licencias compulsivas u obligatorias en la ley citada. El texto referido se ajustó en su redacción y se complementó y amplió a sus efectos con los comentarios a las normas sobre esas licencias contenidas en esta ley.

por ello de sus derechos, en una línea de razonamiento y pragmatismo que recogió la ley de patentes alemana de 1877, que admitió que la caducidad por falta de explotación sólo operaba si el patentado era negligente o no hacía todo lo necesario para asegurar la explotación de su invención, y si era decidida por las autoridades competentes.

En ese contexto las soluciones legislativas nacionales e internacionales dominantes en la materia eran en síntesis las siguientes:

- a) obligación del patentado de explotar la invención por sí, o por un tercero a través de la concesión de una licencia voluntaria de base contractual;
- b) exoneración de dicha obligación durante un plazo determinado a partir de la concesión de la patente, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, o por otras causas debidamente justificadas por el patentado;
- c) caducidad de la patente en la circunstancia de que no se produjera alguna de las situaciones anteriores.

Dichas soluciones fueron recogidas de alguna manera, directa o indirectamente, por el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, en la revisión efectuada en Washington en 1911, aunque tienen antecedentes en el Acta Adicional de la Conferencia de Bruselas de 1900.

En ese marco no se preveía las licencias obligatorias o compulsivas.

Estas licencias se advirtieron en primera instancia en la ley inglesa de 1884, que admitió la concesión estatal de las mismas en ciertos casos de falta de explotación, explotación insuficiente, o impedimento de explotación de una patente ulterior dependiente de una patente preexistente, solución incorporada posteriormente en otras legislaciones y consagrada definitivamente en la revisión de la citada Convención de París, realizada en La Haya en 1925, en la que se abandonó la solución de explotación obligatoria y se la sustituyó por el sistema de licencias obligatorias, según el cual se reconoció a los países miembros de la misma "la facultad de tomar las medidas legislativas necesarias para impedir los abusos que podrían resultar del ejercicio del derecho exclusivo conferido por la patente, por ejemplo, por falta de explotación ... medida (que) no podrá prever la caducidad de la patente, sino cuando la concesión de licencias obligatorias no fuera suficiente para impedir esos abusos" (art. 5, 2).

Esta solución fue objetada por Ladas (*La protection internationale de la Propriété Industrielle*, París, 1933) en el entendido de que la obligación de explotación, cumplida voluntariamente por sí, o por un tercero a través de una licencia contractual, o practicada compulsivamente mediante la concesión de una licencia obligatoria, podría desalentar a los inventores, perjudicar a los consumidores y trabar el libre desarrollo de la industria, en una posición seguida de alguna manera por Breuer Moreno (*Tratado de Patentes de Invención*, Buenos Aires, 1957) argumentando que la experiencia demostraba la inexistencia de esas licencias en la práctica del instituto y que ello también probaba que el interés general, institución subyacente en aquel, tampoco existía en la realidad, por lo que no eran siquiera necesarias.

Más modernamente, se ha señalado (Grondona, *El derecho de patentes en el contexto de la realidad*, en Cavallari - Alonso - Grondona, *La apropiación del saber*, Buenos Aires, 1993) que "El principal inconveniente que presenta el sistema del Convenio de París consiste en que, no habiendo ningún productor local que solicite una licencia obligatoria, se le permite al titular de la patente no residente en el país otorgante conservar el monopolio de la importación, eliminando toda forma de competencia durante todo el plazo de vigencia del privilegio. A ello se agrega que la necesidad de recurrir a trámites administrativos y judiciales desalienta a quienes podrían tener interés en explotar el invento, y prolonga el lapso durante el cual el titular de la patente maneja su privilegio a discreción". Ello, sin perjuicio de las críticas globales que ha ameritado dicho Convenio en tanto particularmente ventajosa para los países industrializados y no necesariamente conveniente para los países en vías de desarrollo (Di Guglielmo, *La Invención Patentable*, Buenos Aires, 1968. Rippe, *Régimen de la Propiedad Industrial en el Uruguay*, Montevideo, 1975).

Más allá de las eventuales objeciones doctrinarias, correspondientes en general a etapas superadas del devenir histórico, lo cierto es que las licencias obligatorias son una realidad negocial, instituida en prácticamente todas las legislaciones del mundo, en el Convenio de París, cit., y actualmente en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercaderías Falsificadas, más conocido como Acuerdo TRIPs (o ADPIC, en su sigla en español), que constituye un Anexo al Tratado de la Organización Mundial del Comercio (OMC), sustitutivo del GATT; cuya justificación teórica y práctica sigue siendo impuesta por necesidades y razones de interés general en tanto posibilita o permite que un tercero interesado tenga la efectiva oportunidad de la explotación de un invento con aptitud de aplicación industrial en el caso de que su titular no lo explote, sea por sí mismo, o sea por otro mediante una licencia contractual (Rippe, *La propiedad industrial en el Uruguay*, Montevideo, 1992).

En efecto. Las licencias compulsivas u obligatorias se han constituido en parte fundamental y orgánica del sistema de patentes porque tienen como objetivo y función garantizar la realización de los objetivos y funciones propios del

sistema mismo y prevenir la distorsión que puede provocar el interés privado del patentado respecto de la necesaria y conveniente protección del interés público de la comunidad social, en tanto puede comprometer el logro de los fines superiores de la sociedad en su conjunto, insitos en la legislación de patentes (cf. Correa - Bergel, Patentes y Competencia, Santa Fe, 1996).

El hecho de que más de cien países hayan incorporado el instituto en sus respectivas normativas de patentes y que el mismo ha sido integrado en convenciones internacionales como el Convenio de París - sin perjuicio de las renuncias y demoras que ello implicó en su momento a la hora de su implementación legal en el ámbito interno de algunos países (Naciones Unidas, La Función de las Patentes en la Transmisión de Tecnología a los Países de Desarrollo, Nueva York, 1964) -, y el Acuerdo TRIPs, *cit.*, demuestran suficientemente dicho acierto.

III. SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN LA LEY 10.089 Y EN EL CONVENIO DE PARÍS

1. La Ley 10.089 de 12 de diciembre de 1941 previó las licencias obligatorias en dos supuestos fundamentales:
 - a) con carácter general y para toda clase de patentes en el art. 10. luego de tres años de la concesión de la patente cuando el titular de la patente o sus sucesores:
 - i) todavía no la hubieran explotado, o la explotación se hubiera interrumpido al menos durante tres años; y
 - ii) hubieran denegado al interesado la autorización para utilizar la invención o la hubieran subordinado a condiciones excesivamente onerosas, o no hubieran concretado sus condiciones;
 - b) con carácter particular y para toda clase de patentes cuando el titular de una patente de perfeccionamiento no hubiera podido obtener el acuerdo del titular de una patente principal para explotar libremente su invento, caso que no requería la configuración de los presupuestos anteriores, a la vez que el titular de la patente principal tenía la misma posibilidad si ésta hubiera tenido una importancia superior a aquella (art. 37).

Las licencias obligatorias tenían y estaban sujetas a las características esenciales siguientes:

- a) debían ser expresamente solicitadas y tramitadas a pedido del tercero interesado, que debía acreditar los extremos indicados anteriormente (*supra*, lit. a), salvo en el caso de licencias de patentes de perfeccionamiento (*supra*, lit. b);
- b) la solicitud y trámite correspondientes debían realizarse ante el Ministerio de Industria, Energía y Minería, vía Dirección Nacional de la Propiedad Industrial;
- c) el procedimiento estaba contemplado en los arts. 10 y sigs., y 22 y sigs., e incluía la eventual participación del patentado y la constitución de una comisión de tres peritos que fijara de manera inapelable la remuneración a pagar al patentado;
- d) la decisión correspondía al Poder Ejecutivo, que podía:
 - i) conceder al patentado una prórroga no superior a los dos años, a su solicitud, y siempre que hubiera sido peticionada tres meses antes, por lo menos, del vencimiento del término de tres años arriba mencionado y se hubiera justificado que la falta de explotación de la invención era extraña a la voluntad del titular;
 - ii) conceder la licencia obligatoria en caso que se hubieran dado los extremos legales de su otorgamiento, determinando la remuneración debida al patentado, el plazo dentro del cual debía iniciarse la explotación, que no podía superar los tres años pero que admitía su prórroga, las garantías y demás condiciones de la concesión, las que podían ser modificadas cada tres años, a pedido de cualquiera de las partes y decididas por el Poder Ejecutivo salvo acuerdo entre aquellas; o
 - iii) rechazar la solicitud por no haberse ajustado a los términos de la ley.
- e) La concesión podía darse, o no, en exclusiva;
- f) Las licencias en general no podían transferirse, salvo pacto expreso, art. 42.
- g) El incumplimiento del patentado podía dar lugar a la caducidad de la patente, y el del licenciatario, a la anulación de la licencia, o su caducidad, art. 49 c).

Las licencias obligatorias eran también aplicables a la materia medicinal en cuanto a los procedimientos patentados, no así a los productos, que no admitían, ellos mismos, patentamiento, ley cit., art. 3°, lit. c.

2. *El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, en la redacción dada por el Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967, y aprobado por el decreto - ley 14.910 de 19 de julio de 1979, regula las licencias obligatorias en el art. 5.

En dicho texto convencional las licencias obligatorias son consideradas medidas legislativas pertinentes para prevenir los abusos que podrían resultar del ejercicio abusivo del derecho conferido por la patente, y ello incluye, por vía de ejemplo, la falta de explotación. Supone una posibilidad de legislar, en consecuencia, no es una disposición autoejecutiva (cf. Bodenhausen, *Guía para la aplicación del Convenio de París ...*, Ginebra, 1969)

La caducidad de las patentes sólo podrá prevverse para el caso en que la concesión de licencias obligatorias no hubiera bastado para prevenir esos abusos; pero en ningún caso podrá admitirse la caducidad o revocación de una patente antes de la expiración de dos años a partir de la concesión de aquellas.

Las licencias obligatorias por falta o insuficiencia de explotación sólo podrán ser solicitadas después de los cuatro años del depósito de la solicitud de patente o de tres años de la concesión de la patente. Se debe rechazar la solicitud si el patentado justificaba su inacción con excusas legítimas.

Dichas licencias sólo pueden ser otorgadas en forma no exclusiva y transmitidas únicamente en el caso que ello se efectúe conjuntamente con la transferencia de la parte de la empresa o del establecimiento mercantil que explote esa licencia.

Las disposiciones citadas, con la excepción indicada, son de aplicación autoejecutiva (cf. Bodenhausen, cit.)

La ausencia de disposiciones específicas en el área de ciertos procedimientos o productos como, p.ej., los medicinales determina que las licencias obligatorias también pueden recaer sobre ellas, en tanto esos procedimientos o productos sean objeto de patentamiento en las legislaciones nacionales respectivas.

Una comparación simplificada entre la normativa de la ley nacional (ley 10.089) e internacional permitía detectar semejanzas y diferencias entre una y otra. Entre las simetrías se ubicaban, por ejemplo, la propia regulación de las licencias, la posibilidad misma de concederlas en casos determinados, la de desestimarlas si el patentado justificaba su inacción, la potestad estatal en la concesión; entre las asimetrías, se advertían, por ejemplo:

Ley 10.089

- Sólo en caso de falta de explotación por el patentado, incluyendo también, tanto la falta como la insuficiencia de la explotación.
- Presuponía falta de acuerdo interpartes.
- Debía transcurrir un plazo de inactividad desde la concesión.
- Se prevía un plazo de prórroga a favor del titular, que bloqueaba la posibilidad de concesión.
- Podía concederse, o no, en exclusiva.
- No podía transmitirse el derecho concedido.
- Se prevía también para la patente de perfeccionamiento.

Convenio de París

- En caso de situaciones abusivas del patentado.
- No lo presupone.
- En caso de falta o insuficiencia de explotación, debe transcurrir un plazo que es diferente según se produzca desde el depósito de la solicitud o desde la concesión.
- No se preve dicho derecho de prórroga.
- No puede concederse en exclusiva.
- Puede transmitirse en casos específicos.
- No se advierte dicha previsión.

- El régimen de la caducidad - ex ante y post - es diverso y opera en el Convenio con mayores exigencias y excepcionalidades.

En definitiva, la coordinación entre la ley 10.089 y el Convenio de París autorizaba a concluir en resumen que en el sistema nacional de licencias obligatorias ellas eran aplicables a los procedimientos y a los productos, en tanto unos y/u otros admitieran patentamiento, aunque sólo en el caso de falta de explotación e imposibilidad de acuerdo entre el patentado y el tercero interesado, sin perjuicio de que el titular podía justificar legítimamente su inactividad y solicitar prórroga para impedir esa concesión; a la vez que dicha concesión tenía que gestionarse en las condiciones y términos de la ley 10.089, con carácter no exclusivo, eventualmente transferible en las circunstancias establecidas en el Convenio y sujetas a los presupuestos y plazos de caducidad del mismo.

IV. SOBRE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN EL ACUERDO TRIPS

Ahora bien. El Convenio de París, en los aspectos señalados, así como en otros, resulta complementado y corresponde integrarlo con el Acuerdo TRIPS en tanto éste preceptúa la vigencia de aquel, TRIPS, art. 2.

El Acuerdo citado, ratificado conjuntamente con el Tratado de la OMC, ley 16.671 de 13 de diciembre de 1994, regula con particular detalle dichas licencias en su art. 31, aunque bajo el título de "Otros usos sin autorización del titular de los derechos".

Corresponde aclarar mínimamente el contexto político en el que se trató y resolvió la redacción del artículo citado (Casado Cerviño - Cerro Prada, GATT y propiedad industrial, Madrid 1994), a los efectos particulares de aprehender y comprender la letra y el espíritu de dicha disposición convencional.

Es sabido que la incorporación de los derechos de propiedad intelectual en el GATT fue una imposición liderada por los Estados Unidos de América acompañado de otros países industrializados (Cavallari, El nuevo orden mundial y los derechos de propiedad intelectual, en Cavallari - Alonso - Grondona, ob. cit.) como lo es el enfrentamiento que tuvo lugar entre algunos países desarrollados y subdesarrollados sobre la inclusión de la protección de esos derechos en el marco de ese mecanismo de negociaciones comerciales multilaterales. Es también un hecho conocido que el Acuerdo TRIPS representa una suerte de conciliación no necesariamente satisfactoria entre los intereses de unos y de otros, y que en el tema específico de las licencias compulsivas u obligatorias la solución encontrada representa el reconocimiento de la posición de los países de menor grado de desarrollo relativo, partidarios de las mismas, respecto de la posición imperante en algunos países de mayor grado de desarrollo relativo, contrarios a dichas licencias (Rippe, en II Simposio Internacional sobre Ciencia y Tecnología como Fuerzas Productivas, T. II, Montevideo, 1992).

Es consecuencia de lo anterior que la normativa TRIP debería interpretarse con apertura y flexibilidad en esta temática, como en otras, y que la interpretación estricta sólo correspondería en aquellos casos en que el rigor resulta del texto y contexto expresos de aquella. Adicionalmente, el propio preámbulo de Acuerdo TRIPS autoriza dicha amplitud interpretativa en la medida que reconoce, entre otros, "los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología" y "las necesidades especiales de los países menos adelantados miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que estos países estén en condiciones de crear una base tecnológica racional y viable".

Las licencias compulsivas u obligatorias, en este marco de reconocimientos explicativos y justificatorios, constituyen uno de los instrumentos idóneos para asegurar la realización de aquellos objetivos y la satisfacción de aquellas necesidades, y ello también permite concluir en esa interpretación amplia y flexible en la materia.

El art. 31 cit. contiene en resumen lo siguiente:

- a) Respecto de las circunstancias, motivos o causales para su concesión establece algunas situaciones específicas, que no son limitativas de otras que pueden ser consideradas por las legislaciones nacionales; con la sola excepción de la tecnología de semiconductores, caso en que esas licencias pueden acordarse para su uso no comercial o para rectificar prácticas anticompetitivas declaradas tales en un procedimiento judicial o administrativo, art. 31 c).

Son supuestos específicos casos tales como los de emergencia nacional, art. 31 b), prácticas anticompetitivas con similar declaración judicial o administrativa, art. 31 d), patentes dependientes (segunda patente, preexistiendo una primera patente), art. 31 1).

Son supuestos posibles, que se constituyen en causales autónomas y específicas de licencias obligatorias, previstas o no previstas especialmente, (Correa, Acuerdo TRIPS, Buenos Aires, 1996):

- 1) La falta de acuerdo entre un patentado y un tercero interesado en virtud de que aquel rechaza la posibilidad de conceder a éste la explotación de una patente de que es titular en términos y condiciones comerciales razona-

bles dentro de un plazo prudencial contado a partir de la solicitud respectiva de dicho tercero. Si bien, como se verá, la negativa a conceder una licencia contractual es condición previa para el otorgamiento de licencias obligatorias en diversos casos, art. 31 b), dicha negativa es considerada e interpretada como una causal autónoma e independiente, solución que ha sido respaldada por la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio (OMC, WI/CTE/W/8, 1995).

- 2) Salud Pública y nutrición, y otras razones de interés público. El interés público, la satisfacción de objetivos de salud pública, como fundamentos de una licencia obligatoria, se apoyan en el art. 8 del Acuerdo TRIPs que, al establecer "Principios" habilita a los Estados Partes a "adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población..."
- 3) La falta o insuficiencia de explotación de la invención patentada, causal primaria, clásica, histórica de las licencias obligatorias, que, aunque el art. 27.1 del Acuerdo TRIPs establece que "las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por (...) el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país", constituye en verdad una causal posible de concesión de una licencia obligatoria, en la medida que el art. 27.1 cit. sólo se refiere a los productos importados o producidos localmente por terceros, pero no contempla los propios productos del patentado. Esto es. El referido art. 27.1, en dicha interpretación, sólo impide la discriminación en el ejercicio de los derechos del titular respecto de bienes importados o producidos localmente por terceros no autorizados, pero no excluye la concesión de licencias obligatorias por falta o insuficiencia de explotación de los productos del patentado mismo.
- 4) Las prácticas anticompetitivas - entendiéndose como tales aquellas que tienden, bien a crear monopolios, bien a ejercer una posición dominante en el mercado - en definitiva, prácticas que son abusivas y que tienen la aptitud de limitar o excluir la competencia en perjuicio de la libertad de comercio o impedir la transferencia o difusión de la tecnología - motivan licencias compulsivas u obligatorias orientadas a evitar, a suprimir o a subsanar los efectos perniciosos propios de esas prácticas que contradicen los principios liberales que informan la propia Organización Mundial del Comercio en la que se inserta el Acuerdo TRIPs.
- 5) El uso público no comercial también justifica una licencia obligatoria en su caso. Las licencias que se solicitan y conceden a su amparo tienen como propósito básico satisfacer una necesidad social.
- 6) La protección del medio ambiente es otra causal específica de invocación y aplicación potenciales, en tanto el objetivo específico de las licencias compulsivas u obligatorias que se concedan en ese contexto se orientan a la explotación de tecnologías que apuntan a prevenir o superar la degradación del medio ambiente, en una solución positiva que tiene su contrapartida negativa en la posibilidad de los Miembros del Acuerdo TRIPs de prohibir el patentamiento de aquellas "invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente (...) para evitar graves daños al medio ambiente...", art. 27.2.
- 7) Las patentes dependientes, situación que se plantea respecto de una segunda patente vinculada con una primera patente, motiva otros caso idóneo para provocar una licencia compulsivas u obligatoria a favor del titular de aquella cuando representa un avance técnico importante y de una importancia económica considerable, sin perjuicio de la posibilidad de la concesión de una licencia cruzada en condiciones razonables en favor del titular de la primera patente.

Los supuestos enunciados no agotan el elenco posible de las causales de licencias obligatorias porque, como se ha anticipado, las previstas en el referido Acuerdo sólo son, y así se interpretan, de carácter mere-enunciativo, razón por la cual se considera que los Estados miembros tienen la potestad de establecer otras causales en sus legislaciones nacionales respectivas. (cf. Correa, ob. cit.)

b) Respecto de las condiciones requeridas para el otorgamiento de licencias obligatorias, las mismas se pueden sistematizar de la manera siguiente (Correa, ob. cit.):

- 1) El tercero interesado debe negociar previamente con el patentado a efectos de obtener en un plazo prudencial la autorización del mismo en términos y condiciones comerciales razonables; etapa que no se requiere en casos de emergencia nacional u otros casos de extrema urgencia, o en el supuesto de uso público no comercial, o para corregir prácticas anticompetitivas.
El fracaso de esas gestiones es lo que habilita a la concesión respectiva.
- 2) El alcance y duración de la licencia son limitados, en cuanto se restringen a los fines para los que haya sido autorizada, que se concede básicamente cuando es para satisfacer el mercado interno, salvo en el supuesto de prácticas anticompetitivas, que es no exclusiva y relativamente transferible en tanto ello sólo puede operar en

la circunstancia, de que se transfiera con la parte de la empresa que la emplea.

- 3) El plazo de la licencia obligatoria puede decaer si las circunstancias que le dieron origen han desaparecido y no es probable que vuelvan a surgir, aún cuando dicho decaimiento está condicionado por el hecho de que debe protegerse adecuadamente los intereses legítimos de las personas a las que se les ha concesionado la explotación de la patente.
- 4) Las licencias compulsivas u obligatorias deben concederse considerando sus propias circunstancias. El patentado tiene derecho, por su parte, a percibir una remuneración adecuada en atención a las circunstancias propias de cada caso y al valor económico de la autorización respectiva, aún cuando en el supuesto de que el objetivo de la licencia sea subsanar, esto es, poner fin a las prácticas anticompetitivas, ello puede tenerse también en cuenta al determinarse el monto de esa remuneración, circunstancia, esta última, que en los hechos puede reflejarse en una reducción, y aún en una exoneración, de la remuneración eventualmente debida. Sea respecto de la concesión misma, sea respecto de la sola remuneración, el patentado tiene el derecho de recurrir para ante una autoridad administrativa o judicial para la revisión de una u otra.

En la medida que a los efectos de estas licencias no se distingue en general respecto del campo de la tecnología en el que resultan aplicables, sin perjuicio de algunas particularidades de la acotada excepción de la tecnología de los semi-conductores, ya señalada, la explotación en todas las áreas de los procedimientos o productos patentados pueden ser objeto de las mismas, en tanto se produzcan los supuestos y condiciones arriba establecidos.

Ahora bien. Podían observarse algunas semejanzas entre el sistema de la ley 10.089 y el sistema del TRIPs en punto a aquellas licencias, pero eran mucho más notorias las diferencias – aunque algunas de ellas ya habían sido atenuadas con la aprobación e internalización del Convenio de París – y sirva para ello de ejemplo lo siguiente (Rippe, y otros, Instituciones de derecho comercial uruguayo, Montevideo, 1999):

Ley 10.089

TRIPs

1) En cuanto a los supuestos:

- Sólo en caso de falta de explotación en el país. La importación no constituía explotación.
- No alcanzaba a ciertos productos como los medicinales, sólo a los procedimientos.

- Enunciación amplia, no taxativa. En ciertos casos la importación sustituye la explotación en el país.

2) En cuanto a las condiciones:

- Requería inactividad no justificada durante tiempo determinando.
- Se podían conceder o no en exclusiva.
- Era un derecho no transmisible.
- Remuneración establecida por peritos. Criterios amplios y flexibles para su determinación
- Recursos administrativos y contencioso-administrativos.
- Criterios estrictos para el retiro o revocación de la concesión.
- Aplicabilidad a las patentes de perfeccionamientos, con condicionamientos similares a los de las licencias compulsivas u obligatorias de patentes ordinarias.

- No son condiciones requeridas en la misma forma
- No se puede conceder en exclusiva.
- Puede eventual y circunstancialmente transmitirse.
- Ese mecanismo no está previsto.
- Recursos administrativos y judiciales.
- Criterios amplios y flexibles.
- Aplicabilidad a las patentes dependientes, con condicionamientos diferentes.

En la medida que el TRIPs, en la materia, no es autoejecutivo, esto es, requiere legislación interna, las diferencias señaladas conllevan a reflexionar previamente sobre las nuevas potenciales soluciones legislativas, dirigidas a la adecuación de la normativa nacional a las exigencias obligacionales de la normativa internacional, en cuanto ésta ha sido ratificada por la República.

V. SOBRE LAS POSIBLES, EVENTUALES MODALIDADES DE INCORPORACIÓN DE LAS SOLUCIONES TRIPs AL DERECHO NACIONAL DE PATENTES

Surge de los comentarios expuestos hasta este momento, por una parte, una interpretación amplia y flexible de las normas TRIPs, solo condicionada en aquellos casos establecidos por esas mismas normas en cuanto constituyan disposiciones imperativas o prohibitivas previstas en forma expresa en su propio texto; por otra parte, que dichas normas ofrecen un importante campo de actuación a los Estados Partes para definir las formas o modos de recepción de las mismas en las legislaciones nacionales, a los efectos de su adecuación al Acuerdo TRIPs; y por último, que esas conclusiones son aplicables en el área de los productos y procedimientos patentables en general, y de las licencias compulsivas u obligatorias en el caso.

Con carácter general se podía afirmar que el legislador nacional, a la hora de legislar en la materia específica, debía incluir todos los procedimientos o productos como objetos patentables - incluso aquellos productos que como los químicos - farmacéuticos y medicinales no admitían su patentamiento en la ley 10.089 - pero que podía establecer un régimen de transición no mayor de 10 años a partir de la entrada en vigencia del TRIPs para acordar la protección en ese campo específico de la tecnología al amparo del art. 65 del mismo, que permite acogerse a ese plazo cuando un país no protegía anteriormente una determinada materia - caso de esos productos en cuanto la ley nacional sólo protegía en su momento los procedimientos vinculados a ellos - y es un país en vías de desarrollo.

Con carácter particular referido a las mencionadas licencias el legislador debía regularlas en la forma establecida en ese Acuerdo, cuyas pautas fueron enunciadas oportunamente, pero que tenía a su vez un significativo margen de maniobra para fijar los casos en los que corresponde la concesión de esas licencias, amplitud que también ejemplificamos anteriormente, no así, para definir las condiciones de otorgamiento. A esos comentarios nos remitimos en la ocasión.

Aún cuando los criterios y soluciones generales y particulares surgen de lo hasta aquí expuesto existe un aspecto que es conveniente resaltar: si existe o no la posibilidad de conceder una licencia compulsiva u obligatoria en el caso de la negativa del patentado a «tratar», como causal autónoma e independiente para esa concesión, en el contexto del TRIPs.

Dicho aspecto se consideró en el punto IV, a), 1) de la presente colaboración, pero su definida singularidad e importancia amerita profundizar en el mismo en esta oportunidad.

La negativa a tratar («refusal to deal») tiene en el contexto e interpretación del TRIPs un doble perfil, con alcance y significación diferentes: por un lado, es una condición para el otorgamiento de licencias compulsivas u obligatorias en los casos y con las excepciones explicitadas en el art. 31 b) de aquel, y concordantes (p.ej., art. 31 k), en tanto requiere como presupuesto que "el potencial usuario ha intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables y esos intentos no han surtido efecto en un plazo prudencial"; pero por otro lado, es en sí misma una causal, un supuesto autónomo e independiente, que justifica esa concesión.

La posibilidad de este último perfil en particular se apoya en las consideraciones siguientes:

- a) El propio título del art. 31 cit. que dice a la letra: "Otros usos sin autorización del titular" y el texto introductorio mismo, según el cual "Cuando la legislación de un Miembro permita otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos...", habilitan a afirmar que no es el Acuerdo TRIPs el que establece o regula las causales sino que ello es un cometido reconocido y atribuido únicamente a los Estados Partes.
- b) El art. 31 cit. no dispone sobre las causales en sí mismas sino sobre las condiciones en que dichas licencias podrán concederse. Ello resulta de varias circunstancias: i) el hecho de que no se determinan las causales en particular, sólo los requisitos y condiciones en que se podrán otorgar; ii) el hecho de que la determinación de las causales expresamente indicadas (casos de emergencia nacional, otras circunstancias de extrema urgencia, uso público no comercial, prácticas anticompetitivas, segundas patentes, etc.), no cumple con la función de señalar o acotar las causales en sí, sino la de establecer excepciones particulares a

principios generales en materia de requisitos o condiciones para obtener esa concesión, sirviendo de ejemplo los casos, y sus particularidades, previstos, p. ej., en el art. 31 cit., lits. b), c), d), en que, en cada caso, se suprimen, sustituyen o modifican esos requisitos o condiciones; y iii) el texto introductorio del citado artículo convencional, que en la parte final expresa: "... se observarán las siguientes disposiciones", en clara referencia, no a los casos, sino a las condiciones.

- c) La interpretación hecha respecto de las licencias no voluntarias, obligatorias o compulsivas por la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, ya citada.

Dicha interpretación, contenida en un documento del Comité de Comercio y Medio Ambiente del 8 de junio de 1995, establece en la parte que aquí interesa, que "El Acuerdo TRIPs contiene una previsión que permite una licencia compulsiva (...) que puede ser concedida a un peticionante para usar una invención patentada respecto de la cual el titular del derecho no ha querido otorgar una licencia voluntaria (...) sujeta a un número de condiciones orientadas a la protección de los intereses legítimos del propietario de una patente" (parágrafo 61); y que "Con excepción del área particular de la tecnología del semi-conductor (Artículo 31 c), estas previsiones no limitan los motivos a cuyo respecto puede concederse una licencia compulsiva. Los Miembros no están llamados a justificar las razones para conceder una licencia compulsiva, en tanto sean respetadas las diversas condiciones enlistadas" (parágrafo 62).

- d) Decisiones recientes de la Corte Europea de Justicia han considerado y sancionado como una práctica anticompetitiva la negativa del patentado a tratar y acordar una licencia contractual, en el entendido que ello puede constituir un abuso de posición dominante bajo los términos del Tratado de Roma, para lo cual las licencias compulsivas u obligatorias pueden ser un remedio idóneo y disponible para subsanar los efectos abusivos de tales prácticas (Challú - Levis, Adecuación de la ley argentina de patentes al GATT, Buenos Aires, 1996.)

Por esas consideraciones puede concluirse que la "negativa a tratar" es en el marco de este perfil una causal autónoma e independiente, en tanto ella sea así acogida por las respectivas legislaciones nacionales (cf. Lobato García - Miján, Las disposiciones en materia de patentes del Acuerdo sobre los ADPIC, en Iglesias Prada (Director), Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio, Tomo I, Madrid 1997); únicas normas previstas en el Acuerdo TRIPs que tiene la aptitud de prever esas causales, las que autorizan a esa concesión siempre que se respeten las condiciones previstas en el propio TRIPs, art. 31 (cf. Correa- Bergel, ob. cit.)

Diversas leyes extranjeras ya han incorporado la "negativa a tratar" como causal autónoma e independiente, p.ej., la ley de patentes del Reino Unido, de 1977, modificada en 1988, que establece en el art. 48 (3): "Las causales son: (d) que por razón de la negativa del propietario de la patente a otorgar una licencia o licencias en términos razonables", o la ley argentina de 1995, según Texto Ordenado por Decreto 260/96, cuyo art. 42 establece, entre otros, lo siguiente: "Cuando un potencial usuario haya intentado obtener la concesión de una licencia del titular de una patente en términos y condiciones comerciales razonables en términos del artículo 46 y tales intentos no hayan surtido efecto luego de transcurrido un plazo de ciento cincuenta (150) días corridos contados desde la fecha en que se solicitó la respectiva licencia, el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, podrá permitir otros usos de esa patente sin autorización del titular".

En este contexto legal la causal no está sujeta a la condición de la falta de explotación, que es una causal diferente prevista en el art. 43 de esa ley, ni a plazos previos, como en la causal del mismo art. 43, por lo que se puede petionar en cualquier momento a partir de la concesión de la patente misma, ni a una forma o modo particulares de constatación de la "negativa a tratar". Acreditada la solicitud, la respuesta negativa o la falta de respuesta dentro del mencionado plazo de 150 días y el ofrecimiento de términos y condiciones comerciales razonables, dicha acreditación es suficiente para habilitar al organismo competente para la concesión de la licencia obligatoria petionada, la que debe ajustarse a las condiciones legales, que son prácticamente las mismas que las del Acuerdo TRIPs (cf. Correa, Derecho de Patentes, Buenos Aires, 1996).

Las soluciones y experiencias comentadas permitan inferir sin esfuerzo que el legislador nacional, de la misma manera que lo hizo el del Reino Unido y el de Argentina, también el de la República Popular China (Correa, Acuerdo TRIPs, cit.), estaba en condiciones de incorporar a una nueva ley uruguaya de patentes la "negativa a tratar" como una causal objetiva, autónoma e independiente de otras posibles, de licencias compulsivas u obligatorias en todos los campos de la tecnología patentable, en términos relativamente similares a los establecidos en la ley argentina de patentes, en lo pertinente - aunque con un plazo más breve y con una redacción más concisa - en un régimen de concesión legal de aplicación automática y de pleno derecho.

Por otra parte.

Es un hecho que el Acuerdo TRIPs impacta también especial y significativamente, el tratamiento legal a dar a productos no patentables en el marco de la ley 10.089, p.ej. los químico-farmacéuticos y medicinales, en la medida que el país estaba ahora obligado a proteger los derechos de patentes sobre los mismos en una nueva normativa relativa a éstas, modificando así la solución tradicional que sólo incluía a los procedimientos y excluía expresamente el patentamiento de los productos, circunstancia que se venía visualizando desde los inicios de la Ronda Uruguay del GATT, en 1986 y que se concretó en 1994 con la aprobación del Acta Final de la misma (cf. Spota - Demaría Massey - Escurdía - Abatti, Patentes medicinales, Buenos Aires, 1994).

Pero así como esa protección debía ser incorporada a una nueva legislación que adecuara las disposiciones nacionales a los preceptos del TRIPs, sin perjuicio de establecer un período de transición expresamente autorizado por aquel, también debían integrarse otras soluciones como las relacionadas con las licencias compulsivas u obligatorias, y si bien el Acuerdo TRIPs es relativamente rígido en punto a las condiciones de esas licencias, es muy amplio en lo relativo a las causales, y la "negativa a tratar" es, entre otras, una causal que debía contemplarse a texto expreso, no sólo porque ese Acuerdo lo permite, sino porque tenía la aptitud de prevenir abusos en el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, evitar prácticas que limitaran de manera injustificada el comercio y asegurar la posibilidad de la explotación local de productos convenientes o necesarios para la población, como son los propios productos químico-farmacéuticos y medicinales.

Y ello resultaba posible porque esas licencias no tenían otros límites causales que los vinculados con la tecnología de los semi-conductores.

VI. LAS SOLUCIONES DE LA LEY 17.164 EN LA MATERIA

Esta ley incluye en su Título II, Capítulo V, Sección III, las normas relativas a las licencias compulsivas u obligatorias, siguiendo de manera significativa la terminología del TRIPs en la materia («otros usos sin autorización del titular de la patente»), aunque en aquel ésta última expresión (patente) es «derechos»), y la práctica totalidad de las bases y condiciones establecidos en el Acuerdo de referencia, sin perjuicio de matices y de una mayor profundidad, desagregación y detalle en el desarrollo normativo de las disposiciones correspondientes.

En relación a los casos que pueden constituirse en presupuestos objetivos para la solicitud y concesión de licencias obligatorias la Sección arriba citada los agrupa en tres categorías: «por falta de explotación», «por razones de interés público» y «por prácticas anticompetitivas» (Subsecciones I, II y III respectivamente), aún cuando también se admiten esas licencias para el caso de «patentes dependientes», situación prevista en la Subsección V de la citada ley.

Sin perjuicio de dichos casos, la subsección IV incorpora normas referidas a «otras licencias obligatorias y otros usos sin autorización del titular», en las que se integra con especial y destacable amplitud la «negativa a tratar», esto es, el «refusal to deal».

Dicha subsección IV, arts. 64 - 68, y sus contenidos específicos admiten ser desarrollados a los efectos de ésta exposición conforme a la siguiente clasificación temática: a) presupuestos objetivos y subjetivos; b) condiciones del pretendido interesado, en el caso; c) remuneración; d) plazo; e) obligaciones del titular de la patente; y f) caducidad de la patente.

a) Presupuestos objetivos y subjetivos de la licencia obligatoria en el caso (art. 64).

Son presupuestos tales: 1) un titular de patente; 2) un interesado en su explotación; 3) una previa solicitud de licencia contractual del interesado al titular; 4) la no obtención de la licencia contractual por parte del interesado respecto del titular en los términos y condiciones siguientes: i) el interesado no pudo obtener esa licencia contractual en condiciones comercialmente razonables y adecuadas al país; y ii) el interesado no pudo obtener esa licencia, en esas condiciones, en el término de 90 días siguientes al requerimiento de la misma.

Dichos presupuestos suponen en síntesis que: 1) el interesado formalizó ante el titular de la patente del caso una expresa solicitud de licencia contractual; 2) que el titular de la patente no contestó dicha solicitud, o que la contestó pero impuso condiciones que no eran comercialmente razonables y adecuadas al país, o que hubo un proceso de negociación entre el interesado y el titular que no se concretó en una licencia contractual porque éste pretendió condiciones que no eran comercialmente razonables y adecuadas al país, o porque no hubo acuerdo entre las partes respecto de esas condiciones; y 3) que dicha licencia contractual no fue obtenida en las condiciones previstas por la ley (comercialmente razonables y adecuadas al país) dentro del plazo legal (90 días siguientes a la solicitud del interesado).

De acuerdo al art. 24 del decreto 11/000 de 13 de enero de 2000, decreto reglamentario de la ley 17.164, el interesado deberá presentar su solicitud de licencia obligatoria por la causal indicada en el art. 64 de la ley cit., acompañando la totalidad de la prueba, la que incluye la relativa al cumplimiento de los extremos dispuestos en la norma que se comenta.

b) Condiciones a cumplir por el interesado (art. 64).

El interesado en la licencia obligatoria deberá demostrar ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial como condiciones previas necesarias para obtener la concesión de la licencia obligatoria, los extremos siguientes:

- 1) Poseer capacidad técnica y económica para enfrentar la explotación de que se trate, estipulando que la primera será evaluada por la autoridad competente, conforme a las normas específicas vigentes en el país, que existen en una rama de actividad, y entendiéndose que la segunda, es la posibilidad de cumplir las obligaciones que se deriven de la explotación a realizar.
- 2) Poseer una estructura empresarial que permita contribuir al desarrollo del mercado del producto objeto de la licencia a escala local.

Estas normas tienen por finalidad la evaluación, por parte de la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, de las efectivas posibilidades del interesado en cuanto a explotar el objeto de la licencia obligatoria cuyo otorgamiento solicita, tanto en cuanto a su capacidad técnica y económica como a su capacidad organizacional y operativa.

Atento a lo dispuesto en el art. 24 del decreto reglamentario, cit., la prueba de estas aptitudes o idoneidades debe también ser aportada por el interesado en oportunidad de la presentación de su solicitud, a los efectos de su debida verificación por parte de la autoridad de aplicación.

- 3) La ley también establece condiciones para los casos en que la patente se refiera a una materia prima a partir de la cual se pretende desarrollar un producto final y plantea al respecto varias hipótesis:
 - i) que el interesado pueda realizar dicho desarrollo por sí o por terceros dentro del país, condición que no se requiere cumplir en caso de imposibilidad de producción en el territorio nacional;
 - ii) que se trate de sectores de la tecnología que no gozaban de protección a la fecha de aplicación de la ley, situación en la que el interesado deberá obligarse a adquirir la materia prima (o el principio o la molécula) al titular de la patente o a quien éste indique, al precio que ofrecen los mismos en el mercado internacional, y el titular deberá comprometerse a venderlos en tiempo y forma, aunque de existir un precio especial para sus filiales, deberá ofrecerlos al licenciario a ese precio;
 - iii) que exista la posibilidad de que la materia prima pueda ser adquirida a otro proveedor, a un precio inferior como mínimo, al 15 % del precio que ofrece el titular de la patente en el territorio nacional, circunstancia que habilita al interesado a adquirir la materia prima a aquel proveedor, aún cuando el interesado (licenciario) deberá demostrar que dicha materia prima, adquirida de esa forma, ha sido puesta lícitamente en el comercio, en el país o en el exterior, por el titular de la patente, por un tercero con su consentimiento o legítimamente habilitado.

Las extensas y detalladas disposiciones que la ley contiene en relación a las materias primas tendrían finalidades distintas.

En primer lugar, que el interesado pueda desarrollar la patente y obtener un producto final dentro del país, por sí mismo o por un tercero, con base en la producción nacional de la materia prima; circunstancia de la que ésta exento cuando resulte imposible su producción en el territorio nacional.

En segundo lugar, y tratándose de patentes sobre productos respecto de los cuales no se admitía dicha protección en la ley 10.089 (como puede ser el caso de los productos químico-farmacéuticos y medicinales), el interesado (licenciario) está condicionado en cuanto a sus posibilidades de acceso a los proveedores, ya que la ley dispone que aquella debe adquirirse del titular de la patente o de quién éste indique, aún cuando el precio de esa materia prima no puede ser superior al propio de la materia prima en el mercado internacional sin perjuicio de que puede ser aún inferior en tanto debe ser el mismo por el que se ofrezca por parte del titular a sus filiales. Dichos condicionamientos tienen su contrapartida en la ley respecto del titular - o persona que éste indique - el que está obligado por su parte a suministrar esa materia prima, o principio o molécula, en tiempo y forma al licenciario, de acuerdo a las condiciones establecidas.

En tercer lugar, el licenciario está eximido del cumplimiento de esas condiciones cuando un tercer proveedor,

que no es el titular o el que éste indique, ofrezca esa materia prima en un precio inferior, como mínimo, al 15% del precio que el titular lo ofrezca en el territorio nacional; pero en éste supuesto el licenciatarlo está obligado a asumir la carga de probar que la materia prima así adquirida ha sido puesta lícitamente en el comercio, en el país o en el extranjero, por el titular, o persona autorizada o legítimada para ello, en una terminología que hace recordar los presupuestos establecidos en la ley para que proceda el agotamiento de los derechos del titular de la patente (art. 40).

Son soluciones que en principio lucen como condiciones atadas respecto del titular de la patente y el licenciatarlo, aún cuando se plantean también alternativas de escape en beneficio del licenciatarlo, en el marco del principio de la libertad de competencia y de acceso al mercado.

Ello también puede explicar las razones por las cuales la "negativa a tratar" como presupuesto de licencia obligatoria, como la causal misma, admite asimismo su regulación en el contexto de la legislación "antitrust".

Adicionalmente. En relación a esas soluciones específicas pueden plantearse por lo menos dos situaciones problemáticas: la primera, relativa a su alcance, esto es, si son aplicables, o no, en todos los casos de licencias obligatorias en que se produzcan requerimientos de materia prima para su explotación, respuesta que sería en principio afirmativa dado que no se advertirían fundamentos para su limitación a una única concreta causal; la segunda, referida al eventual incumplimiento de esas disposiciones legales por alguna de las partes, hecho que atento a sus circunstancias podría significar una hipótesis de caducidad de la patente, cuando es por causa imputable al titular o a su licenciatarlo contractual (ley 17.164, art.68), un presupuesto de revocación de la licencia, si es por causa imputable al licenciatarlo (ley cit., art. 79), y eventual fundamento de acciones civiles de responsabilidad por daños y perjuicios (ley cit., arts. 99 y sigs.).

c) Remuneración (art. 65).

A los efectos de establecer la remuneración prevista en las disposiciones precedentes, ésta se determinará sobre la base de la amplitud y valor económico de la explotación de la invención objeto de licencia, teniendo en cuenta el promedio de regalías para el sector de que se trate en contratos de licencias comerciales entre partes independientes y demás circunstancias propias de cada caso, solución aplicable en todos los casos de concesión de licencias obligatorias (art. 77, lit. B) y que se extiende a las licencias obligatorias que se resuelven por la causal de "negativa a tratar" en virtud de lo previsto en el art. 65 de la ley.

d) Plazo de la licencia (art. 67).

El plazo de la licencia no podrá extenderse más allá de todo lo relativo a los actos de explotación o comercialización del objeto de la misma durante toda la vigencia de la patente en el territorio del país y con respecto a cualquier aplicación.

e) Obligaciones del titular de la patente (art. 67).

Además de las obligaciones específicas que resultan de las disposiciones precedentes (supra lit. b) num. ii) el titular de la patente está obligado, una vez concedida la licencia obligatoria, a brindar toda la información necesaria para explotar el objeto de la licencia (tales como conocimientos técnicos, protocolos de fabricación y técnicas de análisis y de verificación), y a autorizar el uso de las patentes relativas a los componentes y procesos de fabricación vinculados a la patente objeto de la licencia.

f) Caducidad de la patente (art. 68).

La patente caducará cuando transcurridos dos años desde la concesión de la primera licencia obligatoria no se pudiera explotar el objeto de la licencia por parte del licenciatarlo obligatorio, por causas imputables al titular de la patente o de su licenciatarlo contractual, entendiéndose por otras causas, entre otras, la negativa a proporcionar la información o la autorización a que se refiere al art. 67 de la ley (supra lit. e).

Ahora bien.

El trámite de la solicitud de licencia obligatoria por la causal del caso está sujeto a ciertas formalidades procedimentales.

El art. 24 del decreto reglamentario cit. dispone que de la solicitud, acompañada de la prueba y demás recaudos establecidos en el art. 64 de la ley 17.164, se dará traslado por el término perentorio de 30 días al titular de la patente de acuerdo a lo establecido en el inc. 1° del art. 74 de la ley, continuándose luego con el procedimiento previsto en el mismo.

Esta última norma legal plantea dos situaciones: la primera, que dentro del plazo legal no mediare oposición expresa por parte del titular de la patente, circunstancia en la que la solicitud de la licencia obligatoria se considera que la acepta; y la segunda, que el titular mencionado se oponga a la solicitud del interesado, caso en el que se nombrará dentro de los 40 días un tribunal arbitral compuesto por dos árbitros, cada uno de ellos designado por cada una de las partes, y un tercer árbitro designado de común acuerdo entre aquellos dos árbitros. La falta de designación de uno de los árbitros o de acuerdo entre éstos para el nombramiento del tercer árbitro, determinará que, ese o esos nombramientos sean efectuados por la Dirección Nacional de Propiedad Industrial.

El pronunciamiento del tribunal así integrado deberá pronunciarse sobre: a) la desestimación o concesión de la licencia obligatoria; b) el alcance de la licencia; c) las condiciones de ésta; y d) la remuneración de la misma; disponiendo para ello de un plazo no mayor de 60 días contados desde la constitución del referido tribunal.

Los procedimientos y trámites subsiguientes son los propios a toda licencia obligatoria, así como lo son las soluciones legales referidas a la resolución administrativa misma, y su eventual modificación, revocación, publicación y registro, a las que nos remitimos en la oportunidad, en tanto son de aplicación general y exceden la temática de la presente exposición, referida sustancialmente en el caso a los aspectos específicos, de la "negativa a tratar".

Es consecuencia de lo anterior que esa concreta causal ha sido específicamente prevista por el legislador nacional, como autónoma e independiente de toda otra, adhiriéndose el país a la tesis más amplia y flexible de la materia.

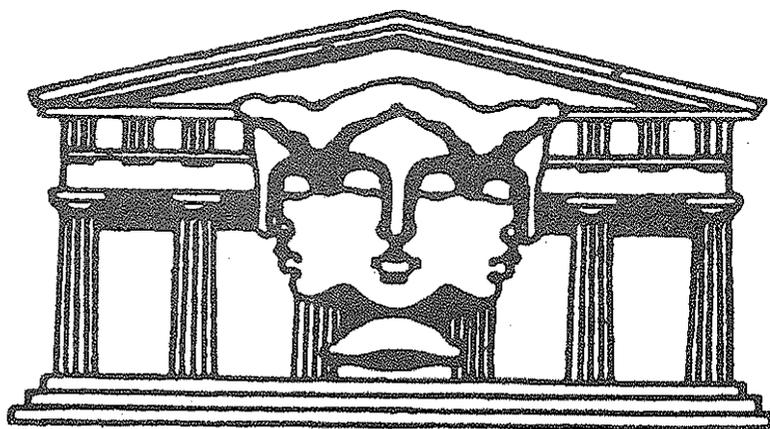
VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la Introducción se aclaraba que "El enfoque o énfasis del trabajo se centra de manera especial en la temática de los casos en que es posible legislar sobre el otorgamiento de esas licencias, más allá de las específicas causales enumeradas en el Acuerdo TRIPs".

Pues bien. Es nuestra conclusión que ese Acuerdo ofrecía al legislador amplias posibilidades en la materia y que la "negativa a tratar" era una de ellas, en una solución que tenía respaldo en el propio TRIPs, en otras experiencias legislativas sobre esa temática en especial, en las opiniones fundamentadas de las doctrinas más recibidas sobre el particular, y en las decisiones administrativas y jurisdiccionales de la Organización Mundial del Comercio y de la Corte Europea de Justicia, respectivamente.

Es nuestra opinión que receptar dicha posición en el derecho nacional de patentes era una medida coherente con esas soluciones, y conveniente y necesaria a los intereses nacionales.

La ley 17.164 recogió dicha solución con particular énfasis y es de esperar que ella se invoque de aquí en más con relativa frecuencia, al amparo del marco conceptual y legal que visualiza su conveniencia y utilidad, y habilita un uso amplio y flexible de la licencia compulsiva u obligatoria causada por la "negativa a tratar". ♦♦



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

- *Serna, Pedro - Sobre la globalización de la razón.*
- *Cussinelli Muñoz, Horacio - Derecho a la Información, Derecho al Honor y la Constitución de la República.*
- *Issacharoff, Samuel - Los dos aspectos de la Libertad de Expresión.
The Two Sides of Freedom of Expression.*
- *Esteva, Eduardo - Los conflictos entre el Derecho a la Información y el Derecho al Honor en el Derecho Comparado.*
- *Moglen, Eben - Contra el honor y la Libertad de Prensa.
Against Honor and Liberty of the Press.*

SOBRE LA GLOBALIZACIÓN DE LA RAZÓN *

PEDRO SERNA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Universidad de La Coruña
Profesor de Derechos Humanos y Derecho Natural, Universidad de Montevideo

Hace ahora seis años, en marzo de 1995, se celebró en Copenhague la Cumbre de Naciones Unidas sobre Desarrollo Social, a la cual tuve la fortuna de asistir en calidad de experto en cuestiones de derechos humanos. Durante aquel evento tuvo lugar una conferencia ofrecida por el Prof. Ralf Dahrendorf a los delegados de los diferentes estados y otras organizaciones que tomaban parte en él. Dicha conferencia fue, si mal no recuerdo, la primera exposición en profundidad que yo escuchaba acerca del conjunto de fenómenos sociales que se ha dado en llamar globalización¹. Para el conocido sociólogo anglo-alemán, la globalización suponía entonces, ante todo, el difícil reto de hacer compatibles los rasgos distintivos de la oferta de vida típica de las sociedades occidentales: Estado democrático de Derecho, sociedad civil fuerte y cohesionada y bienestar económico.

En la referida conferencia, la globalización o mundialización era presentada como el resultado de la interacción de un conjunto de factores de naturaleza económica, causantes de un dinamismo que venía descrito, a grandes rasgos, en los términos siguientes. El final del siglo XX ha visto cómo el mantenimiento de la competitividad no depende ya de factores intraestatales, sino de condicionantes universales. Las economías estatales no pueden ya sustraerse a los datos de un proceso que les excede por completo: el concepto de país, o de nación, o de Estado, ha perdido buena parte de su significado económico, merced a la formación de entidades transnacionales, consecuencia de la lógica del sistema económico capitalista en el ámbito de la producción y del consumo; y de dos revoluciones, la tecnológico-informática y la de los mercados financieros, que han pro-

vocado, como acabo de decir, esa pérdida notable de significado de los confines espaciales. Política y tecnología, ampliación del mercado e innovaciones organizativas han contribuido a crear, en áreas importantes de la actividad económica, un espacio completamente nuevo que sólo cabe ignorar en perjuicio propio².

Desde el punto de vista de la política económica, el antiguo director de la *London School of Economics* sostenía que la respuesta exigida por la globalización pasa por la idea de flexibilidad como criterio para mantener el propio puesto en el nuevo espacio económico productivo. Ya no era difícil captar en aquel momento, y menos lo es ahora, que se trata de un auténtico precio a pagar, pues dicha flexibilidad se traduce, para los Estados, en desregulación de la economía, limitación de las interferencias gubernamentales, aligeramiento de la carga fiscal sobre empresas e individuos y suavizamiento de los vínculos que gravan sobre el mercado laboral: mayor facilidad para la contratación y el despido, posibilidad de aumentar y disminuir salarios, expansión de los puestos de trabajo *part-time* y, a la larga, cambio frecuente de trabajo, de empresa y de lugar de residencia (movilidad funcional y geográfica). Flexibilidad equivale también a disponibilidad de los trabajadores para aceptar esa nueva circunstancia de movilidad, así como las innovaciones tecnológicas, y agilidad de los empresarios para hacerse presentes allí donde se manifieste una oportunidad, y para abandonar cualquier posición en la cual las oportunidades se hayan agotado³.

Flexibilidad significa, pues, lo contrario de rigidez, pero también de seguridad y estabilidad. En línea de máxima, esto favorece el desarraigo de las personas, que parece convertirse en condición de la eficiencia y de la

* Este texto fue escrito para ser pronunciado como lección magistral en la ceremonia de graduación de los másters en Derecho de la Universidad de Montevideo, que tuvo lugar a finales de marzo de 2001. En la actual versión sólo se han añadido algunas referencias bibliográficas imprescindibles, pero no se ha modificado el estilo propio de una conferencia destinada a ser pronunciada oralmente.

1 Cfr. R. DAHRENDORF, *Quadrare il cerchio. Benessere economico, coesione sociale e libertà politica*, Roma, Laterza, 1995.

2 *Ibid.*, pp. 19-21.

3 *Ibid.*, pp. 23-25.

competitividad, a la vez que en causa de destrucción de dimensiones importantes de la vida personal y de una creciente sensación de inseguridad. Piénsese, por ejemplo, en el efecto que provocan la pérdida del empleo y la contratación temporal o a tiempo parcial sobre personas que ya no son jóvenes, o el traslado frecuente de lugar de residencia. Además, entre quienes se encuentran en edad de competir, nace de nuevo el darwinismo social. Vivimos días de individualismo rampante, que han producido la destrucción de los espacios públicos y de los valores de servicio que llevan consigo, cuando no el aprovechamiento de los mismos en beneficio propio⁴: a nadie se oculta que la corrupción alcanza en nuestros días cotas desconocidas hasta ahora en países donde existía una tradición sólida de servicio y sentido de lo público.

La globalización supone asimismo, en la presentación de Dahrendorf, elegir en primer lugar entre economías de salarios bajos y economías de alta especialización. En segundo lugar, entre baja presión fiscal y baja distribución de beneficios o, en términos más amplios, entre contención de la presión fiscal y contributiva, por una parte, y una presión fiscal y contributiva sostenida, aparejada a una baja distribución de beneficios, por otra. El camino de los bajos niveles de beneficio supondrá en el futuro un mayor protagonismo de la banca frente a los mercados financieros, que serán los beneficiados en el caso de elegirse la vía de la baja presión fiscal⁵. Por otra parte, esta elección repercute necesariamente también sobre la posibilidad real de que el Estado pueda seguir manteniendo un nivel elevado de gasto social, de manera que las prestaciones sociales conserven su naturaleza pública, o, por el contrario, deban pasar al ámbito privado en una proporción muy importante⁶.

De lo que no cabe duda es que el proceso globalizador generará -ya lo está haciendo- nuevas formas de exclusión social, nuevas desigualdades, comenzando por las de renta: las clases pudientes, el 10 ó 20 por ciento de los ciudadanos con mayores niveles de ingresos llevan camino de aumentar su ventaja respecto de los menos favorecidos en las sociedades tradicionalmente más equilibradas en cuanto a la distribución de la renta, como son las europeas, pero no sólo en ellas. Este proceso de divergencia va haciendo cada vez más difícil la extensión y cohesión de la sociedad civil. Una parte de la po-

blación, todavía muy pequeña, pero creciente, pasa a engrosar las filas del sub-proletariado, lo cual significa para ella perder casi todo contacto con la esfera de la ciudadanía, con el mundo oficial, con el mercado laboral, y con la sociedad entera. La economía puede seguir adelante sin estas personas, que en términos estrictamente cuantitativos no representan una contribución, sino un costo. Por lo demás, el proceso amenaza con extenderse a otras capas sociales: con la mitad del personal se está en condiciones de producir el doble; aparecen puestos de trabajo mal pagados en el sector servicios, formas de desempleo ocultas bajo la denominación de contratos de formación o trabajo por cuenta propia, y aumenta el número de desempleados de larga duración. Ello por no hablar de los emigrantes procedentes de países extranjeros, que integran otra clase de excluidos y cuya presencia muestra con claridad las dimensiones mundiales del problema de la distribución de los recursos⁷.

El contexto que acabo de describir ha hecho vaticinar a algunos el fin de la sanidad pública, de la educación pública para todos, o del salario mínimo; en el peor, mas no infrecuente, de los casos también de la vivienda digna para todos. Los denominados derechos sociales se ven amenazados fuertemente, y tampoco los transportes públicos, la tutela medioambiental y la seguridad salen beneficiados en este proceso, que genera por añadidura focos permanentes de violencia, especialmente entre los jóvenes. El *Welfare State* está amenazado de desmantelamiento en casi todos los lugares donde ha llegado a existir⁸. En muchos países (Iberoamérica, África y la casi totalidad del mundo asiático) sólo existe, con más inconvenientes que ventajas, en la retórica de los textos constitucionales.

Aunque no falta quien sostiene abiertamente que la globalización es un proceso de alcance mucho menor de lo que se viene diciendo, envuelto en falacias y que deliberadamente confunde los datos de hecho con los intereses de aquellos a quienes beneficia el proceso⁹, pienso que se puede coincidir en términos generales con el cuadro precedente, que era susceptible de ser descrito hace ya más de seis años, como he señalado. Sin embargo, la descripción de Dahrendorf puede considerarse incompleta en la medida que sólo hacía referencia a los aspectos económicos del problema, y a algunas de sus repercusiones en el plano social. Sobre la importancia

4 Ibid., pp. 30-40.

5 Ibid., pp. 25-27.

6 Ibid., p. 27.

7 Ibid., pp. 33-38.

8 Cfr., a título de ejemplo, el interesante libro de J. TORRES LÓPEZ (ed.), *Pensiones públicas: ¿Y mañana, qué?*, Barcelona, Arlel, 1996.

9 Cfr., por todos, U. Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Plados, 2000, passim.

de estas últimas han llamado la atención los principales estudiosos del tema en los años posteriores al texto de Dahrendorf¹⁰. Ahora bien, ni aquél ni estos otros han hecho suficiente hincapié en las dimensiones jurídico-culturales del fenómeno. En mi opinión, ellas constituyen también hechos incontestables.

En efecto, una cierta globalización jurídica viene exigida por la globalización económica y cultural a que acabo de aludir. Ya a finales del siglo XVIII, el modelo capitalista necesitó de un Derecho calculable, previsible y unificado en grados diversos (según sea la interna de los estados o la internacional la perspectiva adoptada). Como ha enseñado Max Weber, a esa necesidad respondió el sistema jurídico con los grandes códigos que siguieron la estela trazada por el *Code Napoleon* en toda Europa y buena parte de América, y con una fuerte tecnificación y formalización del Derecho en los sistemas de *Common Law*, donde la codificación no llegó a producirse. Hoy, en lo que puede considerarse una nueva vuelta de tuerca, el horizonte que impulsó la puesta en vigencia de los viejos códigos se ha ampliado notablemente, y se ha impuesto un renovado proceso de unificación del Derecho que me gustaría poder caracterizar como de convergencia, pero me temo que no haría justicia a la realidad. Podría hablarse de una cierta convergencia o acercamiento parciales entre los ordenamientos europeo-continental, y entre éstos y los sistemas de *Common Law*. Los ejemplos de esto son muchos, y no vale la pena detenerse. Sin embargo, respecto de los países en vías del desarrollo no es riguroso hablar de convergencia, sino más bien de simple adopción de modelos importados, a veces con demasiadas prisas y sin tomar en cuenta la necesaria adaptación a las circunstancias particulares de cada Estado.

Además, conviene no perder de vista, si se desea disponer de un panorama fiel, que la globalización jurídica no se ha detenido, ni puede hacerlo, en el terreno del Derecho privado, porque la revolución tecnológica, especialmente en lo relativo a los medios de comunicación, ha servido como cauce amplio a un movimiento mundial de exportación del modelo de vida occidental, particularmente en su versión norteamericana; y también porque los países desarrollados han hecho importantes esfuerzos para universalizar la cultura de los derechos humanos y el modelo político democrático, vinculándolos a la viabilidad de las relaciones económicas y comerciales

con los países en vías de desarrollo. No se me oculta que en este punto no faltan contradicciones e hipocresías en las que no vale la pena abundar ahora. Un ejemplo de esta tendencia sería el caso del proceso de extradición seguido contra Augusto Pinochet en Gran Bretaña. Más allá de la valoración que pueda merecer este complejo asunto desde diferentes puntos de vista, me interesa ahora llamar la atención sobre tres datos de hecho relacionados con él. En primer lugar, el escaso o nulo eco que encontraron los argumentos fuertemente legalistas (como la ley de amnistía, la inmunidad soberana o el principio de territorialidad de las leyes penales) esgrimidos ante los jueces británicos por los abogados chilenos. En segundo lugar, las repercusiones que los acontecimientos de España y Gran Bretaña han tenido en el propio Chile, donde se han reactivado los procesos relacionados con Pinochet. Y finalmente, las repercusiones indirectas que todo ello ha supuesto para el caso en otros lugares, como Francia, Bélgica o Suiza, pero también para terceros países, como Yugoslavia o Argentina. Y tal vez la nómina no acabe ahí. Por ejemplo, el tema de la validez de la ley uruguaya de caducidad desde la perspectiva de las obligaciones de Uruguay *ex* Convención Americana de Derechos Humanos ha sido objeto por parte no sólo de los especialistas, sino de la opinión pública durante el otoño de 2001. Insisto en que me estoy refiriendo a cuestiones de hecho, pues no tengo ahora la posibilidad de tratar acerca del fondo de estos asuntos.

En todo caso, los ejemplos que acabo de referir muestran con claridad que en nuestros días resulta de todo punto imposible para la mayoría de los Estados mantener la completa autonomía de su sistema jurídico, incluso en aquellos sectores más directamente afectados por decisiones políticas soberanas. El ejemplo de Chile pone muy claramente de relieve esto, porque ese país andino, que creo conocer más o menos bien, quiso detener el proceso de su adaptación al Derecho occidental en el ámbito jurídico-privado, permaneciendo en una especie de insularidad en algunas cuestiones relativas al Derecho y a las garantías jurisdiccionales, a los derechos constitucionales, a determinadas innovaciones en Derecho de familia, etc. Otro ejemplo podría ser Argentina, donde las leyes de obediencia debida y punto final, dictadas hace ya tres lustros han vuelto a ponerse en discusión este año, siendo declaradas nulas *ad casum* por un juez de instrucción.

10 Cfr., por ejemplo, el texto citado en nota anterior, y A. GIDDENS, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000, donde el autor pasa revista a los efectos de la nueva cultura del riesgo, y a las consecuencias de la globalización sobre la familia, la tradición y el sistema democrático. Más amplio, A. GIDDENS y W. HUTTON (EDS.), *En el límite. La vida en el capitalismo global*, Barcelona, Tusquets, 2001, especialmente los trabajos de U. Beck y R. Sennett. Sobre la proyección que el proceso globalizador tiene sobre el sistema democrático, cfr. También J. HABERMAS, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, pp. 81 ss.

De todo ello pueden extraerse varias consecuencias, entre las que me interesa señalar ahora dos: en primer lugar, que la cultura jurídica de los derechos humanos se impone cada día con mayor fuerza en el ámbito internacional, obligando a efectuar reformas en la legislación de los diferentes estados en materia de derechos fundamentales, fuentes del Derecho, garantías constitucionales en el proceso, etc. En segundo lugar, que tales reformas comportan no sólo cambios legislativos, sino sobre todo cambios de mentalidad, de manera de razonar.

A día de hoy, puede decirse que el proceso globalizador ha sido asumido por todo el mundo como un dato de hecho, y por muchos como un fenómeno valioso y deseable, incluso en sus manifestaciones culturales, de las que no dejaba cumplido testimonio la descripción de Lord Dahrendorf. Les confieso que esto último me resulta particularmente difícil de aceptar, ya que, en términos culturales, la aldea global va a suponer, en buena medida ya lo ha supuesto, el triunfo definitivo de la cultura de los derechos humanos en todo el planeta, lo cual debe ser saludado, pero también está siendo sinónimo de una "macdonalización" de la cultura, de una pérdida significativa de la diversidad y del vigor de lo local, de un empobrecimiento en definitiva. No obstante esto, no puede negarse que el notable incremento de los flujos migratorios de unos países a otros facilita enormemente la comunicación intercultural, a la vez que obliga a replantear los fundamentos sobre los que se ha construido en Occidente la convivencia social y política durante la modernidad.

La globalización añadirá, pues, nuevos problemas a los que de suyo lleva consigo tanto en su vertiente económica, como en la jurídica y social, si nos resistimos a ofrecer una respuesta adecuada a este cambio de escenario. Y esa respuesta exige precisamente un cambio en lo que acabo de aludir con la expresión "modo de razonar", porque de nada o muy poco sirve adoptar regulaciones que flexibilizan el desarrollo económico si no se adopta simultáneamente el esquema mental en el que tienen sentido. Por ejemplo, podemos adoptar una legislación en materia de arrendamientos o contratos en general que consagre el principio de libertad contractual plena. No hay en ello problema alguno, pero hemos de saber que en los ordenamientos extranjeros donde ese principio se ha adoptado, los jueces están entrenados para declarar nulas o tener por no puestas cláusulas abusivas o manifiestamente injustas, por más que rijan una presunción favorable a su validez. Otro ejemplo: podemos proceder a adelgazar el peso económico del Es-

tado privatizando un gran número de empresas públicas que hasta ahora venían encargándose de prestar servicios públicos esenciales. Pero eso no puede hacerse sin un incremento del control y supervisión gubernamentales sobre la actividad de las empresas privatizadas, sobre la prestación del servicio, sobre los movimientos de concentración o acuerdos puntuales que eventualmente pueden constituir prácticas restrictivas de la competencia, etc. Allí donde la privatización ha sido sinónimo de desregulación y de renuncia de hecho a ejercer control alguno por parte del poder ejecutivo (caso *Aerolíneas Argentinas*, por ejemplo) los resultados pueden calificarse de desastrosos. Además, el incremento del poder gubernamental exige a su vez un incremento del control judicial sobre la actividad de los órganos administrativos. Y como el objetivo final, en este último ejemplo, es proteger al consumidor y mantener el funcionamiento correcto del mercado, las medidas de orden legislativo, administrativo y judicial no podrán elaborarse ni aplicarse con mentalidad formalista, legalista, sino de acuerdo con un criterio teleológico, sustantivo, con la vista puesta en los bienes jurídicos y económicos en juego, y no meramente en el texto de la ley.

Las características de la mentalidad o modo de razonar a que me vengo refiriendo son principalmente dos: la flexibilidad y la apertura a valores.

Sobre lo que comporta la flexibilidad en lo económico ya he señalado algo al comienzo de mi exposición. En el plano jurídico y político, acabo de apuntar que flexibilidad significa superación del formalismo, tanto en su vertiente legalista como en la que puede denominarse conceptualista. El Derecho no es regla deducida de un sistema científico de conceptos, ni tampoco mera norma emanada por el poder soberano o sus delegados, sino regulación y ajustamiento razonable de las relaciones sociales. Tal superación del formalismo comenzó en Europa, con episodios de retroceso y otros de avance, a finales del siglo XIX. En Estados Unidos lo hizo algo más tarde, hacia los años 20 y 30 del XX, pero con una rapidez y seguridad mayores, de la mano de juristas teóricos como Roscoe Pound, pero también de jueces como Oliver Wendell Holmes, Felix Frankfurter y otros. En mi opinión, lo que se requiere para acometer esta tarea es percibir a cabalidad la naturaleza de las normas jurídicas como intentos de plasmación de decisiones humanas, de acciones humanas. El Derecho alcanza su más pleno sentido visto desde la acción humana, en el seno de una teoría de la acción humana. Y en esta última es central la noción de finalidad, de teleología. La ley no quiere sólo, ni principalmente, que los ciudadanos

realicen determinadas acciones. Ante todo, busca consolidar determinados estados de cosas y proteger ciertos bienes. Por ello, el legislador no se expresa siempre a través de reglas cerradas, que establecen mandatos de actuar en un determinado modo, sino que de manera cada vez más frecuente opta por mantenerse en el nivel aparentemente más abstracto de los principios, que apuntan no tanto a cursos de acción, sino a objetivos, estados de cosas y valores que se deben realizar o preservar. Pero incluso cuando la norma prescribe una acción concreta y perfectamente definida, lo hace en orden a la obtención de un fin socialmente relevante y valioso, y es, en consecuencia, a la luz de la consideración de dicho fin como adquiere todo su sentido la prescripción legal, y como pueden determinarse sus perfiles, sus límites, sus excepciones y, en general, todo cuanto atañe a su aplicación. Desde esta luz, aplicar el Derecho limitándose a la letra o al sistema conceptual plantea, además de no pocas dificultades de carácter técnico a las que no puedo aludir ahora, el inconveniente general de no tratar a la norma como lo que es, es decir, como el cauce a través del cual se expresan criterios de ordenación razonable de las relaciones humanas, establecidos por quienes tienen la legitimidad para adoptar decisiones de carácter general y comunitario.

Pero si esto es así, la flexibilización de la mentalidad en la aplicación del Derecho aboca entonces a la segunda de las notas del modo de razonar: la apertura a valores, tanto en el campo de las decisiones económicas, organizativas y empresariales, como en el campo de las jurídicas, y no sólo las legislativas, sino también las administrativas y las judiciales. A decir verdad, la faz oscura de la globalización consiste propiamente en un dato: el mismo sistema productivo capaz de generar riqueza genera simultáneamente exclusión social. El incremento de la riqueza no lleva aparejada una mejoría de las condiciones de vida de todos en el planeta globalizado. Por el contrario, las diferencias se hacen cada vez mayores, y la situación de muchos empeora por momento. Si el error no está en el sistema económico y productivo, necesariamente ha de ser causado por los actores del mismo. Dicho de otro modo, nuestra crisis de fin de milenio es esencialmente una crisis ética, y lo que se impone entonces es un real y profundo ajuste moral¹¹.

A mi modo de ver, ese ajuste moral comporta al menos lo siguiente. En primer lugar, exige superar la

autoconcepción del hombre contemporáneo como lobo estepario, y avanzar hacia formas culturales basadas en la solidaridad, lo cual no parece posible si no se recupera, en el ámbito de la moral personal, la idea de *humanitas*, o fraternidad. Ello habrá de repercutir directamente en el respeto y protección, no sólo de los más desfavorecidos en términos económicos, sino también de los grupos especialmente vulnerables que atraviesan toda la escala social: no-nacidos, ancianos, emigrantes y desplazados, discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos y mujeres. No deja de ser un sarcasmo que las primeras medidas económicas que se adoptan para frenar la inflación o controlar el gasto suelen dirigirse a la congelación de los salarios y pensiones, e incluso a su reducción en porcentajes altamente significativos en ocasiones. En segundo lugar, se debe abandonar la concepción de las relaciones entre el hombre y la naturaleza como dominio despótico, sustituyéndola por una voluntad que deje algún margen a la contemplación amorosa del universo natural y se traduzca en el respeto a los dinamismos internos del sistema ecológico como actitud primaria, compatible con seguir habitando y cultivando el universo natural, pero con explotarlo de cualquier modo. En tercer lugar, debe superarse la concepción de la praxis socioeconómica en términos de consumo y pura acumulación de beneficios. Los costes salariales y sociales de las empresas constituyen, en rigor, parte de los beneficios que las mismas proporcionan, y como tales deberíamos acostumbrarnos a pensar en ellos. Y finalmente, debe procederse también a un ajuste en la mentalidad nacionalista o, más en general, particularista, que dificulta la solidaridad Norte-Sur, decisiva para superar la crisis con que hemos recibido el tercer milenio de nuestra era.

Esta apertura a valores, que debe ir desde la Política al Derecho, y desde la sociedad a la empresa, no debe, pues, limitarse, a la adopción acrítica de lo que nos llega a través del cine, la TV o la Internet. Por el contrario, si queremos evitar el malestar creciente que aqueja a las sociedades del Norte y la desintegración hacia la que parecen encaminarse decididamente, será preciso que hagamos nuestros algunos de sus patrones culturales, y que simultáneamente defendamos las señas de nuestra identidad, para evitar que nuestro mundo vital resulte colonizado por patrones extraños de conducta en los que nos será imposible reconocernos. Aquí sí resulta deseable, y posible, un auténtico proceso de convergencia.

11 Cfr. J. BALLESTEROS, "Los derechos de los nuevos pobres", en J. BALLESTEROS, (ED.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 137-143.

Lo que llevo dicho se puede resumir en la necesidad de humanizar nuestra concepción de las relaciones sociales y el Derecho. Es la hora de la inteligencia creativa, contrapeso necesario de una tecnología que degrada los contenidos de nuestro conocimiento a la condición de mera información, externa, abstracta y manipulable¹², y estimula el automatismo y la pérdida de sentido crítico en quienes trabajan con ella. Es también la hora de la filosofía, de un discurso sin más condicionantes que la experiencia vital y el diálogo racional, universalmente abierto¹³. Es el momento de los bienes humanos universales, que fundan a su vez unos derechos humanos universales¹⁴ obtenidos prudencialmente a partir de ellos, constituyendo por ello la expresión de las exigencias de la dignidad y el respeto debido a toda persona. Es la hora, en fin, de adoptar una actitud

ecológica, respetuosa y protectora de las realidades que nos circundan: el medio natural, el medio social y el universo cultural que componen los referentes que marcan nuestra identidad.

Ese es, creo, el reto de nuestros días, no sólo para los dirigentes políticos, sino para todos y cada uno de los agentes sociales. Un reto que exige, ante todo, superar el *horror novi* que nace de una buena dosis de miedo y otra mayor aún de pereza, de rechazo al cambio, de inercia y de renuencia a recuperar el protagonismo de los ciudadanos y las ciudadanas en la conformación de su propio futuro. Si lo logramos, el progreso económico no se tornará en enemigo del auténtico progreso moral, y la globalización no nos habrá arrastrado hacia un futuro de exclusión y de fracaso colectivo. El futuro volverá a estar razonablemente en nuestras manos. ♦♦

12 Cfr. A. LIANO, "La otra cara de la globalización", en *Nuestro Tiempo* 562, abril de 2001, pp. 12 ss.

13 Cfr. O. HÖFFER, *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 179-180.

14 Cfr. *Ibidem*; y F. VIOLA, "Diritti umani. Universalismo, globalizzazione e multiculturalismo", en *Etica e metafisica dei diritti umani*, Turin, Giappichelli, 2000, pp. 175 ss.

DERECHO A LA INFORMACIÓN, DERECHO AL HONOR Y LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA*

HORACIO CASSINELLI MUÑOZ

Profesor de Derecho Público I, Universidad de la República.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Montevideo.

Según se ordenó la distribución del trabajo de esta jornada, el tema que me corresponde es el de explicar cuáles son las normas constitucionales uruguayas sobre el derecho al honor y la libertad de comunicación de pensamientos.

Uruguay es un país de Derecho escrito, perteneciente al grupo romanogermánico al que los juristas del grupo de la *common law* denominan '*civil law*'. Para analizar desde el punto de vista del Derecho uruguayo las cuestiones planteadas en el esquema del Prof. ISSACHAROFF, partimos del examen de los textos constitucionales.

En la Constitución uruguayana aparece un artículo específicamente destinado a regular la comunicación de pensamientos, el art. 29, pero dicho artículo no está aislado sino que está incluido dentro de una sección (DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS), que comienza con el art. 7 —donde se menciona el honor como uno de los bienes humanos fundamentales y se consagra el derecho a ser protegido en el goce del honor— y termina con el art. 72, en el cual se declara el carácter no taxativo de la enunciación de derechos, deberes y garantías que hace la Constitución, y se reafirma la existencia de otros derechos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

Evidentemente, la lectura de este art. 72 nos está llevando, en el caso del tema de estas reuniones, a señalar como una verdad intuitiva que el derecho al honor es un derecho inherente a la personalidad humana. No se concibe una persona humana que no tenga derecho al honor. Y en cuanto a la otra vertiente, la de los derechos derivados de la forma republicana de gobierno, siempre se ha señalado que una fluida manifestación de la libertad de comunicación de

pensamientos es un supuesto necesario para que funcione la forma republicana de gobierno, es decir, aquella en la cual los gobernantes no tienen un derecho propio a gobernar sino que cumplen una misión derivada de la voluntad popular.

De esa manera, podemos decir que la Constitución uruguayana encuadra la cuestión que motivó estas reuniones en un sistema coherente.

Vamos a describir someramente la regulación constitucional de estos derechos y luego —cuando sea oportuno en el debate— precisaremos las dudas o discrepancias que pueda haber sobre su interpretación.

Empezamos con la lectura analítica del artículo específicamente referido a la comunicación de pensamientos.

El art. 29 comienza diciendo que "Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos". Es el único caso en que el texto de la Constitución califica a una libertad de «entera». Ese adverbio, 'enteramente', agregado al adjetivo 'libre', subraya el valor que tiene para nuestra Constitución la libertad de comunicación de pensamientos. Es la solución de principio y en caso de duda o de conflicto tiene un argumento a su favor que es esa calificación de "enteramente libre" que se adosa a la comunicación de pensamientos.

En segundo lugar cabe señalar que nuestro texto del art. 29 no se limita a la prensa, como ocurre en otros ordenamientos constitucionales, de modo que no es necesario hacer un trabajo de extensión analógica para entender que están amparadas por esta disposición formas de transmitir el pensamiento distintas de la prensa. Es más, el texto constitucional uruguayo no sólo extiende el reconocimiento de esta libertad a medios distintos de la prensa hoy existentes, sino que

* Texto de la conferencia dictada en el marco de las Jornadas sobre Libertad de Prensa el 3 de mayo de 2001, organizadas por la Embajada de los Estados Unidos de América y la Universidad de Montevideo.

utiliza una fórmula abstracta que permite encuadrar en la previsión constitucional a los futuros medios de comunicación que puedan irse creando, cosa que en este momento histórico tiene una importancia notable en virtud de los progresos de la tecnología de las comunicaciones.

En tercer lugar, el artículo uruguayo no se limita a la libertad de expresión del pensamiento sino que habla de la libertad de comunicación de pensamientos. Comunicar significa hacer común, es decir que lo que era de quien expresa su pensamiento pasa a ser también de quien lo recibe. Al hablar de "comunicación" de pensamientos, no solamente de "expresión", la Constitución uruguaya está protegiendo a los dos polos de la relación comunicativa: a quien expresa y a quien recibe el pensamiento comunicado. Eso muestra que para la Constitución uruguaya se valoran de la misma jerarquía tanto la libertad de expresión como la de recepción de pensamientos. Y el que expresa el pensamiento, el que ejerce la libertad de expresión lo hace con un alcance que llega hasta la comunicación al otro, de manera que se viola su libertad si no se permite o se obstaculiza el acceso de sus pensamientos al destinatario. No solamente se viola el derecho del destinatario a recibir el pensamiento, sino un derecho del que lo expresa a que su expresión llegue al destinatario. Esto tiene especial importancia en cuanto —además de lo que acabo de decir—, se prohíbe la censura previa.

La Constitución uruguaya reconoce la existencia de límites a la libertad de comunicación de pensamientos. Es enteramente libre, dice el art. 29, pero luego refiere el mismo artículo a la responsabilidad en que puede incurrirse por abuso de esta libertad. De modo que la Constitución no consagra un superderecho no limitable por otros derechos, sino que consagra un derecho sujeto a una responsabilidad por el abuso. Decir "responsabilidad por el abuso" implica que hay limitaciones a esta libertad. El abuso consiste en el traspasar esas limitaciones y entrar en un comportamiento ilícito aunque aparentemente fuese un ejercicio de la libertad, es decir puede haber comunicación de pensamientos ilícita por exceso respecto de los límites admitidos por la Constitución. Estos límites adquieren así una importancia fundamental, y aquí ya pasamos del derecho a sus garantías.

¿Cómo se garantiza que no se fijarán límites excesivos a la libertad de expresión de pensamientos? La Constitución uruguaya consagra dos garantías:

- una garantía formal, la de que la responsabilidad por abuso en la comunicación de pensamientos únicamente podrá hacerse "con arreglo a la ley", es decir que debe haber una ley formal en la que se base la responsabilidad que se quiere hacer valer imputándole al responsable haber incurrido en un abuso; pero esta garantía formal no es la única, además hay
- una garantía sustancial, la de que esa prohibición o limitación de la libertad solamente es válida en la medida en que lo prohibido o lo limitado sea un abuso. No se trata de que con forma de ley el Estado pueda limitar este derecho de acuerdo a criterios políticos del momento, sino que solamente puede prohibir aquellas comunicaciones de pensamientos que configuren casos de abuso en el sentido natural y obvio de la palabra.

Tradicionalmente, uno de los casos de abuso que se admite es el caso de que la transmisión de pensamientos lesione el honor de otra persona. De modo que la ley formal (sancionada por el Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, o adoptada por el Cuerpo Electoral en ejercicio directo de la soberanía de la Nación) podrá tipificar casos en los cuales la lesión del derecho al honor constituya un abuso de la libertad de comunicación de pensamientos y por consiguiente pueda generar responsabilidad. Dicha responsabilidad incumbe, según el texto del art. 29, al "autor" y, en su caso, al "impresor o emisor".

Como la imputación de responsabilidad por abuso de la comunicación de pensamientos, a cargo de órganos del Estado que juzguen a los autores, impresores o emisores de pensamientos, es esencialmente peligrosa para la efectividad de los derechos humanos y de la democracia —como lo demuestra la Historia—, la Constitución uruguaya agrega, en el mismo art. 29, otra garantía adicional: la de que el control de si una expresión de pensamientos es abusiva, debe hacerse con posterioridad a la consumación de la comunicación. No se puede obtener una medida cautelar que prohíba la comunicación de pensamientos. La labor preventiva del Derecho no admite otra modalidad que el efecto disuasivo de la amenaza de sanción y no puede impedirse el abuso por medios preventivos. Esto resulta del texto del art. 29, que dice que esa libertad se ejerce "sin necesidad de previa censura", quedando responsables el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren. Hay por consiguiente dos etapas; en la primera el Estado debe abstenerse de toda medida preventiva y debe tolerar la comunicación, sin tomar en cuenta si ella puede configurar la comisión de un abuso. En esa etapa el efecto de la limitación funciona como amenaza de sanción ulterior. Pero, si ese efecto disuasivo no se produ-

jere, si la persona que quiere comunicar un pensamiento decide afrontar su responsabilidad y hacerlo, el Estado no puede valorar de antemano si se tipificaría un caso de abuso y tomar una medida cautelar impidiendo que se consuma la comunicación de pensamiento. ¿Por qué para este caso se ha adoptado esta solución? La explicación está también en la experiencia histórica. La experiencia histórica nos demuestra que el Estado cuando se ha arrogado la posibilidad de controlar preventivamente el contenido de una comunicación de pensamientos, siempre ha terminado por abusar el Estado —no el comunicador— porque es muy fuerte la tentación de acallar las opiniones contrarias u ocultar los datos que puedan perjudicar la imagen del gobernante.

De esta manera, el Estado controla los límites legales al ejercicio de la libertad de comunicación de pensamientos, solamente después de que se hizo la comunicación, y aquí insisto en que dice "comunicación" y no "expresión", es decir que el Estado debe tolerar que la comunicación llegue hasta sus destinatarios y si eso constituyó un delito, un abuso, el que hizo la comunicación deberá ser sancionado. Pero, quien quisiera cometer un abuso pudo "salirse con la suya", darse el gusto de hacer la comunicación que quería hacer, si estuviera dispuesto a afrontar la responsabilidad ulterior pertinente. Es, evidentemente, un riesgo asumido conscientemente por la Nación uruguaya al consagrar en la Constitución un sistema en el cual está vedada la censura previa y en el cual está garantida la posibilidad fáctica de cometer abusos bajo responsabilidad ulterior. La historia uruguaya muestra que este sistema contiene peligros, produce lesiones a derechos, pero que ha dado en general un balance favorable. Es decir, no han ocurrido horrores bajo este régimen, como han ocurrido bajo los sistemas de censura previa. En el caso de Uruguay, además, hay una tradición especialmente importante en este tema desde la primera presidencia constitucional de la República. Y desde el año 1967 la Constitución uruguaya subraya la importancia que tiene para un régimen democrático la mayor fluidez en la comunicación de pensamientos y, sobre todo, la posibilidad de acceder a las distintas corrientes de pensamiento político, religioso, económico, etc. y favorecer así el debate público, especialmente por los ciudadanos y los electores no ciudadanos, acerca de los programas y las organizaciones de los partidos. Así, en el art. 77 ordinal 11º se establece la obligación de los partidos políticos de dar la más amplia difusión a sus cartas orgánicas y programas de principios. Esto muestra la importancia que tiene para la Constitu-

ción uruguaya una comunicación de pensamientos ideológicos de toda índole. La libertad de constituir partidos con cualquier ideología y el deber del Estado de asegurarles la más amplia libertad, se complementa con el deber de cada partido de publicitar, de difundir, de divulgar cuál es su organización y cuál es su ideología, su programa de principios.

Como señalé, el art. 29 está ubicado en la Sección sobre derechos, deberes y garantías, que comienza con el art. 7 y culmina con el 72. El art. 7 dice que todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su honor (y de otros bienes jurídicos fundamentales, que son la vida, la libertad, la seguridad, el trabajo y la propiedad). Esos valores o bienes humanos están mencionados en la Constitución no como derechos sino como hechos. Hechos que son fuente de derechos. La vida que está siendo gozada por un habitante genera el derecho a ser protegido en su goce. El honor, estado inherente a un habitante, genera el derecho a ser protegido en el goce del honor, y así sucesivamente. Ese derecho a la protección en el goce, es independiente del derecho al goce. Esta aparente antinomia lógica de decir que yo tengo derecho a ser protegido en el goce de algo aunque yo no tenga derecho al goce de algo, no es una innovación ni una abstrusería tedesca, sino una herencia del Derecho romano que cuando creó los interdictos posesorios distinguió entre la protección en el goce de una propiedad poseída y el derecho de poseerla que pertenece al dueño de esa propiedad. La distinción entre el derecho de fondo y el derecho a ser protegido en el goce de una situación jurídica es aplicable también a los demás bienes jurídicos mencionados en el art. 7. Ese fundamento de las acciones posesorias no vale solamente para la propiedad, sino que también vale para las demás situaciones en las cuales alguien está gozando de uno de los otros bienes humanos mentados en el art. 7, independientemente de que tenga o no derecho. Para privarle de protección en el goce de los bienes humanos fundamentales, debe probarse que se han cumplido en el caso concreto, las formalidades y las condiciones de fondo que establezcan las leyes por razones de interés general. Esta disposición del art. 7 combinada con la del art. 29, nos agrega un requisito más para la tipificación de abusos. No solamente debe ser un abuso en el sentido natural y obvio, sino que su calificación legal como abuso debe estar fundada en razones de interés general. La calificación como abuso de determinada forma de comunicación de pensamientos sólo es legítima cuando existan razones de interés general para esa calificación, porque el art. 7 se suma a lo que

dice el art. 29 y la protección en el goce de la libertad de comunicación va a ser válida incluso cuando la comunicación sea abusiva. El derecho a ser protegido en el goce de la libertad de comunicación no depende de que la comunicación sea o no lícita. Por ejemplo, si se intenta interrumpir una comunicación de pensamientos por considerar que es abusiva, hay derecho a ser protegido en el goce de la libertad de comunicación de pensamientos, y en ejercicio de ese derecho de ser protegido en el goce de su libertad, el interesado podrá exigir que no se lleve a cabo aquella interrupción. La persona que quiere hacer esa comunicación hipotéticamente ilícita, tiene derecho a ser amparado invocando el art. 7 y podrá obtener una medida judicial que impida frenarle el goce de su libertad de comunicación del pensamiento, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior en que pudiere incurrir.

Ése es el esquema de las disposiciones sobre la materia en los textos de la Constitución uruguaya. Los problemas que derivan de estos textos en la práctica son fundamentalmente, como ya ha sido adelantado, los que ligan el derecho a ser protegido en el goce del honor, con el derecho a ser protegido en la comunicación de pensamientos. El tema es especialmente grave, pero la Constitución uruguaya fija como pauta para resolverlo, la de que la defensa del honor y la protección en el goce del honor no puede hacerse mediante medidas preventivas, solamente puede hacerse mediante medidas represivas, solamente cuando el abuso calificado por ley, y aplicado por el Poder

Judicial, da lugar a efectivizar la responsabilidad del abusador.

Queda sin embargo un amplio margen a la jurisprudencia y a la doctrina, porque las referencias al abuso constituyen conceptos jurídicos indeterminados. Tipificar un abuso, puede ser objeto de crítica, no solamente de una crítica política —diciendo que tal ley es demasiado severa, o que tal ley es demasiado leniente— sino también de crítica jurídica través de la interpretación del concepto de abuso. Si una ley declarara que determinada forma de comunicación de pensamientos es un abuso, podría plantearse su inconstitucionalidad sobre la base de que lo que se calificó como abuso, no es un abuso en el sentido natural de la palabra. La referencia al abuso no es un mero reenvío a la orientación política del Legislador, sino que es ante todo un reenvío al criterio interpretativo de los jueces. El Poder Judicial podrá declarar inconstitucional una ley que tipifique como abuso algo que no lo sea en el sentido natural y obvio de la expresión, interpretada además de acuerdo al contexto de la Constitución uruguaya, contexto favorable a la libertad, y especialmente favorable —enteramente, diríamos—, a la libertad de comunicación de pensamientos.

Creo haber cumplido con el encargo de explicar cómo es la Constitución uruguaya en este tema. Estoy dispuesto como siempre a responder preguntas o a entrar en debates, y mostrar mis ignorancias o mis convicciones acerca del tema en el Derecho constitucional uruguayo. ♦♦

LOS DOS ASPECTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

THE TWO SIDES OF FREEDOM OF EXPRESSION

SAMUEL ISSACHAROFF

Profesor de Derecho, Universidad de Columbia (NYC)

Toda sociedad que se precie de ser democrática debe permitir algún tipo de libertad de expresión. Los contornos exactos de la democracia son altamente debatidos, pero ciertas características centrales pueden ser consideradas como esenciales bajo cualquier definición significativa de soberanía popular. Entre estas características esenciales, se encuentran dos que conforman el tema de hoy. En primer lugar, toda sociedad denominada democrática debe reconocer de algún modo la autonomía individual y libertad respecto a la coerción estatal. En segundo término, toda sociedad de este tipo debe, asimismo, dar cabida a un mecanismo de pública participación en la elección de los gobernantes de la nación.

Estos dos temas de la libertad individual y soberanía popular se aúnan en la cuestión de la libertad de expresión. De hecho, si se nos permitiera un rápido análisis a alguna sociedad desconocida y tuviéramos que determinar si se trata de una sociedad democrática, o qué tan democrática es, probablemente tomaríamos a la libertad de expresión de que goza la ciudadanía como la más rápida y eficaz forma de medir tal grado de democracia. La libertad de expresión sirve como el elemento más simple para determinar mucho sobre la democracia y legitimidad de cualquier sociedad. Aunque no lo dice todo, dice mucho sobre tal sociedad.

Aunque el concepto de la libertad de expresión pueda parecer bastante simple, el tema de mi disertación en el día de hoy será que la libertad de expresión inherente a toda sociedad democrática, de hecho tiene dos funciones muy diferentes. La primera es proveer a los ciudadanos individuales de una zona de autonomía respecto a las incursiones del Estado. Este es el ámbito de los derechos, y es el área que el común de la población entiende conceptualmente como libertad de expresión. Pero el ámbito de la autonomía individual de ninguna manera agota el concepto de la libertad de expresión, y quizá ni siquiera

Some form of freedom of expression plays a role in every society claiming the mantle of democracy. The exact contours of democracy are much debated but certain central features may fairly well be postulated as essential under any meaningful definition of popular sovereignty. Among these critical features are two that are the subject today. First, any society claiming to be democratic must allow some recognition of individual autonomy and liberty from state coercion. Second, any such society must also allow for a mechanism of involved public participation in the selection of the nation's governors.

These two concerns, for individual liberty and for popular sovereignty, are both present in the discussion of freedom of expression. Indeed, if we were to be allowed only one quick measure of some unknown society and had to determine whether it was democratic, or how democratic it indeed was, we would probably look to the freedom of expression enjoyed by the citizenry as the easiest and quickest measure. Freedom of expression serves as the simplest proxy for determining much about the democracy and legitimacy of any society. It does not say everything, but it says a great deal.

As simple as the concept of freedom of expression might appear, however, my argument is that the freedom of expression that inheres in any democratic society actually fills two very different functions. The first is to provide individual citizens a zone of autonomy from state incursions. This is the rights domain, and this is the area that dominates in popular understandings of freedom of expression. But the domain of individual autonomy by no means exhausts the concerns of freedom of expression, nor perhaps does it capture its essential core. Just as critical is the conception of freedom of expression as a precondition for democrat-

* Texto de la conferencia dictada en el marco de las Jornadas sobre Libertad de Prensa el 3 de mayo de 2001, organizadas por la Embajada de los Estados Unidos de América y la Universidad de Montevideo. Traducción a cargo de la Dra. María Carolina Dobarro.

ra alcance a comprender su esencia. El segundo concepto se muestra así sumamente crítico, como una condición preexistente para un gobierno democrático. Este es el punto de vista instrumental. Se trata del factor que Hans Kelsen invoca como el corazón de un gobierno democrático, en sus propios términos: "La voluntad de una comunidad, en democracia, siempre se crea a través de la discusión entre una mayoría y una minoría...", o dicho en forma más "jugosa" por el Juez Brandeis, "En una democracia la discusión pública es una obligación política."

Los dos aspectos de la libertad de expresión se ponen de manifiesto cuando estamos tratando con un caso clásico de supresión de libertad de expresión por parte del Estado. La imagen del policía usando su bastón para reprimir un discurso disidente implica tanto el aspecto de los derechos individuales como también el lado instrumental de la ecuación. En los Estados Unidos, que probablemente posee el número más grande de doctrinas en cuanto a las garantías de la libertad de expresión establecidas en la Primer Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, es la cuestión de la resistencia a la coacción gubernamental sobre la libertad de expresión la que alimenta nuestras más emocionantes proclamas de libertad. Incluso en aquellos casos extremos en los cuales los ciudadanos resisten votos de lealtad al gobierno, o incluso hacen valer el derecho a quemar la bandera, o usar obscenidades para caracterizar la política gubernamental, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha invocado repetidamente que el principio de la libertad de expresión en estudio debe incluir el derecho a ostentar posiciones ofensivas y verdaderamente disidentes.

Por supuesto, la resistencia a la supresión del gobierno o coacción sobre la libertad de expresión es en sí mismo un tema arduo. El gobierno se expresa todo el tiempo a través de educadores en las escuelas públicas, a través de sus programas de ayuda al extranjero, y a través de presentaciones como ésta. Claramente, la prohibición de la coerción en las formas de expresión no prohíbe dichas decisiones. Pero aún así, tenemos una jerarquía de aspectos relevantes bastante bien desarrollada, que culmina cuando el gobierno actúa para recompensar o retardar el discurso según el punto de vista expresado.

Pero la libertad de expresión es un concepto mucho más difícil en una sociedad democrática avanzada que el simple interés sobre la coerción gubernamental directa. Hay muchas situaciones en las cuales se puede hacer un daño por una parte que no sea el Estado y en las cuales un ciudadano puede buscar la asistencia del Estado para que le sea permitido usar las libertades ofrecidas por la sociedad. Nos referimos a una tradición denominada "veto de quien interrumpe a un orador". Imaginemos a un ciudadano que se para en un lugar público para hablar sobre

ic governance. This is the instrumental side. This is the side that Hans Kelsen invokes as the core of democratic governance, in his terms: "The will of the community, in a democracy, is always created through a running discussion between majority and minority..." Or put more pithily by Justice Brandeis, "[In a democracy], public discussion is a political duty."

The two sides of freedom of expression come together neatly when we are dealing with a classic case of suppression of speech by the state. The image of the policeman using his nightstick to suppress dissident speech implicates both the individual rights side and the instrumental side of the equation. In the United States, which probably has the most elaborate set of doctrines addressing the guarantees of freedom of expression, through the First Amendment to the U.S. Constitution, it is the question of resistance to governmental compulsion in speech that provides our most stirring proclamations of liberty. Even in the extreme cases in which citizens resist oaths of loyalty to the government, or even assert the right to burn the flag, or use obscenity in characterizing government policies, the U.S. Supreme Court has repeatedly invoked the principle that the freedom at issue must include the right to offensive and truly dissident positions.

Of course, resistance to government suppression or compulsion of speech is in itself a difficult topic. The government speaks all the time through teachers in the public schools, through foreign aid programs, and through presentations such as this. Clearly, the prohibition on coerced speech does not prohibit any such decisions. But nonetheless, we have a suitably well developed hierarchy of concerns that culminate when government acts to reward or retard speech because of the viewpoint expressed.

But freedom of expression is a far more difficult concept in an advanced democratic society than simply the protection against direct governmental coercion. There are many situations in which injury may be perpetrated by a party other than the state and in which an individual citizen might seek assistance from the state in being allowed to enjoy the liberties of the society. One such tradition we refer to as the "heckler's veto." Imagine a citizen who stands up in a public place to speak on a matter of public concern. Imagine that a heckler or an opponent tries to silence the speaker. At this point the speaker will seek recourse in the same policeman who stood as the villain in the first example. Should the policeman silence the heckler, the same apparent violation of the heckler's rights will appear to result. But that is surely not the case. Rather, the state is here furthering the objective of pro-

un tema de interés público. Imaginemos que alguien interrumpe o que un oponente trata de silenciar al orador. En este momento, el orador puede buscar ayuda en el mismo policía que nos sirvió como villano en el primer ejemplo. Si el policía silenciara a quien lo está interrumpiendo, la misma aparente violación de los derechos de quien lo está interrumpiendo aparecería como resultado de su acción. Pero este no sería seguramente el caso. En su lugar, el Estado aparece aquí persiguiendo el objetivo de proveer un foro para el discurso público sobre materias de índole pública y la conducta coercitiva asegura, en lugar de frustrar, la libertad de expresión.

La dificultad observada en la situación estudiada es que el Estado está asumiendo el rol de mantener abierto el mercado de ideas mediante el uso de poderes coercitivos. Este no es un caso fácil en los Estados Unidos, bajo la órbita de la Primer Enmienda del Estado, buscando censurar o suprimir en mérito al contenido de las ideas de un orador disidente. ¿Cómo, entonces, podemos trazar la línea divisoria entre la coerción benevolente y la opresión contraria al espíritu de la libertad?

Esta es la verdadera cuestión planteada en la demanda contra La República. Por más que la prensa en Uruguay, como en los Estados Unidos, y como en todos los países democráticos busca presentarse exclusivamente como beneficiaria del derecho de autonomía en nombre de la libertad de expresión, la cuestión es más complicada. La reivindicación de derechos de la prensa sólo comprende la mitad del aspecto de la libertad. Claramente, el ámbito de derechos de la libertad de expresión opera poderosamente en el caso de la prensa. No deseamos que la prensa esté sujeta a restricciones previas, o censura o leyes de sedición. Pretendemos que la prensa sea una crítica vibrante del Estado y que goce de libertad y no sea objeto de persecución por ello. Queremos que los periodistas sean protegidos, no solamente de la persecución formal, sino también de la tiranía de la intimidación extra-legal, acoso, o ataque y asesinato. Nuestras experiencias colectivas nos demuestran que estos no son aspectos a desdenar.

Pero también sabemos que la difusión de información es aún más prevalente. La habilidad de regímenes represivos de silenciar la corriente de información, algo que tanto aterrizó a Sudamérica una generación atrás, está cada vez más comprometida. La prensa organizada es ahora uno de los medios de difusión de la información. La tecnología ha sido una gran ayuda en esta área.

Sin embargo, la razón por la que la reivindicación de derechos de la prensa debe ser evaluada críticamente, no responde simplemente a la tecnología. También debe prestarse atención a la privacidad o libertad de los individuos sujetos a escrutinio público no deseado. Y, más críticamente, debe prestarse atención a la cuestión de si la ac-

viding a forum for public discourse on matters of public concern and the coercive conduct furthers rather than frustrates freedom of expression.

The difficulty posed in the heckler's veto situation is that the state is assuming the role of keeping open the marketplace of ideas through the use of its coercive powers. This is far removed from the easy case in the U.S. of the state seeking to censor or suppress the ideas of a dissident speaker because of their content. How then do we draw the line between benevolent coercion and oppression contrary to the spirit of liberty?

This is ultimately the question posed in the suit against La República. For much as the press in Uruguay as in the U.S. and in all democratic countries seeks to present itself exclusively as the beneficiary of the right to autonomy in the name of freedom of expression, the question is more complicated. The rights claim of the press only captures half the liberty concern. Clearly, the rights domain of freedom of expression is strongly present in the case of the press. We do not want the press subject to prior restraints, censorship, or sedition laws. We want the press to be a vibrant critic of the State and to enjoy freedom from persecution for doing so. We want journalists to be protected not just from formal prosecution, but also from the tyranny of extra-legal intimidation, harassment, and outright assault and killing. Our collective experiences tell us that these are not small matters.

But we also know that the diffusion of information is ever more prevalent. The ability of repressive regimes to silence the flow of information, something that so terrorized South American a generation ago, is increasingly compromised. The organized press is now but one means for the diffusion of information. Technology has been a great gift in this area.

The reason that the rights claims of the press must be assessed critically is not simply one of technology, however. Attention must also be paid to the privacy or liberty of individuals subject to unwanted public scrutiny. And, more critically, we must ask whether the action of the press advances or retards the values of democratic self-governance. Here, the claims of defamation cannot be so lightly dismissed as interfering with the autonomy of the press. Under certain circumstances, the press may serve as the very loud heckler defeating rights held by others.

In this context, I will discuss the approach in the U.S. emanating from the rule of New York Times v. Sullivan. It is basically an approach that asks whether the subject matter is one of public concern for citi-

ción de la prensa hace avanzar o retroceder los valores del autogobierno democrático. Aquí, las demandas por difamación no pueden ser tan livianamente rechazadas en base a que interfieren con la autonomía de la prensa. Bajo ciertas circunstancias, la prensa puede servir como aquél que interrumpía los derechos defendidos por otros.

En este contexto, discutiré el enfoque que en los Estados Unidos ha emanado de la decisión en el caso *New York Times vs. Sullivan*. Se trata básicamente de un enfoque que cuestiona si la materia discutida es de interés público para los ciudadanos de una sociedad democrática, y en tal caso, garantiza a la prensa una forma de actuar mucho más libre, como ocurrió en la Corte Uruguaya en el caso de *La República*. Pero esta norma tendría relación con la legitimidad del interés público sobre materias concernientes al Presidente de Paraguay y no se extendería a individuos particulares que pudieran ser difamados. No es mi rol aquí comentar o brindar consejo sobre la elaboración de una ley uruguaya en tal sentido. Pero ofrezco estos comentarios sobre cómo éstas cuestiones pudieran resonar en el Derecho Americano, al cual la Suprema Corte de Justicia uruguaya utilizó como ejemplo de un tratamiento democrático a la prensa.

En la tradición del sistema de Derecho Anglosajón (Common Law), las Cortes juegan el rol principal en el desarrollo de la doctrina legal. La doctrina denominada *Stare Decisis* asegura que los precedentes tengan efectos vinculantes y aclaratorios, aunque decisiones previas pueden dejarse sin efecto cuando esto es lo apropiado. Muchas áreas del Derecho nunca han sido codificadas por las legislaturas americanas, sino que se han desarrollado únicamente mediante la serie de decisiones tomadas año tras año por las Cortes Federales y Estatales, desarrollando y adaptando el sistema de Derecho heredado del Common Law inglés. Entre éstas áreas están Contratos, Derecho de la Propiedad y Responsabilidad Extracontractual.

La difamación, como supuesto de responsabilidad extracontractual en el Derecho Anglosajón, ha evolucionado en la misma forma a lo largo de los años. Históricamente, el elemento esencial fue la falsa representación del individuo, y se trataba de una ofensa estricta, cuya única defensa posible era sustener que la supuesta difamación era en realidad cierta. Los actores no necesitaban probar que había daño, el solo hecho de probar daño a la reputación era suficiente base para determinar el derecho a la compensación. Como se consideraba que la calumnia estaba más allá del plano de la protección legal a la expresión, podía ser regulada por los Estados con impunidad. La asunción era que la Primera Enmienda no garantizaba el derecho a un discurso falso, y por tanto los derechos del actor agraviado eran supremos. Como resultado, se desarrolló un robusto cuerpo de leyes en el

zens of a democratic society, and if so, grants the press a much freer hand — as did the Uruguayan Court in the La República case. But tis rule would turn on the legitimacy of the public concern over matters concerning the President of Paraguay and would not extend to private individuals who might be defamed. I do not see my role here to comment or advise on the development of Uruguayan law as such. But I offer these comments on how the issues would resonate in American law, to which the Uruguayan Supreme Court looked as an example of democratic treatment of the press.

In the American common law tradition, courts play the prominent role in fashioning legal doctrine. The doctrine of stare decisis ensures that precedent is given binding and explanatory effect, though previous decisions can be overruled when appropriate. Many fields of law have never been codified by American legislatures but have been developed solely by the series of decisions handed down over the years by state and federal courts, building on and adapting the inherited English common law. Among these fields are contract, property, and tort law.

As a common law tort, defamation law has evolved in the same way over the years. Historically, the critical element of the tort was the false depiction of an individual, and it was a strict liability offense, with the only available defense being that the alleged defamation was in fact true. Plaintiffs did not need to prove actual damages; proving harm to reputation was sufficient as a basis for compensation. As libel was considered to be beneath the plane of protected speech, it could therefore be regulated by the States with impunity. The assumption was that the First Amendment did not grant a right of false speech, so that the rights of the injured plaintiff were paramount. As a result, a robust body of law developed where the presumptions lay heavily in favor of the plaintiff. While a few states allowed exemptions for good faith errors on matters of public concern, for the most part the press had little protection from suit.

The New York Times case grew out of the civil rights activism of the 1950s and 60s. On March 29, 1960, the New York Times, most likely the most important newspaper in the United States, published an "editorial" advertisement paid for by the "Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South," which called on readers to help with the struggle against the forces of segregation in the South. The ad described the "unprecedented wave of terror" faced by civil rights demonstrators throughout the South, and included a number of statements about the role of the Montgomery, Alabama,

cual las presunciones estaban fuertemente a favor del actor. Mientras que algunos Estados permitían ciertas exenciones en casos de errores de buena fe en materias de interés público, en la mayoría de los casos la prensa gozaba de poca protección ante una demanda.

El caso del *New York Times* nació del activismo por los derechos civiles de los años 50 y 60. El 29 de marzo de 1960, el *New York Times*, probablemente el periódico más importante de los Estados Unidos, publicó una página editorial paga por el "Comité para la Defensa de Martin Luther King y la Lucha por la Libertad en el Sur", que llamaba a los lectores a ayudar en la lucha contra las fuerzas segregacionistas en el Sur. El anuncio describía la ola de terror sin precedentes soportada por manifestantes pro derechos civiles en el Sur, e incluía algunos comentarios sobre el rol de la fuerza policial de Montgomery, Alabama, contra la manifestación. Aunque no era mencionado en dicho artículo, Sullivan, como Jefe de la fuerza policial de Montgomery, reclamó que dichas puntualizaciones, las cuales contenían algunos errores fácticos menores, como por ejemplo, que la policía había rodeado a los manifestantes, o simplemente procedieron en masa, lo afectaban en forma negativa. A pesar del hecho de que únicamente treinta y cinco copias del *New York Times* habían sido vendidas en el área alrededor de Montgomery, y de que la noticia seguramente solo hubiera tenido un impacto beneficioso en la reputación de Sullivan entre sus seguidores, un jurado falló a su favor y le otorgó US\$ 500.000, veredicto sostenido también por la Suprema Corte estatal. Esto claramente era consecuencia del estado de la ley de difamación en aquella época. A pesar del hecho de que el jurado de todas formas habría fallado a su favor aunque otra fuera la ley, la Corte no tuvo que distorsionar la ley de difamación para llegar a un veredicto, las doctrinas que se aplicaron en el caso eran la opinión más recibida.

La Suprema Corte entonces debía determinar si la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda también protegía la expresión en una base diferente a la defensa de la verdad tan estrechamente protegida por el sistema del Common Law. De hecho, la crítica cuestión constitucional era determinar si la Constitución brindaba una zona de protección para las actividades de la prensa en la cual se otorgaba el derecho a errar en la búsqueda de una investigación orientada públicamente. Como el Juez Brennan manifestara, la Corte tuvo que decidir "el alcance que tienen las protecciones constitucionales sobre la libertad de expresión y la prensa que limitan el poder del Estado de otorgar compensación por daños en una acción de difamación entablada por un oficial público contra críticos de su conducta oficial". Debe notarse la advertencia en esta posición: estamos tratando solo con situaciones en las cuales una demanda es entablada por un oficial público

police force in countering the demonstration. Though he was not named in the ad, Sullivan claimed that, as chief of the Montgomery police force, the assertions, which contained a few minor factual errors, such as whether the police surrounded demonstrators or simply marshaled them en masse, reflected negatively on him. Despite the fact that only thirty-five copies of the *New York Times* were sold in the area surrounding Montgomery, and that the news doubtlessly would have only had a beneficial impact on Sullivan's reputation among his core constituents anyway, a jury held in his favor and awarded him \$500,000, a verdict upheld by the state Supreme Court. This clearly was in keeping with the state of defamation law at the time. Despite the fact that the jury likely would have found for him whatever the law, the court did not have to distort defamation law to reach the verdict; the doctrines applied in the case were in the mainstream.

The Supreme Court thus had to determine whether the freedom of speech guaranteed by the First Amendment also protected speech on a basis other than the narrow common law defense of truth. Indeed, the critical constitutional question was whether there would be a zone of protection for the activities of the press in which the constitution protected a right to err in the pursuit of a publicly-oriented inquiry. As Justice Brennan defined the question posed, the Court had to decide "the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct." Notice the caveats in Justice Brennan's framing: we are dealing only with situations when suit is brought by a public official against critics of his official conduct, not anything in his private life, or anything involving private individuals.

Justice Brennan set the First Amendment on much stronger footing opposite the defamation tort. "The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with 'actual malice' - that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not." This is in part, because of "the profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials." In effect, the Court firmly adopted the instrumentalist conception of the First Amendment, basing the decision both

contra críticas a su conducta oficial, no sobre su vida privada, o nada que atañe a individuos particulares.

El Juez Brennan sentó las bases de la Primer Enmienda en una posición más firme respecto a la difamación. "Las garantías constitucionales requieren, pensamos, una regla federal que prohíba a un oficial público resarcirse de los daños por falsedad difamatoria relacionada con su conducta oficial a menos que pueda probar que la afirmación fue hecha con verdadera malicia, esto es, con conocimiento de que era falso o con imprudente inobservancia sobre si era falso o no". Ello es así en parte, por "el profundo compromiso nacional al principio de que el debate en materias públicas debe ser desinhibido, robusto, abierto, y que puede incluir vehementes, y a veces desagradables y agudos ataques al gobierno y a los funcionarios públicos." En efecto, la Corte finalmente adoptó a concepción instrumentalista de la Primer Enmienda, basando la decisión tanto en una línea de casos que reconocían la necesidad de un "espacio abierto" para la expresión, tanto como la importancia de permitir un debate público vigoroso.

Para comprender la importancia de este caso, se hace necesaria una serie de interpretaciones. Debemos determinar quién es una figura pública, qué tipo de discurso es considerado difamatorio, y qué se necesita para demostrar la malicia. Con respecto a la primera cuestión, la Corte ha adoptado lo que parece ser la asunción del riesgo, razonando que aquellos que voluntariamente se envuelven en la esfera pública y reciben los beneficios de dicha publicidad, deben soportar tanto lo bueno como lo malo que de ello deriva. Es casi como una teoría del mundo dual, con aquellos que se encuentran en el mundo público abiertos a la crítica desde todos los ángulos, mientras que aquellos que se encuentran en la esfera privada se mantienen seguros mediante el escudo de la difamación como supuesto de responsabilidad. En cuanto a la difamación, la Corte la ha definido como una aseveración con "implicaciones fácticas probablemente falsas", aunque dicha definición es en sí misma poco clara. Finalmente, la malicia se entiende referir a situaciones en las cuales el demandado sabía que dicha aseveración era falsa o actuó con imprudente inobservancia sobre su veracidad, un parámetro significativamente más importante que el de mera negligencia.

Podríamos preguntarnos por qué debería haber una diferencia en el tratamiento de las figuras públicas. Si el reclamo de la prensa concerniente a la Primera Enmienda se basa en su derecho constitucional a la libertad de expresión sobre la capacidad del Estado a imponer sanciones por daños, ¿no debería prohibírsele al Estado la imposición de tales condenas sin importar el sujeto del supuesto acto difamatorio? En el análisis de esta cuestión,

on a line of cases recognizing the need for "breathing space" for speech, as well as the importance of allowing for vigorous public debate.

To understand the import of *New York Times*, a series of interpretive moves must be made. We must determine who is a public figure, what speech is considered defamatory, and what is needed to demonstrate malice. With regard to the first question, the court has adopted what seems like an assumption of risk argument, reasoning that those who voluntarily interject themselves into the public sphere and receive the benefits of that publicity must take the bad along with the good. It is almost a dual-world theory, with those in the public world open for criticism from all sides, while those in the private world remain safely ensconced behind the shield of the defamation tort. As for defamation, the Court has defined it as a statement with undisputed "probably false factual implications," though that definition is itself unclear. Finally, malice has been taken to refer to situations where the defendant knew the statement was false or acted with reckless disregard as to its veracity, a standard significantly higher than simple negligence.

We might ask here: why should there be a difference in the treatment of public figures? If the press' First Amendment claim is based on its constitutional right of freedom of speech trumping the ability of the state to impose damages, shouldn't the state be prohibited from imposing such damages regardless of the subject of the allegedly libelous account? In analyzing this question, we must keep in mind that the Court's answer in *New York Times* is specifically premised on the constitutional protection given to "defamatory falsehoods," where the statement is in fact false. Thus, the limitation of the First Amendment protection against defamation damages given the press must result not from a rights-based conception on the nature of the First Amendment, but from an instrumentalist conception. Specifically, it can only be understood as a protection for the right of the press to err on matters that are deemed of consequence for the democratic process to acquire information, or what ends up in practice as protection at the margin for aggressive and even obnoxious journalism. This conception responds to the puzzle posed by defamation law, as it attempts to evaluate a collision between two rights claims; the freedom of speech of the press versus the personal integrity and good name of the wronged individual. Adding the instrumentalist conception in the public figure context pushes the press claim over the top.

This doctrine then, reflects not a recognition of autonomy of the press but of its indispensable impor-

debemos recordar que la respuesta de la Corte en el caso del New York Times tiene su premisa en la protección constitucional dada a la "falsedad difamatoria", en la cual la aseveración es de hecho falsa. Por tanto, la limitación de la protección de la Primera Enmienda contra los daños difamatorios debe resultar no de la concepción de la Primera Enmienda basada en su naturaleza, sino de una concepción instrumentalista. Específicamente, sólo puede ser entendida como la protección del derecho de la prensa a errar en materias que son consideradas trascendentes para el proceso democrático de adquirir información, o lo que culmina en la práctica, como un modo marginal de protección al periodismo agresivo e incluso repugnante. Esta concepción responde al rompecabezas de la ley de difamación, en la medida en que intenta evaluar la colisión entre dos derechos; la libertad de expresión de la prensa versus la integridad personal y buen nombre del individuo difamado. Añadir la concepción instrumentalista en el contexto de la figura pública lleva el reclamo de la prensa a su máximo nivel.

Esta doctrina, entonces, refleja no el reconocimiento de la autonomía de la prensa sino su importancia indispensable en el dominio del gobierno democrático. La Corte uruguaya en el caso de La República trató el problema en modo similar, manifestando que "este derecho, más que individual, es un derecho cívico que tiende a obtener la formación de la opinión pública, sin la que no sería posible convivir democráticamente." En el contexto uruguayo la Corte enfatizó lo crucial de la libertad de prensa en cuanto al mantenimiento de una democracia fuerte. "La libertad de prensa es en realidad un derecho fundamental que forma parte del general derecho de libertad de expresión de opinión, y es también una garantía institucional del orden estatal libre y democrático".

Esta doctrina tan fuerte de la libertad de prensa ha demostrado ser la fuente de mucha dificultad, como en casos en que la prensa reclama un interés público en materias concernientes más a figuras privadas que a públicas. La difícil distinción entre la expresión de prensa protegida y la no protegida refleja el hecho de que la regla del New York Times no puede ser aplicada en forma completa a causa de nuestra preocupación por los derechos dignatarios de individuos particulares. Últimamente, la doctrina evolucionó en el sentido de sostener que un individuo no inmerso en la esfera pública mantiene un interés en su reputación que no puede ser desestimado por el rol funcional de la prensa. Por ejemplo, en 1967, tres años después que el caso de Sullivan, la Corte ventiló el caso Time versus Hill, relativo a una familia llevada a la luz pública como resultado de un asalto en su casa. Un jurado concedió resarcimiento por daños basado en una ley estatal de Nueva York cuyo propósito era proteger a la

tance in the domain of democratic governance. The Uruguayan Court in *La República* approached the problem similarly, pointing out that, "[t]his right, [of freedom of the press] more than just an individual right, is a civic right that is necessary for shaping public opinion, without which democracy cannot be maintained." (Este derecho, más que individual es un derecho cívico que tiende a obtener la formación de la opinión pública, sin la que no sería posible convivir democráticamente). In the Uruguayan context, the Court went out of its way to emphasize the cruciality of freedom of the press in maintaining a strong democracy. "The freedom of the press is truly a fundamental right which forms part of the general right of freedom of expression, and is also an institutional guarantee of the state's enshrinement of freedom and democracy." (La libertad de prensa es en realidad un derecho fundamental que forma parte del general derecho de libertad de expresión de opinión y es también una garantía institucional del orden estatal libre y democrático.)

This strong doctrine of freedom of the press has proven to be the source of much difficulty, as in cases where the press claims a public interest in matters pertaining to private rather than public figures. The uneasy line between protected and unprotected press speech reflects the fact that the full New York Times rule cannot apply because of our concern for the dignitary rights of private individuals. Ultimately, the doctrine evolved to hold that an individual not in the public sphere maintains an interest in her reputation which the functional role of the press does not override. For example, in 1967, three years after Sullivan, the Court heard *Time v. Hill*, in which a family was dragged into the public limelight as a result of an assault on their home. A jury awarded damages based on a New York state law which was construed to protect the press when published statements about newsworthy events were true, but not when the reports were "fictitious." The Court ruled that erroneous statements are inevitable in the reporting of newsworthy events, and that if the errors are innocent or merely negligent, they are still protected, as to rule otherwise would seriously impair the press and limit the breathing room granted by New York Times. However, seven years later, in *Gertz v. Robert Welch*, where a civil rights lawyer was subjected to rather scurrilous attacks by a right-wing magazine, the Court stepped back from granting the press freedoms at the expense of individuals, and ruled that because private individuals have less effective opportunities for rebuttal than do public figures, and because they have not voluntarily exposed them-

prensa en caso en que aseveraciones publicadas sobre determinados eventos fueran ciertas, pero no cuando los reportes fueren "ficticios." La Corte sostuvo que las aseveraciones erróneas eran inevitables al reportar noticias, y si los errores eran inocentes o meramente negligentes, podían ser protegidos. En caso contrario se estaría perjudicando a la prensa y limitando el campo de accionar garantizado en el caso del New York Times. Sin embargo, siete años más tarde, en el caso Gertz versus Robert Welch, en el cual un abogado especializado en Derecho Civil fue sujeto de ataques bastante calumniosos por parte de una revista derechista, la Corte no mantuvo la posición de garantizar la libertad de prensa a expensas de los individuos, y sentenció que a raíz de que los individuos particulares tienen menos oportunidades efectivas para refutar lo dicho en su contra que las figuras públicas, y porque no se han expuesto voluntariamente a un riesgo mayor, son tanto más vulnerables y más merecedores de la reparación. La Corte utilizó la concepción instrumentalista de la Primer Enmienda en sentenciar que extender la regla de difamación del New York Times contra individuos particulares llevaría el interés del Estado en la protección de los derechos de los individuos a un grado inaceptable.

La cuestión entonces se centra en si los individuos han sacrificado su privacidad por "arremeter al frente de determinadas controversias públicas. En este caso, han asumido "un rol influyente en el orden social" y viven bajo la regla del New York Times. O, como lo vio la Corte en el caso de la República, ellos han creado un interés social objetivo en la información, y la información sobre ellos se ha vuelto información que puede afectar los intereses sociales de los otros y resultar en la formación de la opinión pública. Por el contrario, el individuo "no ha renunciado parte de su interés en la protección de su propio buen nombre" y la prensa es considerada responsable bajo los estándares normales de la ley de difamación.

El resultado de todo esto ha sido un compromiso significativo de la difamación como presupuesto de responsabilidad extracontractual porque el riesgo de la difusión de la información en la sociedad es tan grande; un resultado que es por lo menos parcialmente reflejo del poder institucional de la prensa en los Estados Unidos. Un reciente estudio investigó los litigios en casos de difamación desde el caso Sullivan y concluyó que el régimen del New York Times ha "eviscerado" la ley de difamación al punto de no ser amenaza a los derechos de la prensa emanados de la Primer Enmienda, y resulta en menos demandas y aún menos victorias para los actores. Ex-

... selves to increased risk, they are both more vulnerable and more deserving of recovery. The Court espoused the instrumentalist conception of the First Amendment in ruling that extending the New York Times standard to defamation against private individuals as well would abridge the state interest in protecting the rights of individuals to an unacceptable degree.

The question thus becomes whether individuals have sacrificed their privacy by "thrust[ing] themselves to the forefront of particular public controversies." If so, they have assumed "an influential role in ordering society" and live under the New York Times rule. Or, as the La República court saw it, they have created an objective social interest in the information, and information about them has become information which can affect others' social interests and result in the formation of public opinion. If not, however, an individual "has relinquished no part of his interest in the protection of his own good name" and the press is held accountable under the normal standards of defamation law.

The result of all this has been a significant compromise of the defamation tort because the risk to diffusion of information in society is too great, a result which is at least partially reflective of the institutional power of the press in the United States. A recent study surveyed litigation of libel claims since Sullivan and concluded that the New York Times regime has "eviscerated" libel law to the point that it poses no threat to the First Amendment rights of the media and results in fewer lawsuits and even fewer victories for plaintiffs. Experts in this area of law widely conclude that in the inevitable tension between First Amendment absolutists and balancers, the absolutists are winning. The Court has been anxious to protect the area of public debate, thus giving very weak rights to individuals. Our freedom of the press, then, comes at a cost.

Conclusion

Bad and irresponsible journalism is the price we pay for the vigilance and discourse necessary to a democratic society. As James Madison said more than two hundred years ago, "Some degree of abuse is inseparable from the proper use of every thing; and in no instance is this more true than in that of the press." A free press is an invaluable asset in a democratic society, but such a press can also be a destructive institutional actor. The trick is to protect the press overwhelmingly in the domain of the public yet to resist its inroads into the private sphere. That is a delicate balancing act for all societies. In the U.S., it has taken

peritos en esta área del Derecho concluyen que en la inevitable tensión entre los absolutistas de la Primera Enmienda y los balanceadores, ganan los absolutistas. La Corte se ha demostrado ansiosa de proteger el área del debate público, concediendo, por tanto, derechos muy débiles a los individuos. Nuestra libertad de prensa, entonces, tiene un costo.

Conclusión

El periodismo malo e irresponsable es el precio que pagamos por la vigilancia y discurso necesario en una sociedad democrática. Como dijo James Madison hace más de doscientos años: "Algún grado de abuso es inseparable del buen uso que se haga de toda cosa; y en ningún caso esto se aplica mejor que en el caso de la prensa". Una prensa libre es una ventaja invaluable en una sociedad democrática, pero tal prensa puede ser asimismo un actor institucional destructivo. La clave consiste en proteger la prensa de modo arrollador en el ámbito de lo público, y al mismo tiempo resistir sus incursiones en la esfera privada. Se trata de un balance delicado para toda sociedad. En los Estados Unidos ha tomado la forma de niveles extraordinarios de protección para el rol público de la prensa. Aunque ello pueda aparecer como un derecho de la prensa, se trata realmente de un derecho que pertenece a la ciudadanía en una sociedad democrática. Como tal, debe ser protegido y apreciado, aún cuando su aplicación en la práctica en ocasiones nos asombre. ♦♦

the form of extraordinary levels of protection for the public role of the press. Although this may appear to be a right of the press, it is really a right that belongs to the citizenry in a democratic society. As such, it must be protected and cherished, even if its applications at times leave us aghast. ♦♦

LOS CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO AL HONOR EN EL DERECHO COMPARADO*

EDUARDO ESTEVA

Profesor de Derecho Constitucional y

Decano de la Facultad de Derecho, Instituto Universitario de Maldonado y Punta del Este.

I. PRECISIONES

I. El título de mi exposición trata los conflictos entre el derecho a la información y el derecho al honor en el Derecho comparado.

Dicho enunciado —que procuraré desarrollar en sus líneas más generales dentro del límite temporal de que dispongo—, me conduce a formular tres precisiones.

- 1.1. La primera refiere a que mi opinión doctrinal dista de aceptar la concepción que admite como posibles los conflictos entre los derechos fundamentales, sean los mencionados u otros.
- 1.2. La segunda se relaciona con que el análisis que presentaré no se ceñirá al "derecho a la información", sino que será comprensivo de las libertades de expresión de los pensamientos, de comunicación de los pensamientos y de información, así como de todos los derechos comprendidos en las referidas libertades. Por otra parte, tampoco referirá exclusivamente al "derecho al honor", sino que incluye los derechos a la intimidad, a la vida privada y a la honra¹.
- 1.3. La tercera precisión es que, en esta oportunidad, asignaré a la expresión Derecho "comparado" un alcance notoriamente más amplio —si se quiere, científicamente impreciso—, que el correspondiente a su pristina significación técnico jurídica.

En efecto, sólo me referiré a aspectos doctrinales, ju-

risprudenciales y a ejemplos de Derecho positivo "extranjeros", para intentar obtener algunas conclusiones comparativas.

II. FUNDAMENTO DEL PLAN EXPOSITIVO

2. En abril de 2000 en un Seminario Internacional realizado en Chile² y en agosto próximo pasado en Uruguay³, he realizado exposiciones sobre temas con enunciados análogos a éste.

Como corresponde al recto ejercicio de la actividad académica, he tratado de profundizar sin preconceptos en el análisis del tema —que contaba con desarrollos de valía en la doctrina vernácula, a partir de la sugerente contribución de DURÁN MARTÍNEZ⁴ y de consideraciones puntuales de Miguel A. SEMINO y de Héctor Gros Espiell— y a partir de aportaciones doctrinales extranjeras posteriores —o que conocí posteriormente— elaboré el plan expositivo.

Entre las principales aportaciones recientes debo destacar, en primer término, aquellas que ponen de resalto que es imperioso no prescindir de la perspectiva iusfilosófica, proveniente, en especial, del Instituto de Derechos Humanos del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra, debidas originalmente a Pedro SERNA⁵ y desarrolladas en tesis doctorales⁶ por él dirigidas dentro de la línea de investigación "Filosofía del Derecho Constitucional y derechos fundamentales"; y, en segundo lugar, a la fundamental con-

* Texto de la conferencia dictada en el marco de las jornadas sobre Libertad de Prensa el 3 de mayo de 2001, organizadas por la Embajada de los Estados Unidos de América y la Universidad de Montevideo.

1 No me corresponde en esta exposición ingresar a la distinción entre honor y honra o a la de los restantes conceptos involucrados.

2 *Libertad de opinión e información y derecho a la privacidad y a la honra, en la doctrina, normativa y jurisprudencia de Uruguay*, año 6, NE 1, pp. 111-134, Universidad de Talca, Chile, 2000.

3 *Jerarquización de derechos y libertades? Análisis de problemas prácticos de eventual colisión: trabajo vs. propiedad; libertad de prensa vs. derecho a la intimidad y al honor*, en «II Seminario Internacional de Derecho Público», Facultad de Derecho de la UCUDAL - Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay, Montevideo 2000, en prensa.

4 *El derecho al honor también existe*, en «Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*», Bruylant, Bruxelles 1997, vol. 1, pp. 287 y ss.

5 Por ejemplo, en «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en *Humana Iura* 4, Pamplona, 1994, pp. 197-234, citada por el autor en el Prólogo a la tesis de Juan CIANCARDO, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, 2000, p. XVI.

6 Cfr. especialmente: F. TOLLER, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1999 y Juan CIANCARDO, *El conflictivismo...*, op. cit.

tribución de Robert ALEXI⁷ en punto a las distinciones técnicas entre norma y derecho y entre principios y reglas.

Me atrevo a afirmar, sin ambages ni cortapisas, que en los albores del siglo XXI no es posible analizar las cuestiones involucradas en el tema "conflictos de derechos", sin aplicar ambos desarrollos.

III. CONCEPTO, ORIGEN, CONSECUENCIAS Y MANIFESTACIONES DEL CONFLICTIVISMO

3. El conflictivismo "consiste en un modo de razonar que presenta ciertos casos relativos a derechos fundamentales ... como conflictos entre esos derechos o entre derechos y bienes públicos y no simplemente entre pretensiones de los litigantes o de un ciudadano frente a un órgano del poder público"⁸.

La notable tesis de CIANCARDO⁹ logró demostrar que la concepción que admite el conflicto entre derechos, está presente en la jurisprudencia estadounidense, en la española y en la argentina. A la enumeración de marras puede agregarse la jurisprudencia de la mayor parte de los Estados, incluso la uruguay¹⁰.

4. Los antecedentes del conflictivismo se encuentran en la Edad Media, en los estudios del monje Guillermo DE OCKHAM de los que surgen las primeras manifestaciones de una noción subjetivista del derecho¹¹.

5. Las consecuencias del conflictivismo son la "...multiplicación de las falsas opciones: derecho de información o derecho al honor, libertad de la mujer o vida del concebido no nacido, libertad de empresa o justicia social, ecología o desarrollo. No hay matices ni complementariedad..."¹².

Las manifestaciones del conflictivismo fueron precisamente resumidas por Carlos Ignacio MASSINI CORREAS: "cuestiones tales como la del aborto han pasado de ser consideradas en términos del deber de respetar la vida ajena, a plantearse como conflictos de derechos entre los sujetos involucrados: el no nacido y su madre. Otro tanto ocurre en temas como la eutanasia, la drogadicción, la fecundación extrauterina y hasta el infanticidio"¹³.

IV. CÓMO PROCEDEN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA COMPARADAS ANTE UN PRESUNTO CONFLICTO ENTRE DERECHOS

6. Conozco cuatro posiciones —si se quiere, tesis— que presentaré someramente: jerarquización de los derechos, ponderación de los derechos, realización del juicio de razonabilidad y superación del conflictivismo.

7. La tesis de la jerarquización, cuenta con distinguidos exponentes.

7.1. Entre ellos, el recientemente fallecido profesor argentino Miguel A. EKMEKDJIAN, cuyo pensamiento puede presentarse, en apretada síntesis¹⁴, así:

- cada derecho subjetivo es la protección o cobertura jurídica de uno o varios valores. "El derecho subjetivo es un *medio* para brindar protección a un valor que, por definición, es un *fin en sí mismo*";
- toda teoría de los valores supone que ellos se encuentran ordenados jerárquicamente;
- si se aceptan los dos tópicos anterior, es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente.

Para establecer la importancia relativa de cada valor —y, a partir de allí, la jerarquía de cada derecho—, el autor propone:

- examinar la mayor o menor restringibilidad del derecho subjetivo que protege al valor que se considere, porque "un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura jurídica ... tenga mayor jerarquía";
- realizar una sustracción hipotética, esto es, "imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara ésta y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa"; y
- evaluar y medir la posibilidad de renuncia del derecho por su titular: "Existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al titular de los mismos el sacrificio voluntario de ellos, lo que hace dudosa, incluso, la calificación de derechos subjetivos a la cobertura"

7 *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, 8 Cfr., P. SERNA, Prólogo, op. cit., pp. XVII-XVIII.

8 *El conflictivismo...*, op. cit., especialmente pp. 15-121.

9 Cfr. BUIEVA, op. cit., notas 1 y 2.

10 Cfr. CIANCARDO, *El conflictivismo...*, op. cit., p. 5.

11 Cfr. CIANCARDO, *El conflictivismo...*, op. cit., p. 11.

12 *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 12.

14 Cfr., entre varias publicaciones del autor sobre el tema: *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*, «El Derecho», t. 114, p. 945.

ra jurídica que los protege. Si se los compara con los derechos que sí pueden ser renunciados, la mayor jerarquía de los primeros es obvia¹⁵.

EKMEKDJIAN en virtud del orden jerárquico, presenta una clasificación provisional, que reconoce es susceptible de generar críticas¹⁶:

1°) Derecho a la dignidad humana y sus derivados (entre otros, libertad de conciencia e intimidad); 2°) Derecho a la vida y sus derivados (por ejemplo, derecho a la salud, a la integridad física y psicológica); 3°) Derecho a la libertad física; 4°) Los restantes derechos personalísimos (entre otros, a la propia identidad, al nombre, a la imagen, al domicilio); 5°) Derecho a la información; 6°) Derecho de asociación; 7°) Los restantes derechos personales; 8°) Los derechos patrimoniales. El autor, en obra posterior, adiciona en cuarto lugar, el derecho al honor¹⁷, por lo que corresponde reordenar los derechos a partir del número cuatro que pasa a ser cinco en la clasificación reseñada y así sucesivamente.

Según EKMEKDJIAN, los efectos e implicancias son fecundos para la hermenéutica jurídica¹⁸:

- la restringibilidad de los derechos de la cúspide de la escala es mínima y aumenta a medida que se desciende por ella. Por ello: una ley no puede restringir un derecho de rango superior más intensamente que uno de rango inferior; y el índice de garantización de un derecho determinado es el límite mínimo del margen de garantización que tiene todo derecho de rango superior al primero.
- El autor considera que la escala de jerarquización es singularmente útil en materia de conflictos de derechos subjetivos. Frente a las posiciones que procuran la armonización de los derechos, el autor afirma que "encierra una falacia porque, en caso de conflicto entre dos o más derechos, no hay armonización posible, sino que debe sacrificarse alguno en beneficio del otro u otros. Nosotros entendemos que, en tales casos, el derecho de rango superior debe prevalecer sobre el de rango inferior"¹⁹.

7.2. El talentoso profesor argentino Carlos Santiago NINO²⁰ acepta la producción de conflictos entre los derechos y analiza tres caminos para resolver los conflic-

tos: a) hacer prevalecer el derecho de mayor jerarquía; b) la compensación; c) el consentimiento.

Pero cuando se trata de un caso de conflicto entre derechos de igual jerarquía, sugiere adoptar una "...solución utilitarista que, sobre la base del valor intrínseco de la autonomía personal, dé preferencia a los intereses más importantes de más gente"²¹.

7.3. El distinguido profesor chileno, José Luis CEA ECAGÑA²² realiza el siguiente planteo y proporciona un criterio de solución: "Algunos sostienen que no existe ni puede haber superioridad de unos derechos sobre otros, pues todos ellos son ontológica y deontológicamente *iguales e indispensables* para una convivencia digna y civilizada. Aquí no se discrepa de tales argumentos, pero sí de las *consecuencias* —teóricas y prácticas— que se intenta desprender de ellos".

"Prácticamente y también en el plano de los principios, tiene que ser reconocida la *disparidad de jerarquía* entre los derechos esenciales, comenzando con el presupuesto de todos, o sea, la dignidad para proseguir con la vida e integridad personal".

"Indudablemente la globalidad y cada uno de tales derechos son necesarios para la existencia digna de la persona individualmente o asociada. Pero en la práctica y no únicamente en teoría, es imperativo reconocer que existen *conflictos o colisiones* en el ejercicio de dos o más ellos."

"Planteamos aquí la tesis según la cual debe buscarse la *conciliación* entre esos derechos asumiendo, como regla general, que la colisión entre ellos es *sólo aparente y resoluble*. Pero si, en definitiva y después de aquel esfuerzo, no es posible conjugarlos por entero, entonces tiene que admitirse la idea de *jerarquía o gradación*, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos. Así y consecuentemente, comiéndose por el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo con la libertad de información y el derecho de reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies".

15 Op. cit., p. 946.

16 Cfr., op. cit., p. 947.

17 *La teoría del orden jerárquico de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la Administración pública*, en el colectivo «La protección jurídica del ciudadano / Estudios en homenaje al Profesor José González Pérez», Civitas, Madrid 1993, t. III, p. 7127. cit. por Cianciardo, op. cit.

18 Cfr., *De nuevo...*, op. cit., ídem.

19 Cfr., *De nuevo...*, op. cit., ídem.

20 *Ética y derechos humanos / Un ensayo de fundamentación*, ed. Ariel, Barcelona 1989.

21 Cfr., op. cit., p. 313.

22 *El sistema constitucional de Chile / Síntesis crítica*, pp. 171 y ss.

En lo que atañe a la resolución de conflictos, CEA EGAÑA considera que "es menester, entonces, respetar y promover todos los derechos humanos pero, en caso de colisión insoluble entre ellos, reconocer que algunos admiten límites y privaciones legítimas más severas que otros. Debemos, por ende, principiar reconociendo y promoviendo los derechos *más nucleares* o configurativos de la personalidad de cada sujeto, para desde allí irradiarlos hacia los *derechos corticales* o que se refieren a la exteriorización de dicha personalidad en la convivencia social".

El autor explica la jerarquía de los derechos en la Constitución chilena: "En la enumeración del artículo 19° de la Carta Política no se hallan los derechos *dispuestos al azar*, sino que siguiendo un *orden determinado*, es decir, la *secuencia jerárquica* ya enunciada. Y lo mismo cabe aseverar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos".

"En la Constitución de Chile esa secuencia consta en la *historia fidedigna*" (intervenciones de los miembros de la Comisión de Estudio de un Anteproyecto de Constitución, señores Guzmán, Ortuzar, Silva Bascuñán y Evans).²³

7.4. Afirma el pensador italiano Norberto BOBBIO²⁴: "Cuando digo que los derechos del hombre constituyen una categoría heterogénea, me refiero al hecho de que (...) contiene derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede acordarse sin que resulte restringida o suprimida la protección de otros. Podemos entretenernos con fantasías sobre la sociedad al mismo tiempo libre y justa (...), las sociedades reales que tenemos ante los ojos, son menos justas en la medida en que somos más libres y menos libres en la medida en que son más justas (...) Pues bien, a menudo libertades y poderes no son, como se cree, complementarios, sino incompatibles (...) Esta distinción entre dos tipos de derechos humanos queda consagrada incluso en el plano teórico, en que se contraponen dos concepciones diferentes de los derechos del hombre: la concepción liberal y la socialista. La diferencia entre ambas concepciones consiste, justamente, en la convicción de las dos de que entre los dos tipos de dere-

chos es necesario hacer una elección o, al menos, establecer un orden de prioridad. (...) Lo que podemos esperar no es una síntesis definitiva sino, a lo sumo, un compromiso."²⁵

8. *La tesis de la ponderación.* Ponderación es la traducción al idioma español del vocablo *balancing* originado en el derecho estadounidense.

Los expositores de esta tesis procuran sopesar los derechos en juego.

El punto de partida radica en considerar que todos los derechos y bienes son iguales y equivalentes entre sí, por lo que "se impone una necesaria y casuística ponderación."²⁶

Por regla general, los partidarios de esta tesis no proporcionan criterios para realizar la ponderación.²⁷

9. *La máxima de razonabilidad (proporcionalidad)*

Debemos partir de las peculiaridades diferenciales del Derecho anglosajón y del Derecho continental europeo.

En síntesis, nos hallamos ante una creación pretoriana, cuyo origen se encuentra en la necesidad de los tribunales con jurisdicción constitucional de contar con un instrumento técnico jurídico útil para resolver los casos sometidos a su competencia.

El principio proviene de los sistemas jurídicos que brindan un mayor espacio para el activismo judicial. Tiene diversos posibles fundamentos constitucionales: ora como una garantía de tipo procesal, ora como una proyección de la obligación de respetar el contenido de los derechos.

No se proporciona por los Tribunales una definición precisa de la razonabilidad.

La máxima implica tres juicios: a) de *adecuación* (que la medida legislativa tenga un fin; que sea adecuada para el logro de ese fin; que sea capaz de causar su objetivo); b) de *necesidad o de indispensabilidad*: si la medida adoptada es la menos restrictiva de las normas fundamentales de entre las igualmente eficaces; y c) de *razonabilidad stricto sensu*: si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar.

10. *Tesis que procura la superación del conflictivismo.*

Es la que tiene como expositores a los mencio-

23 En todos los casos, el énfasis se halla en el original.

24 *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1992.

25 Cfr. op. cit., pp. 152-153.

26 Cfr. sentencia 102 de 1986 del Tribunal Constitucional de España.

27 Cfr., sobre algunas pautas doctrinales y jurisprudenciales, mi exposición *Jerarquización de derechos y libertades? Análisis de problemas prácticos de eventual colisión: trabajo vs. propiedad; libertad de prensa vs. derecho a la intimidad y al honor*, op. cit., supra nota 3, en prensa.

nados profesores Pedro SERNA, Fernando TOLLER y Juan CIANCIARDO, lo que paso a presentar como conclusiones.

V. CONCLUSIONES

Con el elevado grado de relatividad y prudencia con que deben transitarse nuevos planteos de antiguos temas, estimo posible concluir:

1. La crítica que dirige CIANCIARDO a las tesis de la jerarquización y de la ponderación parece ser terminante: "en primer lugar, no encuentran justificación en ningún texto constitucional. En segundo término, no permiten resolver los casos constitucionales con fundamento en criterios razonables, puesto que en última instancia lo que se hará prevalecer es la voluntad de la mayoría social, en el mejor de los casos. Y, más importante aún que todo esto, se trata de técnicas que hacen perder sentido a los derechos humanos, los cuales si algo significan, es justamente una barrera infranqueable para todo tipo de imposición, incluso la de aquella proveniente del consenso"²⁸.
2. Partiendo de la notable contribución de ALEXY —relativa a la necesidad de distinguir, por una parte, las normas iusfundamentales de los derechos fundamentales, así como a la distinción, por otra parte, dentro de las normas iusfundamentales entre los

principios y las reglas—, resulta posible sostener con CIANCIARDO²⁹ que algunos autores que admiten la solución conflictivista, están, en verdad, visualizando la colisión de principios como conflicto de derechos fundamentales. Y ello puede llegar a traducirse en inaceptables supuestos de derogación de normas constitucionales por el intérprete.

3. La dignidad de la persona humana —que en la perspectiva contemporánea es el fundamento último de los derechos del hombre³⁰—, parece ser obstáculo insuperable³¹ para la tesis de la jerarquización basada en la Constitución del Estado de que se trate o en el Pacto de Derechos Humanos correspondiente. En efecto, si todos los derechos derivan de la misma dignidad de la persona, no parece razonable establecer una jerarquización entre ellos.
4. Las recientes aportaciones sobre el tema demuestran la conveniencia de profundizar sobre otras bases en el tópico "límites" de los derechos del hombre.
5. Es menester asimismo, tener presente la aportación doctrinal y jurisprudencial relativa al "contenido esencial" de los derechos, así como a la tesis de las esferas.³²

La conjunción de estos elementos puede contribuir a resolver sobre bases firmes, los aparentes conflictos entre derechos. ♦♦

28 Cfr. op. cit., p. 364.

29 Op. cit., pp. 366-370.

30 Cfr., por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica y diversas Constituciones (por citar algunas: las vigentes en España y en Chile).

31 Es destacable el notable esfuerzo que realiza el profesor José Luis CEA ECARNA para superar este escollo: cfr.: *Intimidad, honor e información / Conflictos y soluciones en el Derecho chileno*, Centro de Documentación y Estudios Constitucionales del Uruguay, Serie Conferencias NE 2, ed. Ingranusi Ltda., Montevideo 2000, pp. 4-5.

32 Recuérdese que el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania interpretando el art. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental de Bonn diferenció tres esferas: «a) la esfera íntima o, que constituiría el núcleo del derecho fundamental y que sería sustraída a cualquier injerencia estatal. En este ámbito nuclear podría desarrollar el individuo libremente su personalidad sin que sea posible su delimitación a través de la regulación estatal. b) La esfera privada, en la que el individuo puede desarrollar libremente su personalidad, pero que, sin embargo, el Estado puede intervenir adoptando regulaciones o limitaciones cuando se deban proteger intereses de la generalidad. c) la esfera pública o social, que está constituida por las acciones no incluidas en la esfera privada, ya que no tienen relación con el desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, no es protegido como configuración de la vida privada».

CONTRA EL HONOR Y LA LIBERTAD DE PRENSA* AGAINST HONOR AND LIBERTY OF THE PRESS

EBEN MOGLEN

Profesor de Derecho, Universidad de Columbia (NYC)

Gracias. Buenos días, señoras y señores. Es un gran honor y privilegio para mí encontrarme entre tan distinguida compañía en mi primer visita a Uruguay. Deseo agradecer al Rector y al Decano de la Facultad, a mis colegas aquí, a la Embajada de mi gobierno imperial, que tan amablemente ha apoyado esta actividad, y a mis colegas, tanto americanos como uruguayos, de quienes he aprendido tanto esta mañana. En este punto, luego de tan ilustradoras ponencias que han escuchado, considero que lo mejor es hacer algunos simples comentarios.

Deseo hacerles llegar la idea de que tanto la libertad de prensa como el derecho al honor son conceptos enteramente muertos en el siglo 21, sin ninguna importancia. Y esto es cosa buena. Sólo voy a sugerir que la única materia de importancia es la libertad de información, una proposición que requiere de nosotros no sólo que estemos satisfechos con la muerte de la libertad de prensa y el derecho al honor, sino que los matemos en caso de que no estén muriendo lo suficientemente rápido. Quisiera comenzar por explicar lo que yo considero ser la mejor manera de aproximarse a estas cuestiones, la cual parte de algunas simples proposiciones sociológicas sobre el mundo en el que inevitablemente nos estamos moviendo.

En el siglo 21 todos los habitantes de las economías desarrolladas estarán viviendo en lo que llamo la Sociedad de Internet. No me refiero al ciberespacio, (no es un lugar en particular) ni una cosa, (no se trata de "la Internet"), sino una condición social, la condición en la cual todas las personas están, conectados a cada uno de los demás en todo lugar, todo el tiempo, sin ningún intermediario. Esta es el contexto primario de toda actividad social en el siglo 21 y de aquí en más. Una condición fundamentalmente sin precedentes en la historia de la humanidad. Toda estructura de gobierno, regulación y ley está ahora sujeta a una re-evaluación fundamental a la luz de una sola y urgente pregunta: ¿Qué sucede cuando no hay

Good morning, ladies and gentlemen. It's a great honor and a privilege for me in my first visit in Uruguay to find myself in such very distinguished company. I want to thank the Rector and the Dean of the Faculty, my colleagues here, the Embassy of my imperial government which graciously has provided support for this activity, and my colleagues, both American and Uruguayan, from whom I have learnt so much already this morning. At this point, after such learned talks as you have heard, it is best if I make a few very simple remarks.

I submit to you that both the liberty of the press and the right of honor are, in the 21st century, entirely dead conceptions of no importance whatever, and that this is a very good thing. I shall further suggest that the only subject of importance is freedom of information, a cause which requires us not only to be satisfied with the death of liberty of the press and the right of honor, but also to kill them if they are not dying fast enough. I want to begin by explaining what I think is the proper way of approaching such questions, which is from some simple sociological propositions about the world into which we are inevitably moving.

In the 21st century all inhabitants of the developed economies will be living in what I call the Internet Society. I don't mean "cyberspace" (not a particular place at all), nor a thing (not "the Internet") but rather a social condition: the condition in which everyone is connected to everyone else everywhere, all the time, without any intermediaries. This is the primary context of social action in the 21st century and forever after - a condition fundamentally unprecedented in human history. Every structure of governance, regulation and law is now subject to fundamental re-examination in the light of a single urgent question: what happens when there are no necessary intermediaries to all acts of human communication?

* Texto de la conferencia dictada en el marco de las Jornadas sobre Libertad de Prensa el 3 de mayo de 2001, organizadas por la Embajada de los Estados Unidos de América y la Universidad de Montevideo. Traducción a cargo de la Dra. María Carolina Dobarro.

intermediarios necesarios a todos los actos de la comunicación humana?

Ahora bien, la libertad de prensa, como es descrita en todos los lenguajes modernos, comienza desde una proposición bastante diferente: que la estructura del flujo de información en la sociedad depende del mantenimiento de ciertas facilidades capitales intensivas. La prensa escrita es el arquetipo, pero la moderna estación de televisión y todas las otras tecnologías de comunicación masiva que dominaron el siglo 20 funcionaron en la misma forma: algunas personas, por el derecho de invertir en ciertas mercancías de capital tenían privilegios de comunicación, y los demás eran escuchas. Esta es la estructura sobre la cual se ha basado la regulación legal del flujo de información en la sociedad, tanto en aquellas sociedades aparentemente regresivas en las cuales la comunicación estaba bajo directo control estatal, y en aquellas sociedades aparentemente progresivas que destinaban el uso de tales facilidades de comunicación a la disciplina de lo que ellas estaban felices de denominar "el mercado".

Pero ambos sistemas de regulación del flujo de información, el aparentemente dictatorial regresivo y el aparentemente capitalista progresivo, están ahora volviéndose obsoletos. En su lugar, nos encontramos en un mundo en el cual los intermediarios, los poseedores tradicionales de derechos especializados a la comunicación, buscan desesperadamente mantener un poder que ya no es legítimamente de ellos. La libertad de la prensa, entonces, se convierte en una forma de pedido especial por el mantenimiento de privilegios, previamente considerados como esenciales a la libertad cívica. En las nuevas circunstancias tecnológicas actúan para imponer a la sociedad una serie de intermediarios con privilegios especializados de comunicación o difusión, creando una clase con el privilegio de decirle a los demás qué es lo que deben pensar.

La historia del siglo 21, será, entonces, una historia de conflicto entre el deseo de la sociedad civil de reflejar la realidad tecnológica de la interconexión universal y los intentos por parte de organizaciones globalmente poderosas con privilegios especiales de comunicación para mantener los poderes sociales ganados de aquellos privilegios en el curso del siglo 20. Por esta razón, la libertad de la prensa estará, en el ambiente de la sociedad de Internet del siglo 21, directamente en conflicto con la libertad de información. Y se convertirá en la responsabilidad de los pensadores legales el someter esas doctrinas de la libertad de prensa y de la propiedad intelectual, cuya única tarea será reforzar los privilegios que los intermediarios poseían cuando eran socialmente necesarios, y los cual desesperadamente reclamarán a cualquier costo en un mundo en el cual ya no tienen cabida.

Now, liberty of the press -as is shown by the way it is described in all the modern languages- begins from a quite different proposition: that the structure of information flow in society depends upon the maintenance of certain capital intensive facilities. The printing press is the archetype, but the modern broadcast television station and all the other technologies of mass communication that dominated the 20th century worked in the same way: A few people, by right of investment in certain capital goods, had privileges of speech -the rest were listeners. This is the structure upon which all legal regulation of the information flow in society has been based, both in those apparently regressive societies in which communication was under direct state control, and in those apparently progressive societies which devoted the use of those communications facilities to the discipline of what they were pleased to call "the market."

But both systems -the apparently regressive dictatorial and the apparently progressive capitalist systems of information flow regulation- are now becoming obsolete. Instead, we find ourselves in a world in which the intermediaries, the traditional possessors of specialized rights to speak, desperately seek to retain a power which is no longer legitimately theirs. The liberty of the press, then, becomes a form of special pleading for the maintenance of privileges previously regarded as essential to civic freedom. In the new technological circumstances they instead act to impose upon society a series of intermediaries with specialized privileges of speech or broadcast, creating a class with the privilege of telling everyone else what to think.

The 21st century will therefore see unremitting conflict between civil society's desire to reflect the technological reality of universal interconnection and the attempts by globally powerful organizations with special communications privileges to retain the social powers they gained from those privileges in the course of the 20th century. For this reason, liberty of press will turn out in the 21st century environment of the Internet Society to be directly in conflict with freedom of information. And it will become the responsibility of legal thinkers to subdue those doctrines of liberty of press and of intellectual property, which will only serve to reinforce the privileges that intermediaries possessed when they were socially necessary, and which they will desperately claim at all costs in a world that doesn't need them anymore.

So we need to be clear how to construct an alternative to those intermediaries. In a society where everyone is connected to everybody else, it becomes possible to eliminate the conception of the press altogether-

Por tanto necesitamos tener en claro cómo construir una alternativa a esos intermediarios. Se hace posible, en una sociedad en la cual todos estamos conectados entre sí, eliminar el concepto de la prensa del análisis legal o social de los modelos de la comunicación. Hay algunos oradores a los que más gente desea escuchar, y oradores a los que menos gente desea escuchar. Ninguna otra distinción es necesaria o apropiada. Los productores especializados cuya meta era brindar opinión y cultura en forma pasivamente receptiva a los no productores de información, son un artefacto del pasado.

Pero nos hemos acostumbrado tanto a la idea del difusor de información como una parte indispensable de nuestra cultura, que se nos hace difícil escapar de los hábitos mentales de nuestra historia. En los comienzos del siglo 20, cuando el uso del espectro para difundir información se convirtió en algo técnicamente posible, los gobiernos asumieron la necesidad de controlar quién usaba el espectro electromagnético, en qué frecuencias, con cuánto poder de difusión, en qué horario, con el propósito de evitar el caos técnico. Por tanto, la regulación de del derecho de expresión estaba justificada sobre la base de que era algo técnicamente inevitable.

Algunos gobiernos ávidamente abrazaron esta justificación con el propósito más o menos oculto de controlar todas las emisiones en forma directa, mientras que algunos gobiernos prefirieron, en su lugar, otorgar exclusivas "partes" de los derechos de comunicación en forma fija para favorecer a individuos quienes, en todos los sistemas, sin excepción, encontraron la forma de corromper la política para mantener sus derechos exclusivos.

Hacia fines del siglo 20 la base técnica para tal regulación se había desvanecido. El teléfono celular es un buen ejemplo de la nueva realidad tecnológica: al tiempo que la inteligencia artificial se movió hacia afuera, hacia nuestros bolsillos, nuevos aparatos inteligentes aprendieron a compartir esas frecuencias previamente usadas en forma exclusiva por un solo difusor de información, de forma que cada persona pudiera estar en comunicación inalámbricamente con el resto del mundo sin interferir con nadie más.

En ese momento, la emisión, que es el otorgamiento de ciertos privilegios fijos de comunicación a ciertos individuos u organizaciones favorecidos, se hizo normativamente enfermizo y legalmente inaceptable en toda sociedad comprometida con la libertad de información. Un principio simple, por supuesto no reconocido, porque aquellos que poseían los derechos de comunicación y que habrían tenido generaciones para corromper la política no tienen soporte alguno en nuestra exploración de dichas posibilidades sociales. Estamos a punto, sin embargo, de encontrarnos en un mundo donde las opciones ya no

er from the legal and social analysis of the patterns of communication. There are some speakers whom more people want to listen to, and there are speakers whom fewer people want to listen to. No further distinction is necessary or appropriate. The specialized producers whose goal was to render passively receptive the non-producers of information, opinion and culture are an artifact of the past.

But we have become so used to the idea of the broadcaster as an indispensable part of our culture, that we find it hard to escape the mental habits of our history. In the early part of the 20th century, when the use of the electromagnetic spectrum for broadcasting information first became technically feasible, governments assumed that it was necessary to control who used the airwaves -in which frequencies, with how much broadcast power, at what times of day- for the purpose of avoiding technical chaos. So regulation of the right to speak was justified, in the end, on the ground that it was technically unavoidable.

Some governments avidly embraced this justification, for the more-or-less hidden purpose of controlling all broadcasting directly, while some governments preferred instead to hand out fixed exclusive pieces of the communications rights to favored individuals who -in all systems, without exception- found ways to corrupt politics in order to maintain their exclusive rights.

But by the end of the 20th century the technical case for such regulation had vanished. The cell phone is a good example of the new technological reality: as machine intelligence moved outward into one's pocket, newly intelligent devices learned to share those frequencies previously used exclusively by a single broadcaster, so that each person might be in communication wirelessly with the rest of the world without interfering with anyone else.

At that moment, broadcasting -that is, the conveyance of certain fixed privileges of communication to favored organizations or individuals- became normatively sickening and legally unacceptable in every society committed to freedom of information. A simple principle, of course unrecognized, because those who owned the privileges of communication and who have had generations to corrupt everyone's politics have no stake whatever in our exploring those social possibilities. But now we're about to find ourselves in a world where the choices are no longer so extremely limited. Because the technology of digital communication has also permitted each of us to publish, the remarks that I give this afternoon could appear this evening or tomorrow on a Web site in New York and would be read the day after that, I have no doubt, by someone in the

son tan extremadamente limitadas. Puesto que la tecnología de la comunicación digital también ha permitido que cada uno de nosotros pueda publicar, lo que diga en esta tarde podría aparecer por la noche o mañana en una página de Internet en Nueva York, y sería leído al día siguiente, sin lugar a dudas, por alguien en las Filipinas o en Malasia, o en cualquiera de los 65 países desde los cuales se visitó mi página de Internet el mes pasado. Hubo el mes pasado 87.000 personas, individuos discretos que eligieron leer algo que había publicado, no en el trozo de un árbol muerto, sino en una fuente infinitamente renovable, de la cual nadie está en ningún momento excluido, y por la cual nadie debe pagar.

Esto, nuestro derecho individual a una publicación de cualquier material, sea texto o sonido, o quizá video, que deseemos distribuir al mundo, es la verdadera condición de libertad del siglo 21. La prensa, es decir, la estructura social de control de dichos privilegios por otros, carece esencialmente de importancia. Ahora, Ustedes dirán: "Pero esto no es correcto. Hay decenas de millones de personas que escucharán las noticias esta noche, hay billones de personas que mirarán la copa mundial de fútbol en las emisiones todas las veces que la copa se juegue, y entonces, hay un rol continuo para la prensa." Pero los difusores en esa situación, están actuando primordialmente como distribuidores, y su importancia está directamente relacionada al hecho de poseer un poder de distribución superior. Sus poderes de creación, por otra parte, no son más grandes que los suyos y los míos. De hecho, sus poderes de creación actualmente, y en forma sustancial, importan muy poco. Las estaciones "todo noticias todo el tiempo" se encuentran a sí mismas obligadas a hacer noticias para poder tener algo que decir durante las 24 horas del día. Los controladores privilegiados de la distribución global se encuentran a sí mismos en una búsqueda constante de contenido, puesto que son, simplemente, los poseedores de cañerías especializadas, pero no producen agua.

Nosotros, la gente del mundo, creamos ideas, música, pensamientos, opiniones, y es nuestro derecho y nuestra naturaleza humana expresar cualquier cosa que deseemos, en cualquier lugar y en cualquier momento. Los poseedores de estructuras de distribución deben justificarse a sí mismos, no por su juicio superior, no por su sabiduría, sino simplemente por su habilidad de llevar el ómnibus desde una terminal a otra en mejor forma que ninguna otra persona. Una habilidad valiosa, no lo niego, pero carente de rango constitucional, no intrínseca a la libertad humana, y la cual no merece ninguna consideración legal en particular.

He dicho bastante por el momento sobre la libertad de prensa. Retornaré a ello más adelante.

Philippines or in Malaysia, or in any one of the 65 countries from which people touched my website last month. There were, last month, 87.000 of them, discrete individuals choosing to read something I had published not on a slice of a dead tree but on an infinitely renewable resource from which nobody is at any time excluded, and for which nobody has to pay.

This -our right, each of us, to an unlimited publication of anything (be it text or sound or, ultimately, video) that we may care to distribute to the world- is the real 21st century condition of freedom. The press -that is to say, the social structure of the control of those privileges by others- is essentially unimportant. Now, you will say: "But this is not correct. There are tens of millions of people who will listen to the news broadcast this evening, there are billions of people who will watch World Cup football on the broadcasts every time that the Cup is fought, and plainly, therefore, there is a continuing role for the press." But the broadcasters in that situation are primarily acting as distributors, and thus their importance is directly related to whether they possess superior distribution power. Their powers of creation, on the other hand, are no greater than yours and mine. In fact, their powers of creation currently substantially underwhelm them. The "all news all the time" broadcasters find themselves compelled to make news in order to have something to say 24 hours a day. The privileged controllers of global distribution find themselves ever in a search for content, because they're simply the possessors of specialized pipes, but they do not make water.

We, the people of the world, create ideas, music, thoughts, opinions, and it is our right as well as our human nature to express anything we please anywhere, anytime. The possessors of exclusive distribution structures must justify themselves, not by their superior judgement, not by their wisdom, but simply by their ability to get the bus from one terminal to another better than anybody else. A valuable skill, I don't deny, but one which is not of constitutional status, one which is not intrinsic to human freedom, and one which deserves no particular legal respect.

So much, for the moment, for the liberty of the press. I shall come back to it.

I now want, with regret, to say some bad words about honor. And it is here my unfortunate responsibility to differ with Professor Cassinelli. I have not the slightest idea what honor is, and I see no reason whatever to suppose that it is in any respect inherent in the human being. Even if I did understand what it was I would be out of luck, because it's gone.

Professor Esteve I think gave the reason:

Deseo, y lamento decirlo, sugerir algunas palabras desalentadoras sobre el honor. Y se nota aquí mi desafortunada responsabilidad en tener que disentir con el Profesor Cassinelli. No tengo ni la menor idea de lo que es el honor, y no veo motivo para suponer que es inherente al ser humano. Incluso si entendiera qué es, no sería afortunado, pues ha desaparecido.

Creo que el Profesor Esteva dio la razón: El "honor", sea cual sea su significado, ya sea la definición brindada por Calderón, o la expresada por aquél ser humano ofendido cuya vida privada ha sido revelada en un periódico, es un aspecto de la privacidad. Y la privacidad, mis queridos amigos, es cosa del pasado.

Cada vez que se usa una tarjeta de crédito, con algún propósito, el hecho de haberla usado, qué se compró, cuándo y dónde, es capturado. En el mundo de la red nada es destruido, nada se pierde y nada se olvida. No hay nada que quede contigo, que no sea conocido por alguien más. En la era de la tarjeta de crédito, el teléfono celular y toda otra tecnología de la interconexión y comodidad, el cometer lo que muchos de nosotros estaríamos felices en considerar como adulterio en secreto, es imposible. Puedes tener una segunda relación o un fin de semana ocasional y mantenerlo oculto de tu pareja, pero no, bajo ninguna circunstancia, de tu banquero. Y tu banquero, meramente una entidad comercial abocada a la venta de información mucho más de lo que está interesada en hacer préstamos, se encuentra, como cualquier otra, en éste mercado liberal tan nuestro, ocupado haciendo algún billete en la forma que pueda.

Si me dan la lista de lo que compraron en el supermercado durante los últimos seis meses, puedo decirles muchas cosas sobre lo que está sucediendo en sus vidas. Serán cosas sorprendentes, que se supone nadie debería saber, pero que ustedes dejan escapar instantáneamente a los efectos de recibir un pequeño descuento en la leche o unas pocas millas aéreas, o cualquier promoción que el supermercado esté prometiendo con el propósito de que les brinden el poder de asociar sus compras con su identidad.

No es poco común encontrarme en conversación con un estudiante, dudoso sobre la extensión de la transparencia en la sociedad de Internet. A él o ella digo: "Bueno, imaginemos lo que ha pasado en el supermercado en el último mes. Tu consumo de papel higiénico ha aumentado, ergo, alguien está viviendo contigo. Tu consumo vuelve al nivel anterior, ergo, la persona se ha mudado. Repentinamente se compra chocolate, o cualquiera sea el solaz cultural local para el amante abandonado, y lo próximo que sabes es que estás recibiendo correo de una agencia de citas." Ningún padre de los Estados Unidos actualmente escapa al descubrimiento, tan pronto como un nuevo niño

"Honor," whatever that may mean -whether Calderon's conception or that expressed by the offended human being whose private life has been disclosed in a newspaper- is an aspect of privacy. And privacy, my dear friends, is a thing of the past.

Every time you use a credit card for anything, the fact that you have used it, what you have bought with it, where and when, are captured. In the world of the Net nothing is ever destroyed, nothing ever goes away and nothing is ever forgotten. There's nothing that remains to you which is not known to someone else. In the age of the credit card, the cell phone and all the other technology of connection and convenience, the secret commission of what many of us are pleased to think of as "adultery" is implausible. You may maintain a second establishment or enjoy an occasional weekend away and keep it secret from your spouse, but not, under any circumstances, from your banker. And your banker -merely a commercial entity engaged in the selling of information far more than it is engaged in the making of loans- is like any other party in this fine liberal market of ours: busy making a dollar in any way it can.

If you give me the list of what you bought at the supermarket for the last six months I can tell you much indeed about what is going on in your life. They will be surprising things, that nobody was supposed to know, but that you gave away in an instant in order to receive a small discount on milk or a few airline miles or whatever it is that your supermarket is promising you in return for giving them the power to associate your groceries with your identity.

It's not uncommon for me to find myself in conversation with a student dubious about the extent of transparency in the Internet Society. To him or her I say: "Well, let's figure out what it is that's happened at the supermarket this past month. Your consumption of toilet paper has gone up: ergo, somebody's living with you. Your consumption goes back down: ergo, he or she has moved out. Chocolate is suddenly being bought, or whatever is the local cultural solace for the abandoned lover, and next thing you know you're receiving junk mail from a dating service." No United States parent currently escapes the discovery, as soon as a new infant is brought home from the hospital, that a large number of people have been informed and are mailing free supplies of baby goods which they hope you will continue to buy thereafter. It is very simple: hospitals sell birth records to the companies that want them. And the fact of the birth of the child, which might be regarded as something within an intimate

es traído a casa desde el hospital, que un gran número de personas ha sido informado del hecho y les están enviando muestras gratis de productos para bebés que esperan que les sigan comprando en el futuro. Es muy simple: los hospitales venden la información a las compañías interesadas. Y el hecho del nacimiento del niño, lo cual debería ser considerado en una esfera íntima, si es que existe tal cosa, es ahora un asunto de máxima publicidad.

Así que les propongo especular sobre qué significa continuar manteniendo reglas, ya sea provenientes de los siglos 14, 15, 19 o 20, las cuales asumen que el pueblo es el lugar más público del mundo. El pueblo, en su exhaustiva vigilancia de la población, era nada, comparado con el lugar donde vivimos hoy.

Concepciones que dependen del mantenimiento del individuo como un espacio contenido son inútiles. Y es la responsabilidad de pensantes abogados el cesar en su uso.

Hasta ahora he tratado de sugerir, en la forma más simple posible, unas pocas proposiciones básicas respecto a la libertad de prensa y el derecho al honor. Debería también mencionar que infringir el honor en la Sociedad global de Internet, asumiendo que exista tal sociedad, es meramente un tabú, un prejuicio local cultural, sujeto, en un mundo de interconexión universal, a la misma erosión inevitable que los demás tabúes locales. El problema comienza a notarse en el contexto del cumplimiento internacional de reglas sobre la expresión en todas partes. ¿Hay un tabú local en Francia contra la venta de objetos de colección nazi? ¿Hay, en la supuestamente militante defensiva de la democracia germana una regla contra la circulación de un libro denominado *Mein Kampf*? ¿Hay, en los Estados Unidos, una distinción legal severa entre las fotografías de desnudos de personas de 17 años y personas de 19? Todas estas cuestiones legales, como pueden ver, están constantemente sujetas a la dificultad de que la red es una entidad global, y que las reglas locales son sustancialmente incoercibles. ¿Intentarán los franceses impedir a Yahoo hacer negocios en Francia porque también hace negocios en lugares donde los objetos de colección nazi pueden ser libremente comercializados? ¿Tratarán los Estados Unidos de cerrar sus fronteras a las fotografías que surgen en lugares en los cuales está permitido que las personas de 17 años tengan sexo entre sí en frente de una cámara? ¿Nos encontraremos a nosotros mismos mirando una vez más mientras el gobierno del Reino Unido intenta impedir la publicación de un libro sobre su sistema de espionaje por parte de alguien que sabe algo al respecto? Etcétera.

Las dificultades presentadas ante las Cortes son bastante simples. No tienen suficiente poder, puesto que dependen del alcance del Estado, y el alcance del Estado en

sphere -if there was such a thing as an intimate sphere- is now a matter of the utmost publicity.

So I ask you to speculate on what it means to continue to maintain rules, whether of 14th, 15th, 19th, or 20th century provenance, which assume that the village is the most public place in the world. The village was nothing, in its comprehensive surveillance of the population, compared to where you live now.

Conceptions that depend upon the maintenance of the self as a contained space are useless. It is therefore the responsibility of thoughtful lawyers to stop using them.

*So far I have tried to suggest in the simplest way a few basic propositions with respect to the liberty of the press and the right of honor. I should also point out that infringement of honor in the global Internet Society is merely a taboo, a local cultural prejudice, subject -in the world of universal interconnection to the same inevitable erosion as all other local taboos. The problem begins to express itself in the context of international enforcement of rules about speech, currently happening all over the place. Is there a local taboo in France against the selling of Nazi memorabilia? Is there, in Germany's supposedly militant defense of democracy, a rule against the circulation of the book called *Mein Kampf*? Is there in the United States a peculiarly harsh legal distinction between nude photographs of 17-year-olds and 19-year-olds? All of these legal propositions, as you see, are relentlessly subjected to the difficulty that the net is a global entity and that the local rules are substantially unenforceable. Will the French attempt to prevent Yahoo from doing business in France because it also does business in places where Nazi memorabilia may be freely traded? Will the United States attempt to close its borders to photographs arising in places where it is permissible for 17-year-old people to have sex with one another in front of a camera? Will we find ourselves watching once again as the government of the United Kingdom tries to prevent the publication of a book about its espionage system by somebody who knows something about it? And so on.*

The difficulties presented for the courts are quite simple. They have insufficient power, because they depend upon the reach of the State and the reach of the State in the Internet Society weakens moment by moment. Moreover, as the network grows more mature, the communications that occur within it are encrypted -that is to say, they are mathematically scrambled, so that no one except the originator of any message and its intended recipient knows what it means. The government of my empire played a leading role in

la Sociedad de Internet se debilita momento a momento todo el tiempo. Más aún, mientras que la red se hace más madura, las comunicaciones que se dan en ella se codifican, es decir, están matemáticamente entreverados, de modo que nadie, con excepción del emisor del mensaje y su destinatario, saben lo qué significa. El gobierno de mi imperio jugó un rol esencial en intentar prevenir el desarrollo de tal tecnología por más de 30 años, en búsqueda de lo que le complacía considerar como su derecho soberano de escuchar cada conversación telefónica en todas partes del mundo, exceptuando los Estados Unidos, donde, por supuesto, nunca, nunca, nunca lo hacía, ya que de haberlo hecho, habría estado infringiendo la ley. El gobierno de los Estados Unidos, a través de la Agencia de Seguridad Nacional intentó arduamente prevenir la distribución de fuerte codificación en la Internet por 15 años, litigando duramente en casos en los cuales yo estuve íntimamente relacionado con la otra parte, y luego, con la forma repentina de la iluminación, se dio completamente por vencido. Al inicio de aquella campaña, se nos decía constantemente que bajo ninguna circunstancia íbamos a encontrarnos viviendo en una sociedad donde la codificación pudiera ser libremente exportada al mundo. Esa siguió siendo la posición hasta que las grandes agencias en el imperio más poderoso de la historia del mundo, desistieron. Ahora viviremos en el siglo 21 en un mundo en el cual ningún gobierno sabrá rutinariamente qué está diciendo una persona o la otra a menos que sea invitado a participar de ello. Ahora bien, dicha invitación será continuamente extendida en la misma forma en que su tarjeta de crédito extiende constantemente al mundo el permiso de que su vida se convierta en un panel de cristal, y sin duda revelará a mucha gente, en forma constante, todo lo que piense y haga. Pero cuando no quiera hacerlo, no lo hará.

Y en tal ambiente, la presencia de tabúes de expresión de cualquier tipo contra la compra o venta de determinadas comodidades digitales, contra la revelación de ciertos secretos gubernamentales, contra la revelación de detalles privados pertenecientes a la vida personal, o las revelaciones consideradas obscenas por los tabúes sexuales de una determinada sociedad, serán incoercibles e inalcanzables por la ley.

En tal ambiente, no es meramente el derecho al honor el que está muerto. No he venido aquí para abusar de su hospitalidad al anunciar que algún prejuicio local que no entiendo se ha ido. Vine para demostrar que el "honor" es una especie de un género de concepciones muertas, reglas sobre lo que debe y no debe decirse, que no tienen realidad práctica en un mundo en que no se puede mencionar lo que los demás están diciendo.

Por tanto, la sociedad de Internet es un mundo de

attempting to prevent the spread of that technology for more than thirty years, in pursuit of what it was pleased to regard as its sovereign right to listen to every telephone conversation everywhere in the world (except in the United States, where of course, it never, ever, ever listened, because its listening would have been against the law). At any rate, the government of the United States, through the National Security Agency, attempted to prevent the distribution of strong encryption in the Internet for 15 years, litigating very hard in cases in which I was intimately engaged on the other side, and then with the suddenness of enlightenment surrendered completely. At the outset of that campaign, we were constantly told that under no circumstances would we ever find ourselves living in a society where strong encryption might be freely exported to the world. That remained the official position until the moment when the greatest secret agencies in the strongest empire in the history of the world gave up. We will now live in the 21st century in a world in which no government will routinely know what anybody is saying to anybody else unless invited to learn. It is true that such invitations will be routinely extended, in the very same way in which your credit card routinely extends to the world the permission for your life to become as a pane of glass: You will undoubtedly reveal to lots of people, lots of the time, everything you think and everything you do. But when you don't want to, you won't.

In such an environment, speech taboos of any kind -against the purchase or sale of particular digital commodities, against the revelation of certain government secrets, against the disclosure of pertinent private details about someone else's life, or, for that matter, disclosures regarded as obscene by a particular society's sexual taboos- will be unenforceable and unreachable by law.

In such an environment, it is not merely the right of honor that is dead. I didn't come down here to trespass on your hospitality by announcing that some local prejudice I don't understand is gone. I came instead to point out that your "honor" is a species in a genus of dead conceptions -rules about what must not be said- that have no practical reality in a world where you can't tell what anyone else is saying.

So the Internet society is a place of generally unlimited transparency alongside pockets of complete secrecy. For us to speak of the right to control others' discourse there is to give the word "right" a most unusual meaning: We might better describe it as a "wish."

Whether, therefore, one has a wish for "honor" to be respected is merely a matter of personal concern. I

transparencia generalmente ilimitada junto con bolsillos de completo secreto. El hablar del derecho al control del discurso de los demás es darle a la palabra "derecho" el sentido más inusual, mejor desueto como "deseo".

En este punto, si una persona tiene un deseo de que el honor sea respetado, es un asunto puramente personal. No tengo mucho que decir sobre ello, excepto mencionar que dignificar el deseo con el peso de la autoridad constitucional es ridículo.

Entonces, ¿dónde nos encontramos? La libertad de prensa en el siglo 21 realmente significa el continuo subsidio de poderes privados, ilegítimos en su uso presente, pero que una vez fueron dignificados por propósitos públicos adecuados. El derecho al honor, como otros intentos de imponer por la fuerza tabúes de expresión locales en una red global protectora del secreto es solamente otro deseo incoercible por la continuidad de valores sociales obsoletos en una sociedad moderna.

¿Qué es lo que cuenta entonces, si es que esto no es importante? La libertad de información cuenta. La habilidad de todas esas personas para estar conectadas a la red social, cuenta. La remoción de los privilegios previamente acordados a particulares de controlar o de arrollar el discurso de los demás, cuenta. Ello demanda de nosotros un enfoque completamente diferente a las cuestiones del flujo de información en la Sociedad de Internet. Debemos cesar de estar preocupados con los temas de los cuales hemos estado previamente hablando tanto que ya no tienen nada más para aportar a nuestros pensamientos. Y debemos comenzar a interesarnos en nuevas cuestiones:

- 1) ¿Facilita el Estado la conexión de todas las personas entre ellas todo el tiempo o interfiere en ello?
- 2) ¿Resiste el Estado la lucha de los dueños de los obsoletos privilegios de comunicación para mantener su mantenimiento o facilita la continuidad de su injusto control a cambio de una u otra forma de soborno encubierto?
- 3) ¿Practica el Estado una política consistente en mantener oculta a la gente la realidad de que sus tabúes no son más pasibles de ser impuestos por la fuerza, y que sus vidas se han vuelto transparentes? ¿O se aviene el Estado a enseñarle a las personas cómo usar las nuevas tecnologías para vivir vidas más fructíferas y políticamente participativas, con un propósito real, en las nuevas condiciones?

Estas no son preguntas que se respondan adecuadamente hablando de derechos. Particularmente no charlas sobre derechos de la variedad de los Estados Norteamericanos, la cual tiende a ser sobre lo que una persona puede evitar que el Estado haga. Y como hizo notar el Profesor

don't have much to say about that, one way or the other, except to point out that to dignify the wish with the weight of constitutional authority is ludicrous.

So, where do we find ourselves? The liberty of the press in the 21st century actually means continued subsidy of private powers, illegitimate in their present use, though once justified by adequate public purposes. The right of honor, like other attempts at enforcement of local speech taboos in a global and secrecy-protective network, is just another unenforceable wish for the continuance of obsolete social values in a modern society.

What counts as then, if these concepts don't? Freedom of information counts. The practical ability of all our people to be connected to the social network counts. The removal of the privileges previously accorded to particular parties to control or overwhelm the speech of others counts. This recognition demands of us a completely different approach to questions of the information flow in the Internet Society. We must cease to be concerned with the issues we have previously talked much about: they no longer have anything meaningful to contribute to our thoughts. We must become concerned instead with new questions:

- 1) *Does the State facilitate everybody's connection to everybody else or interfere with it?*
- 2) *Does the State resist attempts by the owners of obsolete communication privileges to continue their hold, or does it facilitate the continuance of their unjust control in return for one form or another of concealed bribe?*
- 3) *Does the State practice a politics that consists of concealing from people the reality that their taboos are no longer enforceable, and that their lives have become transparent? Or does the State instead engage in teaching people how to use the new technologies to live fruitful and politically participatory lives, with real purpose, in the new conditions?*

These are not questions that are necessarily well addressed by rights talk. Particularly not rights talk of the US variety, which tends to be about what one can keep the State from doing. And as Professor Issacharoff noted, that's not even really the problem most of the time in the law of defamation, let alone in the more complicated problems of media structure and access to the common fund of knowledge, problems which will become primary social policy issues in the 21st century.

Rather than the traditional US question of how to restrain the State, the new questions are about the

Issacharoff, ese no es verdaderamente el problema en la mayoría de los casos en la ley de difamación, y ni mencionar los más complicados problemas de la estructura de los medios y el acceso al fondo común de conocimiento que serán los principales tópicos de la política social del siglo 21.

En lugar de la tradicional pregunta de los Estados Unidos sobre cómo controlar al Estado, ahora las nuevas preguntas son sobre la obligación positiva del Estado de cortar su propio comportamiento tradicional y refrenar aquellos delegados en la economía privada, a quienes una vez astutamente se los dio y ahora puede sabiamente recuperar.

La primera obligación del Estado del siglo 21 es asegurar el más amplio acceso al sistema dominante de interconexión. Ello implicará la responsabilidad de adoptar y mantener el mínimo costo tecnológico para la comunicación inalámbrica entre personas todo el tiempo.

La sociedad en la cual todos le podrán hablar a todos usando las ondas aéreas públicas sin costo, y podrán transmitir información a cualquiera que desee recibirla a través de las mismas ondas sin costo, nos muestra al viejo Estado buscando una normativa pública justa en el siglo 21. Ningún otro sistema de intervención estatal en el uso de funciones de comunicaciones pasa siquiera el menor test de justicia en nuestras condiciones tecnológicas.

Cada Estado actualmente falla esa prueba. El mío peor que la mayoría.

Es responsabilidad del Estado mostrar a la gente lo que significa la vida en condiciones sociales transparentes. Educarlos en qué es lo que el mercado hace con la información que ellos revelan. Evitar precipitados y solo aparentes controles funcionales sobre el movimiento de la información y evitar imponer a partes privadas responsabilidades opresivas para controlar el flujo de esa información, la cual el Estado no es lo suficientemente fuerte como para hacer cumplir.

Cada Estado actualmente falla ese mínimo test de justicia. El mío peor que cualquier otro.

Es responsabilidad del Estado en el siglo 21, debilitar el mantenimiento de los tabúes culturales locales específicos, y resistir la intervención de los privilegios en la política a través del soborno, contribuciones de campañas, propiedad de los partidos, y todas las demás formas de corrupción que el siglo 20 introdujo en la estructura de los medios de comunicación con el propósito de eliminar la aristocracia de la información, la cual gobierna ahora, tanto como los propietarios de las tierras gobernaron las sociedades en los antiguos regímenes.

Cada estado actualmente falla ese mínimo test de justicia. El mío más que la mayoría.

Nos encontramos, entonces, en un mundo en el cual la discusión que hemos estado teniendo carece casi com-

State's positive obligation to undercut its own traditional behavior by reining in those delegates in the private economy to whom it once upon a time wisely gave what it now can only wisely recoup.

The primary obligation of the 21st century State is to assure the broadest possible access to the system of pervasive interconnection. This will imply a responsibility to adopt and support minimum-cost technology for wireless communication between and among all persons all the time.

The society in which everybody may talk to everybody else using the public airwaves, and may transmit data to anybody who wishes to receive it through the same airwaves, at no cost, shows us the old State pursuing a normatively just public policy in the 21st century. No other system of State intervention in the use of communications functions meets even a loose test of justice in our new technological conditions.

Every State currently fails that test, mine worse than most.

It is the responsibility of the State to show people what life in transparent social conditions means. To educate them on what it is that the market now does with the information that they disclose. To avoid hasty and only apparently functional controls over the movement of that information, and to avoid imposing on private parties oppressive responsibilities to control the flow of that information, which the State is by no means strong enough to enforce.

Every State currently fails that minimum test of justice, mine worse than any other.

It is the responsibility of the State in the 21st century to weaken the hold of particular cultural taboos locally, and to resist the intervention of privilege in politics - through bribery, campaign contributions, party ownership and all the other forms of corruption that the 20th century introduced into the media structure - for the purpose of eliminating the aristocracy of information, which governs now as surely as the proprietors of physical land resources governed in the ancien regime.

Every State currently fails that minimum test of justice, mine more than most.

We find ourselves now in a world in which the legal discourse we have been using is almost completely without meaning and entirely without utility in securing justice. The new issues are poorly understood, and they're certainly not on the public policy agenda as defined by the owners of current communications privileges. Human aspirations may now be met in entirely new, unprecedented ways. To lead a more fulfilling life people aspire to be able to learn everything,

pletamente de sentido, y de utilidad en asegurar la justicia. Los nuevos temas son pobremente entendidos y no están en la agenda de la política pública, tal como es vista por los dueños de los actuales privilegios. Las aspiraciones humanas podrán ahora ser alcanzadas en nuevas maneras, sin precedentes en la historia de la humanidad. Tales aspiraciones, el poder aprender todo, en todo momento, en cualquier lugar, el tener acceso a la totalidad de la cultura humana, toda música, todo arte, toda literatura, todo el tiempo, en todo lugar, el ser libre para expresar cualquier opinión a cualquiera en perfecta seguridad, en todos lados, en todo momento, independientemente de la opinión del Estado sobre si dichas opiniones privadas son correctas, equivocadas, ofensivas, chocante, o nocivo para el orden humano. Todas esas aspiraciones se están volviendo claras a la gente joven en todas las sociedades avanzadas cuya relación con la tecnología de la interconexión humana difiere fundamentalmente de la nuestra, quienes crecimos en un mundo antes de que la tecnología remodelara la sociedad, o quienes aún viven en lugares donde dicha remodelación aún no ha alcanzado una masa crítica.

Por tanto, nuestras sociedades están comenzando a experimentar aspiraciones crecientes, nuevas demandas sociales. Tenemos una clase dominante, los propietarios de privilegios de la comunicación, gubernamentales y no gubernamentales, a través del mundo, determinados a resistir la fuerza de dichas aspiraciones. Tenemos un proceso de modernización a través de las sociedades desarrolladas, la cual está remodelando las vidas de las personas en avance de las doctrinas del control estatal, alimentando las aspiraciones que la clase dominante determina formar para el mantenimiento de su propio poder. Los nuevos arreglos sociales desafían juicios considerados previamente sagrados sobre el sostenimiento del orden social y el mantenimiento de la estabilidad en la sociedad.

Esta es una historia familiar. El capítulo siguiente es la revolución. Siempre. Está llegando. No se preocupen, está llegando. Y qué clase de revolución es, depende de nuestra habilidad para reconocer las condiciones y responder a ellas. Depende de la habilidad de las sociedades para rechazar antiguas nociones, quitar el poder a los antiguos líderes y destruir viejos ídolos. Aquellos que puedan hacerlo, tendrán una revolución pacífica, más liberadora que ninguna de las que ha ocurrido en la historia de los seres humanos. Aquellos que no puedan serán arrastrados por una fuerza más grande que la que ningún otro régimen decayente haya enfrentado alguna vez, y perderán en una forma más completa, más horrorosa, y en un cataclismo más triunfante para los intereses de la libertad que ninguno que hayamos presenciado con anterioridad. ♦♦

anytime, anywhere; to have access to the whole of human culture, all music, all art, all literature everywhere, all the time; to be free to express any opinion to anyone in perfect security, anywhere, anytime, regardless of the opinion of the State as to whether those opinions privately held are right, wrong, offensive, shocking or deleterious to human order. The role of the new technology in making all those aspirations achievable is becoming clear to young people in all of the advanced societies. They relate to the technology of human interconnection differently from those of us who grew up before technology reshaped society, or who still live in places where that reshaping has not yet reached critical mass.

So our societies are beginning to experience rising expectations, new social demands. We have a ruling class -the proprietors of communications privileges, governmental and non-governmental, throughout the world- determined to resist the force of those expectations. We have a process of modernization going on throughout the developed societies, which is reshaping the lives of people in advance of the doctrines of State control, feeding the very expectations that the ruling class determines upon suppressing for the maintenance of its own power. The new social arrangements that are demanded challenge previously sacred judgements about the levers of social order and the maintenance of stability in society.

This is not an unfamiliar story: The next chapter is revolution. Always. It's coming, don't worry, it's coming. What kind it will be depends upon our ability to recognize the new conditions and respond to them, depends upon our flexibility in rejecting old notions and our willingness to disempower old leaders and to smash old idols. Those societies which can transform themselves will sustain a peaceful revolution, more liberating than any that has ever occurred in human history. Those societies which can't will be swept away by a force greater than any falling regime has ever faced. Such unlucky power structures will lose more completely, more horrifyingly, and in a cataclysm more triumphant for the interests of freedom than any we have ever seen before. ♦♦



JURISPRUDENCIA COMENTADA

- *Sentencia N° 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995*
- *Echevarría, José Luis - Acerca de la adjudicación en la licitación pública.*

SENTENCIA N° 594

MINISTRO REDACTOR DR. JORGE MARABOTTO LUGARO

Montevideo, veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: «Peirano, Alfredo C/ Intendencia Municipal de Salto. Daños y Perjuicios. Casación», Ficha No. 621/93; venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia No. 173/93, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8° Turno.

RESULTANDO:

- 1°) *Que por la referida decisión, se revocó la sentencia apelada y, en su lugar, se desestimó la demanda, sin especial condenación (fs. 213 y ss). A su vez, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado de Primera Instancia de Salto de 5° turno, había acogido la demanda y, en su mérito, condenó a la Intendencia Municipal de Salto a indemnizar al actor, la suma de N\$ 38.691.485 (nuevos pesos treinta y ocho*

ACERCA DE LA ADJUDICACIÓN EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

Comentario a la Sentencia 594 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de agosto de 1995

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica del acto de adjudicación con que finaliza el procedimiento de la licitación pública ha sido objeto de diversas concepciones, constituyendo un punto que presenta rasgos de una alta opinabilidad. Esta opinabilidad ha llevado a que distintos autores a sostener posiciones divergentes en cuanto a la naturaleza jurídica del acto de adjudicación.

La posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica del acto de adjudicación tiene diversas consecuencias jurídicas respecto al vínculo que nace a partir de dicho acto entre el adjudicatario y el Estado, y, en consecuencia, también respecto de la responsabilidad que puede originar el incumplimiento o la ruptura de dicho vínculo.

La sentencia N° 594 del 21 de agosto de 1995 de la Suprema Corte de Justicia que se comenta, se inclina en favor de la posición que sostiene que la notificación del acto administrativo de adjudicación importa la aceptación de la oferta y por lo tanto el nacimiento de un nuevo vínculo contractual. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia adhiere a lo sostenido en nuestro País por el Profesor Enrique Sayagués Laso.

millones seiscientos noventa y un mil cuatrocientos ochenta y cinco) -en la actualidad \$ 38.691,49- debidamente reajustada de acuerdo a la ley No. 14.500, desde la fecha de la demanda más los intereses legales. Las costas y costos en el orden causado (fs. 184 y ss.).

2°) Que contra la misma, se agravió la parte actora, interponiendo el recurso de casación, oportunidad en la que expresó, en síntesis:

El recurso se funda en la infracción o errónea aplicación de los arts. 1291, 1342 y 138 del Código Civil, 72, 211 lit. b y 332 de la Constitución, 215, 218 y 222 del Código General del Proceso y de los Pliegos de Condiciones Generales y Particulares del llamado licitatorio.

Según el recurrente la sentencia impugnada incurre en una serie de contradicciones: por un lado, afirma categóricamente que el tema en debate es dilucidar si existió o no responsabilidad contractual, resultando innecesarias todas las consideraciones y conclusiones de la sentencia de primera instancia referentes a presunta responsabilidad extracontractual o precontractual; y, por el otro, se sostiene que no se llegó a perfeccionar el contrato, pese a que las partes habían llegado a un acuerdo de voluntades sobre las bases propuestas por la empresa adjudicataria. Además, a los efectos de establecer el tema en debate se basa en un pronunciamiento recaído en estos mismos autos -dictado por la misma Sala con distinta integración-, en el que se manifiesta expresamente que celebró un contrato con la Intendencia demandada, en el que se habrían acordado las condiciones de las obras proyectadas.

Por tanto, se desconoce la cosa juzgada derivada de dicho pronunciamiento definitivo (art. 222). Véase que el fallo, confirmatorio de la desestimatoria de primer grado, reconoce como fundamento la

Tesis a que adhiere la Suprema Corte de Justicia: *La adjudicación determina la selección y aceptación de la oferta.*

La sentencia que se comenta adhiere a la tesis según la cual la licitación es un proceso de contratación y la adjudicación (su último acto) implica tanto una selección del contratante así como la aceptación de su propuesta.

Esa posición implica que una vez que la adjudicación se notifica se perfecciona un contrato entre el Estado y el adjudicatario.

En el caso resuelto por dicha sentencia, esta posición determinó la indemnización del adjudicatario por responsabilidad contractual por la decisión de la Intendencia Municipal de Salto de dejar sin efecto el contrato.

El fundamento de lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia se encuentra en que la oferta del particular es una propuesta y la adjudicación es la aceptación de la misma, lo que de acuerdo a las normas del Código Civil crea una regla a la que las partes deben sujetarse como a la Ley misma (artículo 1291 del Código Civil).

De dicho contrato nacen las obligaciones y derechos propios del contrato a cargo de las partes a partir de ese momento. Si la obligación del particular consistiera en una prestación de dar, podría ser ejecutada in natura por el Estado, si ello fuera más conveniente que obtener la rescisión y los daños y perjuicios.

Basta imaginarse el caso en que un adjudicatario se resista a cumplir una obligación de dar que no fuera sustituible (un objeto único, una obra de arte, un objeto con valor histórico) para advertir que esta opción en cabeza del Estado se vuelve de enorme importancia. Pero aún sin llegar a bienes únicos o insustituibles, si hubiera por ejemplo un sólo oferente cuya oferta sea conveniente en una licitación y que se resista a dar algo que tiene en su patrimonio, el Estado no se vería obligado a volver a licitar si logra ejecutar in natura la obligación.

Otra consecuencia directa de adoptar esta posición tiene relación con la responsabilidad emergente de la violación de las obligaciones emergentes de la oferta y la adjudicación, la que tiene, según esta doctrina, naturaleza contractual.

Tesis de la elección precontractual sin aceptación de la oferta.

Si por el contrario se adopta la posición según la cual la licitación es un proceso de simple selección precontractual y por ende que naturaleza jurídica de la adjudicación consiste solamente en un acto precontractual de selección de un futuro y eventual contratante, las consecuencias son muy diferentes.

No surge vínculo contractual debiéndose determinar si el oferente que resulta adjudicatario puede adquirir (no habiendo contrato) un derecho subjetivo a contratar, o si por el contrario, solamente mantiene la situación jurídica de interés legítimo que constituye la situación jurídica del resto de los oferentes.

De todas formas, y sea cual fuere la solución a la cuestión anterior, la resistencia del adjudicatario a cumplir con lo ofertado no

existencia de un contrato entre el actor y el ente demandado, punto que ya ha sido discutido y resuelto (fs. 171 y ss.).

Por otra parte, se agravia de que se haya entendido que la intervención a cargo del Tribunal de Cuentas, constituía una condición, a la que quedaba sujeto el perfeccionamiento del contrato. A su criterio, no deja de llamar la atención que se califique de condición el cumplimiento de la Constitución y de la ley, por parte de la demandada.

Parece claro que la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas, dispuesta por la Constitución, mal puede encajar en el concepto legal de condición, suceso futuro e incierto, del cual se hace depender la fuerza jurídica de una obligación. Y en el caso, aunque el gasto fuera observado por el Tribunal, la Intendencia rechazó la observación e insistió en el gasto, lo cual dio lugar a un nuevo examen del asunto por parte de aquél, que no impedía a la Administración proceder a su realización.

Por último, alega que aunque se descartara la existencia de responsabilidad contractual en el caso, igualmente procedería la condena en base a la responsabilidad precontractual, que se derivaría del hecho de haber dejado sin efecto la licitación.

Pidió se casara la sentencia recurrida, confirmando en su lugar la decisión de primera instancia, con tributos y costos (fs. 216 y ss.).

3°) *Que la contraparte, no evacuó el traslado que le fuera conferido, concediéndose el recurso interpuesto (fs. 231).*

podría dar lugar a ejecución forzada aún que la prestación consistiera en dar, dado que no habría nacido la obligación contractual.

La responsabilidad emergente de la violación del vínculo no podría ser calificada de responsabilidad contractual sino que debería ser calificada de precontractual.

Pero además de todas las consecuencias anotadas, quedaría por determinar cuál es el momento en que surge el contrato, o sea cuál es el momento en que se produce el consentimiento. En el caso de los contratos solemnes ello no plantearía problemas porque en todo caso para que el contrato sea válido se requiere de su formulación de acuerdo a la solemnidad. El problema se plantea en los contratos consensuales, porque en éstos, muchas veces no hay una instancia de redacción escrita de cláusulas contractuales (compra de víveres frescos y otros suministros etc.)

En este sentido, hay que ubicar cuál es la declaración de voluntad del Estado que invita a contratar y cual es la aceptación de contratar. Para que el sistema fuera coherente, habría que sostener que el oferente es libre de contratar o no luego de la adjudicación porque aún no hay consentimiento.

Algunos autores, como Carbajal Victorica, sostienen que la adjudicación notificada es promesa formal de contratación (Juan José CARBAJAL VICTORICA Consulta, en Revista Uruguaya de Derecho Público y Privado tomo 41, páginas 282 y siguientes).

Pero para que haya una promesa de contratar, debe de haber una intención común y coherente de ambos contratantes en tal sentido. Es decir, se debe haber ofrecido eso por el oferente en su oferta y aceptado eso por el Estado en la adjudicación, de otra forma, la promesa es una ficción.

Si nos atenemos a la realidad jurídica, observamos que en las ofertas y en las adjudicaciones no hay referencia alguna a promesas de contratar. Si no existe tal promesa, ni tampoco contrato, entonces no hay obligación alguna de contratar, como se verá más adelante.

A la luz de esa inexistencia de obligación de contratar que surge de esta posición - que no se comparte -, habría que analizar si el consentimiento prestado por el adjudicatario frente al caso muy usual de "intimación a firmar el contrato", no es un consentimiento viciado por la amenaza de aplicación ilegítima de consecuencias desfavorables al mismo.

II. DIVERGENCIAS EN CUANTO AL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN

El análisis del acto de adjudicación nos enfrenta con el hecho de que no existe un concepto unánime de la misma, sino que por el contrario, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a dicho concepto.

Se puede afirmar que, una vez analizadas las distintas posiciones, se descubre que autores que coinciden en la misma corriente,

4°) *Que elevados los autos, se oyó al Sr. Fiscal de Corte, quien en fundado dictamen, aconsejó que procede la casación del fallo recurrido (f. 246 y ss.).*

5°) *Que se acordó sentencia en forma legal (fs. 255).*

CONSIDERANDO:

I) *Que se anulará el fallo impugnado.*

Ello porque, sin duda, el recurrente tiene razón en su crítica al mismo, habida cuenta de que en la solución a la que se arribara, existe «...infracción o errónea aplicación de la norma de derecho...» (Código General del Proceso, art. 270, inc. 1°). Circunstancia que permite la casación de la decisión de la segunda instancia de mérito, a fin de sustituirla por aquella que se estima conforme al derecho objetivo que regula la cuestión debatida.

Y a los efectos de una correcta dilucidación de los agravios alegados y que motivan la sucumbencia del impugnante, corresponde partir de los hechos tenidos por probados por el Tribunal Civil actuante. Surge de la misma y del pronunciamiento del grado anterior, a la que se remite tácitamente- cuanto sigue:

- a) *Con fecha 27 de octubre de 1985 la Intendencia Municipal de Salto, llamó a licitación pública para el estudio, proyecto y construcción de dos calzadas de hormigón armado en el referido departamento (Expediente agregado, fs. 1);*
- b) *El día 20 de abril de 1987, la empresa del actor -Alfredo Peirano- resultó ser la adjudicataria de la*

fundamentan sus adhesiones en argumentos que a veces son contradictorios, lo que hace aún más complejo el panorama doctrinario.

En el siguiente capítulo, se hará una referencia a las posiciones de autores cuyas posiciones difieren en cuanto al concepto de adjudicación, y también en cuanto al significado y efecto jurídico del mismo.

III. PANORAMA DOCTRINARIO

3.1 ENRIQUE SAYAGUÉS LASO

El citado autor (al que se adhiere la sentencia que se comenta) define el concepto de adjudicación en la siguiente forma: "La decisión de adjudicación es el acto de voluntad de la Administración, determinando cuál de las propuestas presentadas es la más ventajosa, y aceptándola a la vez, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado" (Enrique SAYAGUÉS LASO "Licitación Pública" editorial Acali, Montevideo, 1978 página 103).

Prosigue el citado autor en su tesis: "La decisión de adjudicación tiene pues un doble aspecto: en primer término y como consecuencia del estudio detenido que se ha hecho de las distintas propuestas recibidas, se elige la que mas ventajas reporta a la Administración; en segundo lugar, pero simultáneamente, se declara aceptada dicha propuesta, cerrándose así el negocio" (Enrique SAYAGUÉS LASO op. cit. página 103).

Es decir que, según este autor, con la adjudicación notificada se cierra el consentimiento entre las partes, dando lugar al nacimiento de un contrato entre las mismas.

3.2 ALBERTO RAMÓN REAL

El citado autor define la adjudicación de la siguiente manera: "Es el acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa. Con esto se integra el acuerdo de voluntades. Luego viene la notificación y en su caso la documentación del contrato por escrito" (Alberto Ramón REAL "Licitación Pública, Adjudicación y Contrato - Vicios", publicado en La Justicia Uruguaya N° 76 sección doctrina página 81).

Más adelante afirma: "Solo con la adjudicación notificada surge el derecho subjetivo a exigir la formalización del contrato" (Alberto Ramón REAL ob.cit página 81).

Este autor sostiene por un lado que la adjudicación implica la aceptación de la oferta, lo que podría ser interpretado como una adhesión a la tesis de Sayagués. Pero a diferencia de dicho autor, Real sostiene que nace un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario que no atribuye al perfeccionamiento del contrato. Más adelante se analizará la viabilidad jurídica de la existencia de dicho derecho subjetivo si se sostiene (como lo hace el autor) la inexistencia de un contrato con la notificación de la adjudicación.

- licitación. La misma suponía una inversión de N\$ 19.869.948.00 (nuevos pesos diecinueve millones, ochocientos sesenta y nueve mil novecientos cuarenta y ocho) -en la actualidad \$ 19.869,95- y estaba «condicionada» al «...visto y registro del Tribunal de Cuentas de la República» (Exp. cit., fs. 68);
- c) El Tribunal de Cuentas, en función de que no se dio cumplimiento a lo dispuesto por el art. 34 de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera y a que el rubro de imputación carece de disponibilidad, resolvió «Observar el gasto y devolver las actuaciones a su lugar de origen» (Exp. cit., fs. 71);
- d) La demandada, con fecha 27 de julio de ese mismo año, reiteró el gasto observado. Lo hizo en función de las razones que expuso in extenso (Exp. cit., fs. 78);
- e) Dado que la Intendencia de Salto -ordenador del gasto- lo reiteró, con fecha 4 de agosto comunicó su decisión a la Junta Departamental y el día 11 de ese mismo mes y año, hizo lo propio con el Tribunal de Cuentas (Exp. cit., fs. 79).
- f) El Tribunal de Cuentas, mantuvo su decisión y dio cuenta, por ello, a la Junta Departamental y dispuso oficiar a la Intendencia, «...en los términos de la presente resolución» (Exp. cit., fs. 84) Dicha comunicación fue recibida por el ente descentralizado territorialmente, el día 23 de setiembre y, se dispuso la reserva de las actuaciones (fs. 84 vto. y 87);
- g) Como la solución técnica, a su vez, había sido observada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, se dispuso la confección de nuevos planos y que se solicitara «...nuevo presupuesto a la Empresa Alfredo Peirano Construcciones», ahora, para la construcción de sendos puentes en Paso de las Piedras y del Arroyo Arerungua y en Paso Corral de Piedras sobre Arroyo Sopas (Exp. cit., fs. 88 y ss. y 103); Lo que importa un total de N\$ 56.889.330.00 (nuevos pesos cincuenta y seis millones, ochocientos ochenta y nueve mil trescientos treinta) -actualmente, \$ 56.889,33-;

3.3 CARBAJAL VICTORICA

El citado autor, en consulta evacuada al Directorio del SOYP, sostiene que la licitación pública es un procedimiento previo al contrato que termina con la adjudicación que acepta una propuesta y luego la creación del contrato ocurre con su formalización (Juan José CARBAJAL VICTORICA Consulta, en Revista Uruguaya de Derecho Público y Privado tomo 41, páginas 282 y siguientes).

En este caso, también se advierte que el autor expresa que por la adjudicación se acepta la oferta. Pero más adelante en su exposición, se inclina por la posición de que con la adjudicación nace un derecho subjetivo a la contratación, por el nacimiento de un contrato de promesa de contratar.

No se comparte dicha posición porque para que exista promesa de contratar, tal voluntad debe ser inequívoca y coherente entre ambas partes, puesto que de no ser así, dicha promesa sería solamente una ficción.

Al fundamentar su posición, establece que las normas en los pliegos determinan la constitución de la garantía de fiel cumplimiento de contrato previo a la celebración formal del contrato. Este mismo argumento se vuelve en contra de su tesis, dado que la garantía de cumplimiento, como tal, debe ser accesoria a otra obligación. Cabe preguntarse cómo puede ser accesoria a una obligación contractual que no existe. La conclusión ineludible es que la obligación contractual existe de acuerdo a la propia mecánica establecida en los pliegos de condiciones. Por otra parte, este sistema que existía en los pliegos de la época, hoy tiene consagración legal y está contenida en el TOCAF.

Sin perjuicio del fundamento de su posición, surge claro de la consulta, que era preocupación principal para el citado autor que el acto de adjudicación estuviera comprendido entre los actos procesables por acción de nulidad. En ese sentido expresa: "...Ese modo de encarar la licitación y el acto de adjudicación, es el único de acuerdo con la lógica jurídica y la doctrina más recibida sobre los procedimientos y los actos administrativos, y además representa abrir el camino en vez de cerrarlo, para la garantía del hoy vigente, contencioso administrativo de anulación, - donde sólo se puede examinar regularidad jurídica de los actos unilaterales definitivos de la administración pública".

3.4 CARLOS E. DELPIAZZO

El Profesor Carlos Delpiazzo, refiriéndose a la adjudicación establece: "Se trata de un típico acto administrativo, precontractual, y separable cuyo contenido y fin es determinar la oferta más ventajosa y conveniente para la Administración". (Carlos E DELPIAZZO "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999 página 191).

Refiriéndose a la consulta citada del Dr. Carbajal Victorica, expresa que el mismo expuso brillantemente la diferenciación esencial entre la adjudicación y contrato, entendiendo que la licitación pública es un procedimiento previo y distinto a la contratación y que, por lo tanto, cualquiera sea la forma en que se documente ese contrato, el mismo es separable del procedimiento previo" (Carlos E DELPIAZZO ob.cit página 203).

- h) *La Intendencia, aceptó la nueva propuesta y la «condicionó» una vez más «...al visto bueno del Tribunal de Cuentas de la República», lo que dispuso por resolución del día 17 de noviembre de 1988 (Exp. cit., fs. 103).*
Resolución notificada al interesado el día 23 de noviembre de ese mismo año (Exp. cit., fs. 104).
- i) *Posteriormente, el Tribunal de Cuentas, por los fundamentos que señaló, observó nuevamente el gasto, devolviendo las actuaciones a la Intendencia actuante. Oportunidad en la que, habida cuenta de que «...en la especie se produce un cambio de la licitación sustancial, al construirse dos puentes en sustitución de las calzadas...» aconsejó «...efectuar un nuevo llamado a licitación Pública de acuerdo a la solución técnica viable...» (Exp. cit., fs. 108);*
- j) *Como el hoy actor, solicitó información sobre la licitación en cuestión, la Intendencia Municipal, en una muy fundada decisión, resolvió archivar las actuaciones, previa notificación al mismo y devolución de las garantías depositadas (Exp. cit., fs. 111 y 112 y ss.);*
- k) *Ya el día 30 de setiembre de 1988, la empresa actora comunicó a la Intendencia que dejaba expresa constancia que «...aceptar por parte de nuestra empresa la modificación de uno de nuestros proyectos licitados y adjudicados, no significa renunciar a ningún punto de los presentados en la licitación de la referencia.....» Asimismo, señaló que esa situación deberá contemplarse en el «...contrato único que se deberá firmar entre esa Intendencia y nuestra empresa (fs. 1).*
Del examen de las actuaciones reseñadas, no hay duda que se está en presencia de una hipótesis de responsabilidad contractual por incumplimiento de la Administración Municipal demandada. Porque más allá de si existen contradicciones en el pronunciamiento del Tribunal actuante -que las hay-, lo cierto es que las partes han discutido partiendo de la base de las consecuencias que ha podido tener para

“La dificultad se plantea cuando el contrato no se celebra por escrito. Para esta segunda hipótesis en que el contrato no se documenta, la opinión mayoritaria se inclina por entender que el acuerdo de voluntades se produce con la notificación aceptada del acto de adjudicación. Corresponde hablar de notificación aceptada porque la notificación es una mera formalidad de comunicación de un acto administrativo en este caso de la adjudicación y para que nazca el contrato se necesita una segunda manifestación de voluntad traducida en la aceptación de ese acto de adjudicación, que, en definitiva, es generar un contrato que tiene como contenido la propuesta original del oferente ajustada a las estipulaciones del pliego consideradas como parte integrante de la misma”. (Carlos E DELPIAZZO ob.cit página 204).

Esta posición, a nuestro juicio, implica que la adjudicación se transforma, entonces, en una propuesta que requiere una nueva aceptación. Cabe deducir de esta posición, que el oferente estaría legítimamente investido del derecho de no aceptar la adjudicación dejando sin efecto el contrato, teniendo como única consecuencia adversa la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta, pero de ninguna forma, el resarcimiento de daños y perjuicios al Estado.

Con referencia a los efectos del acto de la Adjudicación expresa: “...El cuarto efecto de la adjudicación es generar el derecho del adjudicatario a ser indemnizado si la Administración desiste antes de celebrar el contrato”. (Carlos E DELPIAZZO ob.cit página 193).

3.5 ROBERTO DROMI

El citado autor, al referirse a la licitación pública, se remite a un fallo jurisprudencial que expresa: “La licitación pública es un procedimiento legal y técnico de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante la adjudicación que perfecciona el contrato”. (Roberto DROMI “Derecho Administrativo”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, página 377).

Más adelante en la misma obra, el citado autor define el acto de adjudicación de la siguiente manera: “La adjudicación es el acto administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual (CN Fed, Sala CivCom, 4/8/67, JA, 1968-I- 128; CComCap, 19/10/36, LL, 4-634)” (Roberto DROMI, ob. cit, página 419).

Por otra parte, el mismo autor expresa, en un pasaje algo discordante con lo anterior, que la licitación es un procedimiento precontractual que termina con la adjudicación que es la concreción de la voluntad administrativa pero que no coincide a su juicio con el perfeccionamiento del contrato.

Sostiene que esto último llega con la notificación de la adjudicación, con la aprobación de ésta por el superior jerárquico, notificación de la orden de compra, etc.

el actor, la actuación de la demandada, en torno a la licitación a la que llamara para la construcción de dos calzadas, luego transformadas en dos puentes.

La parte demandada reclamó daños y perjuicios, «...al haber desconocido el Municipio mi derecho a realizar las obras licitadas y adjudicadas...», fundándose entre otras, en normas que refieren a la responsabilidad contractual (fs. 5 y ss., en especial, fs. 6 vto. y 7 vto.) y contestando la demanda, el ente territorial, repitiendo expresiones tomadas de sus propias resoluciones, argumentó que «...la adjudicación no quedó perfecta, ni jurídicamente pudo concretarse» (fs. 138 y ss., en especial, fs. 140 vto.), pero sin aludir al tipo de responsabilidad que se le atribuía.

Pero, resulta evidente que el contrato se perfeccionó.

La propuesta negocial en el contrato de obra pública se manifiesta por parte del licitador, a través de las disposiciones contenidas en el Pliego de Condiciones que marca el comienzo del trámite licitatorio, y, por parte del licitante, en la oferta que presenta. Luego que la Administración que licita la obra, examina las ofertas y selecciona la más ventajosa, el vínculo contractual nace o, dicho de otra manera, el contrato se perfecciona, con la resolución de adjudicación notificada al interesado.

Así, lo enseña la mejor doctrina administrativa. El Maestro Sayagués Laso, al examinar los elementos que aparecen en toda licitación, expresa que «...se aprecia que el encuentro de las voluntades de la Administración y el particular se produce con la adjudicación (aceptación de la oferta) notificada al interesado. El en ese momento que surge el vínculo contractual, salvo que a texto expreso se establezca una solución distinta», agregando: «...luego de la adjudicación el vínculo contractual queda perfeccionado, restando solamente la notificación al interesado. Es la solución de principio... Claro que si los textos exigen expresamente la firma del contrato u otra formalidad, es necesario el cumplimiento de dichos requisitos» (Tratado de Derecho Administrativo, t. I, pág 554).

Esto es, en tal instituto la expresión de voluntad de las partes surge, respecto del licitador, del pliego de

Como se advierte, existe una divergencia entre lo expresado al referirse a la licitación (página 377) y lo referido a la adjudicación (página 419 y siguientes).

IV. COINCIDENCIAS ENTRE LAS TESIS ENUMERADAS

Como se aprecia a través de la lectura de los conceptos transcriptos en el capítulo anterior, la doctrina no es unánime respecto de la definición del acto administrativo de adjudicación.

Todos los autores son, sin embargo, contestes en algunos puntos, entre los cuales se puede resaltar:

- Todos los autores consideran la Licitación Pública como un procedimiento administrativo.
- Asimismo, la doctrina es conteste en considerar el acto de adjudicación como un acto unilateral de la Administración que crea efectos jurídicos, razón por lo cual es calificado de acto administrativo.
- No hay diferencias entre los autores en referencia a que el acto de adjudicación es el último acto del procedimiento de la Licitación Pública.
- Todos los autores son contestes en que la situación jurídica del oferente al que le es adjudicada la licitación varía en el momento de dicha adjudicación. Algunos autores sostienen que surge un vínculo contractual (para algunos preliminar y para otros definitivo), mientras que otros sostienen que tal vínculo no es contractual, pero expresan que, no obstante, nace un derecho subjetivo a favor del adjudicatario.

V. DERECHO SUBJETIVO EN CABEZA DEL ADJUDICATARIO

Este nacimiento de un derecho subjetivo nuevo a partir de la adjudicación es el punto que aparece como de análisis necesario para determinar si la adjudicación determina el surgimiento de un contrato o no.

Porque es a la luz de las fuentes de los derechos subjetivos y las obligaciones, que se puede determinar si la adjudicación puede dar origen o no a un derecho subjetivo.

En efecto, para determinar si a partir de la adjudicación nace un derecho subjetivo en cabeza del adjudicatario, debemos analizar

- Cuáles son las categorías definidas por el Derecho como fuentes de las obligaciones y de los derechos subjetivos.
- Si el acto de adjudicación integra alguna de dichas categorías, y por lo tanto si está dotado de la virtualidad de hacer nacer derechos subjetivos (y obligaciones correlativas a dicha situación jurídica).

condiciones -donde se expresa el objeto del contrato, las condiciones del mismo y las especificaciones sobre el trámite negocial- así, como también, y finalmente, de la decisión de adjudicación, que, al tiempo que determina la propuesta que se considera más ventajosa, la declara aceptada. Respecto del licitante, su voluntad se manifiesta en la propuesta. Naturalmente, el iter negocial culmina con la notificación de la adjudicación y allí, entonces, queda perfeccionado el contrato.

Desde luego, es inexacto que, en el caso, el contrato no se hubiera perfeccionado por falta de extensión y suscripción de un documento especial conteniendo las especificaciones del negocio y diverso a las estipulaciones que surgieron del pliego de condiciones, de la oferta y de la resolución administrativa de aceptación de esta última. Como, incluso, parece surgir de expresiones del propio actor, quien al anunciar que no debía tomarse su propuesta de «...modificación de uno de nuestros proyectos licitados...», como un acto de renuncia, al propio tiempo señaló que esa situación deberá ser contemplada en el «...contrato para la construcción de las dos obras...», a suscribirse entre su empresa y la demandada. (fs. 1).

Según se entiende, de ninguna manera de las cláusulas del pliego que la sentencia impugnada menciona como previendo ese requisito, surge tal cosa. La cláusula 2ª, rectamente interpretada, indica lo contrario: según ella, las condiciones del contrato no deben ser objeto de nuevas tratativas porque surgen de la complementación de las condiciones establecidas en mismo pliego con las que figuren en la propuesta u oferta del licitante aceptado. Del mismo modo, a su vez, la cláusula 20ª, al diferir a la aprobación del licitador y desde que, quien debe aprobar es el mismo órgano que adjudica, se confunde con esta última.

Por ello, evidentemente, la resolución de 20 de abril de 1987 (supra ap. b), al disponer la adjudicación, implicó esa aprobación y, como su consecuencia natural, el perfeccionamiento del contrato. El

- A la luz de esta segunda respuesta, y para el caso de que se entienda que el acto de adjudicación genera un derecho subjetivo, se debe analizar el contenido del derecho subjetivo que nace.

VI. ORIGEN DE LAS OBLIGACIONES

6.1 Concepto de obligación

La existencia de un derecho subjetivo en cabeza de un sujeto implica la existencia a cargo de otra persona de una obligación correlativa.

En el caso en estudio, si el particular al ser adjudicatario adquiere un derecho subjetivo, debe correlativamente aparecer un deudor en cuya cabeza surge una obligación.

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías concibe la obligación de la siguiente forma: "Es la relación Jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor. Acreedor y deudor son los protagonistas que dominan la escena del derecho de las obligaciones" (Jorge Joaquín LLAMBIÁS "Código Civil Argentino Anotado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, Tomo II A).

Nuestro Código Civil, refiriéndose a las obligaciones establece en su artículo 1245: "Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Esta norma del Código Civil no da una definición de las obligaciones sino más bien una enumeración de los contenidos de dichas obligaciones, o dicho de otra forma, de las prestaciones que pueden ser objeto de las obligaciones.

Sobre el concepto de las obligaciones, enseñaba el Profesor Peirano Facio que en el Derecho Romano, las Institutas establecían que la obligación es un vínculo jurídico por el cual somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad (Jorge PEIRANO FACIO "Curso de Obligaciones", Oficina de apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, 1962, Tomo 1, página 2).

El citado autor concluye, después del análisis de las diversas concepciones sobre las obligaciones: "Podríamos decir que la obligación, analizada en sí misma se revela como un vínculo jurídico que tiene como consecuencia, según el Código, dar, hacer o no hacer alguna cosa; y cuyo vínculo jurídico comprende la idea de una sujeción personal del deudor al acreedor y una sujeción de naturaleza real del patrimonio del deudor respecto del patrimonio del acreedor en caso de que aquél no cumpla su prestación" (Jorge PEIRANO FACIO ob. cit. Tomo 1, página 13).

consentimiento se concreta con la propuesta u oferta de una parte, aceptada por la otra (C. Civil, art. 1262).

Ciertamente que tanto el pliego (cláusula 20^a), como en la resolución mencionada (párrafo 2º), se establece la necesidad del trámite previsto por el art. 211, lit. B) de la Constitución. En el primero se alude a la «intervención preventiva» de legalidad a cargo del Tribunal de Cuentas (Exp. cit., fs. 11) y en la segunda, se «condicionó» dicha adjudicación al «visto y registro» de ese importante órgano de control (Exp. cit. fs. 68).

Por supuesto, la misma -la condición-, no puede ser entendida como «condición resolutoria» (C. Civil, arts. 1407 y 1427) -posición que también sostiene el distinguido Sr. Fiscal de Corte-, esto es, como «...suceso futuro e incierto, del cual se hace depender la fuerza jurídica de una obligación». No es un acontecimiento «incierto», desde que integra por mandato constitucional el trámite administrativo, en tanto le compete «intervenir preventivamente en los gastos y en los pagos...»

La actividad desplegada por el Tribunal de Cuentas, resulta un contralor de legalidad impuesto como requisito indispensable y necesario, por la propia Constitución (art. 211 cit.). Y para el cual no se determina momento concreto de realización, pero que siempre y en todo «gasto pago», debe efectuarse.

Por ello, la doctrina, examinando el punto relativo a la naturaleza y efectos del contralor preventivo del Tribunal de Cuentas, coincide en señalar que constituye un momento dentro del procedimiento administrativo del caso -en la especie, procedimiento de licitación-, y anterior a su perfeccionamiento (Carlos Delpiazzi, El Tribunal de Cuentas, pág. 61; Vé. además, Ruben Correa Freitas, La reforma del régimen de compras del Estado, pág. 102). Pero de ninguna manera, se la puede entender como una verdadera y real «condición», con los efectos propios de su naturaleza, para hacer depender de ella, la fuerza jurídica de una obligación.

En el caso de la licitación de autos, puede admitirse que el dictado de la resolución de 20 de abril de 1987,

6.2 Origen o fuente de las obligaciones.

El Código Civil establece en su artículo 1246 las fuentes de las obligaciones: Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos, ya de un hecho voluntario de la persona que se encuentra obligada, como en los cuasi contratos, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como los delitos o cuasidelitos, ya por disposición de la ley, como sucede en las relaciones de familia o en las relaciones civiles".

Es decir que el Código prevé esas cinco fuentes de obligaciones: contrato, cuasi contrato, delito, cuasi delito y Ley.

Se ha discutido la posibilidad de que una manifestación unilateral de voluntad genere una obligación. Lo que es evidente es que la manifestación unilateral de voluntad sólo puede crear obligaciones a cargo del emisor de dicha declaración y no a cargo de otra persona (dejando de lado la hipótesis de existencia de representación).

En el caso de la adjudicación, no estamos frente a cuasicontrato, ni delito ni cuasi delito ni Ley creadora de derecho subjetivo. Tampoco existe una Ley que dote al acto de adjudicación de tal calidad creadora de obligaciones y derechos.

Queda entonces por dilucidar la adjudicación hace nacer un derecho subjetivo (voluntad unilateral como fuente) o si por el contrario esa adjudicación crea un contrato y por ello hace nacer derecho subjetivo.

VII. CREACIÓN DE DERECHO SUBJETIVO POR ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN

7.1 Posibilidad de crear obligaciones por actos administrativos

Como punto de partida de un análisis sobre la creación de derechos subjetivos y obligaciones por medio de acto administrativo, se debe analizar el alcance que la Constitución de la República le da al Derecho a la Libertad.

El artículo 10 de la Constitución establece: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Es decir, que la interpretación del artículo 1246 del Código Civil, cuando se refiere a la Ley como fuente de obligaciones, no puede entenderse en un sentido lato, o amplio, como sinónimo de norma jurídica, sino en el sentido restringido de Ley emanada del

por la que se adjudicó la licitación, no perfeccionó el contrato en tanto estaba pendiente la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas. Y con su observación, en función de su competencia «necesaria» en cuanto al contralor constitucionalmente establecido y que el propio pliego de condiciones previó, se produjo el llamado «efecto impeditivo» del actuar legítimo del licitador. Posición que el doctrino citado, postula en su obra (op. cit., pág. 66).

Aunque, debe recordarse, en el sistema patrio, el órgano controlado dispone del instituto de la «insistencia», circunstancia que lo habilita a comunicarlo al Tribunal, «...sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto» (Constitución, art. 211, ap. B, inc. 1°). Posición que determinó, entonces, la prosecución del procedimiento administrativo conducente al perfeccionamiento del acto observado. Por cuanto, en ese caso, «Si el Tribunal de Cuentas, a su vez mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga su veces, a sus efectos» (art. cit., inc. 2°), lo que ocurrió en el sub-lite (Exp. adm. cit., fs. 78).

Entonces, por obra de una doble expresión de voluntad, el acto de adjudicación y el acto de insistencia en el gasto, la Intendencia demoró el perfeccionamiento del negocio y, a partir de allí, surgió el vínculo contractual. No siendo de recibo las argumentaciones de la misma, en el sentido que continuar con la ejecución del contrato a pesar de la observación del órgano de contralor, comprometían su responsabilidad.

Porque estaba en el ámbito de sus potestades, aceptarla, con lo que el negocio no se perfeccionaba, sin responsabilidad por su parte, al estar consignado dicho requisito entre los trámites necesarios para el perfeccionamiento del contrato o, en su caso, mantenerse en su posición original, insistiendo en el gasto previsto. Y, como optó discrecionalmente por esta última actitud, unilateralmente, por el libre ejercicio de sus poderes administrativos, perfeccionó el contrato celebrado mediante el procedimiento de licitación.

Pudo aceptar la observación y no lo hizo.

Parlamento según el procedimiento previsto por su creación y promulgada por el Poder Ejecutivo. Una interpretación contraria dejaría a la Libertad privada de su protección frente a eventuales embates de cualquiera de los Poderes del Estado que no tienen estructura representativa.

De ahí que, desde el punto de vista Constitucional, no pueden crearse derechos y obligaciones por medio de reglamentos o actos administrativos sin que una Ley expresamente lo prevea, cosa que no ocurre respecto de la adjudicación.

7.2 Creación de derecho subjetivo por acto de adjudicación.

La negación de la creación de un derecho subjetivo por el acto de adjudicación no sólo estriba el hecho de que el reglamento y el acto administrativo no constituyen fuente de obligaciones salvo el caso de previsión de la Ley en ese sentido.

La negación se funda asimismo en el contenido del acto de adjudicación.

Si el acto de adjudicación sólo consiste en la determinación de la oferta más conveniente, sin más, entonces no está encaminado a la creación de derecho subjetivo alguno, sino que será un acto interno, preparatorio del contrato de la Administración.

Porque si todo el proceso es precontractual y la adjudicación no implica nada más que una constatación comparativa de las distintas ofertas y la determinación de la oferta más conveniente, entonces tampoco cabe alegar que dicho acto unilateral de la Administración crea derechos subjetivos sin que el mismo acto ni siquiera lo exprese.

En efecto, para entrar en la discusión acerca de si la voluntad unilateral de la Administración puede crear un derecho subjetivo a favor del adjudicatario, sería un prerequisite que la misma estuviera dirigida a tal fin. Si por el contrario es un acto interno y preparatorio, entonces no sería coherente sostener que (contrariamente a su objeto: selección) crea obligaciones y derechos a terceros.

Por las consideraciones vertidas en el presente capítulo es que no es posible sostener a nuestro juicio, que la adjudicación pueda crear derechos y obligaciones subjetivas sin previsión legal al respecto. Y mucho menos posible a nuestro juicio, es que además de padecer esa falta de previsión legal habilitante, el acto administrativo que solamente selecciona la oferta más conveniente, pueda ser fuente eficaz para crear un derecho subjetivo a favor del adjudicatario.

VII. EL NACIMIENTO DEL DERECHO SUBJETIVO EN LA TESIS DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

La tesis del perfeccionamiento del contrato por medio del acto administrativo de adjudicación al que adhiere la Suprema Corte de

La eventual responsabilidad de la Intendencia Municipal -más exactamente de su titular- (Ley No. 15.903, art. 554), fue asumida por la misma, desde el momento que insistió en el gasto. El tema es muy claro: si «insiste», lo que estaba dentro de sus facultades e hizo efectivamente, lo comunica al Tribunal de Cuentas, cumple o ejecuta el gasto previsto, pero, al mismo tiempo, incurre en responsabilidad.

Naturalmente, optó por la solución de no aceptar la observación del órgano de contralor, lo que determina haya culminado el proceso de formación del negocio proyectado. Lo perfeccionó, en la medida en que «insistió» en el gasto aludido.

Los hechos posteriores, consistentes en el cambio del objeto del contrato que se propuso por la Administración, en nada inciden, en función de la expresa prevención contenida en la nueva oferta que, a requerimiento de la Administración y dando precio y condiciones para esa variante, presentara la actora. En forma muy clara y categórica, señaló que su proceder, en el sentido de «...aceptar por parte de nuestra empresa la modificación de uno de nuestros proyectos licitados...», en modo alguno, «...significa renunciar a ningún punto de los presentados en la licitación de la referencia...» (fs. 1).

El incumplimiento de la demandada, es muy evidente. Tanto del punto de vista fáctico como jurídico: lo primero, por cuanto la ejecución de una parte de la obra por la propia demandada, supuso dejar sin objeto el contrato que los unía y, lo segundo, porque la demandada, unilateralmente, rescindió el contrato en cuestión, no pudiendo hacerlo (Exp. agragado, fs. 112).

Los daños y perjuicios reclamados, son los que legalmente corresponden. Por lo demás, ni los rubros ni la cuantía de los mismos, fueron objeto de controversia.

Todo lo que lleva a la anulación del fallo impugnado, debiéndose confirmar, entonces, la sentencia de primera instancia.

Justicia en la sentencia que se comenta tiene, como explica Sayagués Laso, su fundamento en la teoría general de los contratos.

En efecto, el Código Civil prevé el ajuste del contrato por medio de correspondencia epistolar o telegráfica.

Se debe precisar acá que este artículo no regula "contratos a distancia", lo que no siendo el caso en la licitación, nos obligaría a una aplicación analógica de los fundamentos de dichas normas.

El Código regula los contratos que se ajustan mediante comunicación epistolar o telegráfica, y por lo tanto, la aplicación a la licitación no es analógica sino por el contrario, directa, por ser un fenómeno conceptualmente comprendido en el supuesto de hecho de la norma misma.

Este ajuste del contrato se oponía a aquel ajuste que se producía entre personas presentes en un mismo lugar y momento, por medio de una propuesta inmediatamente aceptada.

El sistema de ajuste por correspondencia epistolar o telegráfica, presupone la existencia de una propuesta de contratar y de una aceptación, separadas en el tiempo.

En la regulación del Código, la propuesta y la aceptación son, como enseña el Profesor Camarra, declaraciones unilaterales de voluntad (Jorge GAMARRA "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Amalio Fernández, Montevideo, 1970, tomo XI, páginas 101 y siguientes y 117 y siguientes).

A su vez, y siguiendo las enseñanzas de Camarra, cada una de las manifestaciones unilaterales de voluntad tiene la calidad de recepticia. Esta calidad de recepticia surge del hecho de que mientras la propuesta no llega a conocimiento del destinatario, y la aceptación de éste no llega al proponente, no hay contrato y las partes pueden retractarse de sus manifestaciones.

La propuesta debe ser completa, y la aceptación debe ser asimismo completa y coherente con la propuesta para que estemos ante un consentimiento válido creador de un contrato.

La oferta que presenta un particular ante un organismo convocante de una licitación pública tiene la naturaleza de una propuesta de contratar, la que se formula de acuerdo con los términos del llamado, especificados a través del pliego de condiciones general y del particular de la licitación de que se trata. Ese llamado no es técnicamente una propuesta sino una invitación a formular propuestas de acuerdo con determinados requerimientos.

Presentada la propuesta de acuerdo a los términos del llamado, se ha formalizado una propuesta que cumple con los requisitos y que tiene la virtualidad de perfeccionar un contrato en caso de que dicha propuesta sea aceptada por el destinatario (siempre que esa aceptación sea válida) y le sea comunicada al proponente.

Es decir, que existiendo tales normas del Código Civil, para analizar la existencia del contrato, bastaría con determinar si la oferta constituye una propuesta y la adjudicación una aceptación. Si ello es así, comunicada está última, se perfecciona el contrato.

Esta es precisamente la posición de Sayagués, la que por otra parte también es compartida por Real, al expresar que una vez

II) *Que las costas y costos, se deberán abonar en el orden causado.*

Por estos fundamentos y los concordantes del Sr. Fiscal de Corte, la Suprema Corte de Justicia FALLA:

HACIENDO LUGAR AL RECURSO INTERPUESTO Y, EN SU MERITO, SE ANULA LA SENTENCIA IMPUGNADA, CONFIRMANDOSE EN SU LUGAR EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMER GRADO.

**LAS COSTAS Y COSTOS, EN EL ORDEN CAUSADO.
PUBLÍQUESE.
Y, OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE LOS AUTOS.**

*Dr. Jorge A. Marabotto Lugaro
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia*

*Dr. Raúl Alonso De Marco
Presidente de la Suprema
Corte de Justicia*

*Dr. Juan M. Mariño Chiarlone
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia*

*Dr. Luis Torello
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia*

*Dr. Milton H. Cairoli Martínez
Ministro de la Suprema
Corte de Justicia*

*Dr. Pérez Manrique
Secretario Letrado de la
Suprema Corte de Justicia*

notificada la adjudicación nace el derecho subjetivo a la formalización (no dice celebración) del contrato.

Si la oferta es una propuesta y la adjudicación es una aceptación, entonces nace el contrato en ese momento (salvo en los contratos solemnes como se dijo).

De esta forma, este vínculo contractual perfecto es capaz de justificar jurídicamente el nacimiento de una obligación y un derecho subjetivo, porque el contrato integra la nómina de fuentes de obligaciones en el Código Civil.

Se supera con esta teoría el problema que padece la doctrina que se aleja de la tesis de Sayagués: el origen del derecho subjetivo que los autores advierten luego de la adjudicación y las consecuencias derivadas de la resistencia del particular a contratar cuando se le adjudica.

De acuerdo con la tesis recogida por la Suprema Corte de Justicia (la que se comparte), con la notificación de la adjudicación no nace el derecho al perfeccionamiento del contrato, sino que nace el contrato con todas y cada una de las obligaciones que cada parte ofreció asumir a cambio de las obligaciones que el otro se obligó a asumir a su vez.

IX. NATURALEZA DE LOS DERECHOS EMERGENTES DE LA ADJUDICACIÓN

Como consecuencia del nacimiento de un vínculo de naturaleza contractual, las partes quedan obligadas en los términos de sus respectivas declaraciones de voluntad.

Nacen las obligaciones y derechos inherentes al contrato celebrado y por lo tanto, la resistencia al cumplimiento es un incumplimiento contractual.

El derecho de la Administración, si consiste en poder exigir una prestación consistente en dar un bien concreto en manos del particular, puede a partir de ese momento, exigir su cumplimiento in natura.

A su vez, si la Administración se niega a ejecutar el contrato una vez notificada la adjudicación, deberá indemnizar al particular de todos los daños y perjuicios derivados de tal ruptura, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Se deberá analizar si existió dolo o solamente culpa para determinar si sólo debe la indemnización de los daños previsibles o de todos los daños aún los imprevisibles (artículo 1346 del Código Civil). ♦

JOSÉ LUIS ECHEVARRÍA

Profesor Ayudante de Contratación Administrativa en los Programas
Master en Derecho, Universidad de Montevideo.



INFORMACIONES

- *Olivera García, Ricardo - La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*

LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

RICARDO OLIVERA GARCÍA

Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo.

Escribir la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo requiere retrotraerse en el tiempo a 1986, cuando un grupo de entonces jóvenes profesores de Derecho decidieron crear el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (IEEM), sin plena conciencia de la evolución que su iniciativa habría de tener. Estos precursores que, sin darse cuenta, estaban poniendo la piedra fundamental de una Universidad, fueron: Carlos E. Delpiazzo, Alberto Faget Prati, Jorge Peirano Basso, Santiago Pérez del Castillo y el autor de esta nota, Ricardo Olivera García.

EL PROYECTO IEEM Y LOS PRIMEROS PASOS

La idea inicial del proyecto del IEEM consistía en crear un Instituto que realizara docencia e investigación en los temas vinculados a la empresa, a través de una aproximación interdisciplinaria, que incluyera el análisis jurídico, económico y de administración.

En materia jurídica, el tema de la empresa era analizado en forma parcial y fragmentaria en distintas materias de la carrera de Derecho en la Universidad de la República (Derecho Comercial, Administrativo, Financiero, Laboral, etc.) sin que existieran estudios sistemáticos que colocaran la empresa como centro de análisis. Es más, existían posiciones que sostenían que la empresa no debía ser objeto de los estudios de Derecho, en la medida que constituía solamente una creación de la economía, carente de regulación y de significación jurídica. Por otra parte, la consideración del tema en el medio jurídico prescindía del concurso de otras disciplinas no jurídicas, como la economía, la contabilidad y la administración de empresas, con valiosos aportes al estudio del tema.

Se convocó para este proyecto el apoyo de los más destacados profesores uruguayos, en el ámbito de sus respectivas disciplinas, los cuales fueron designados Miembros Académicos, cuyo apoyo y respaldo fue

decisivo en el lanzamiento y desarrollo del proyecto. Estos primeros Miembros Académicos del IEEM fueron: Horacio Cassinelli Muñoz, José A. Ferro Astray, Jorge Gamarra, Adolfo Gelsi Bidart, Héctor Gros Espiell, Eduardo Jiménez de Aréchaga, Daniel Hugo Martins, Didier Operti Badán, Juan Carlos Peirano Facio, Américo Plá Rodríguez, Ramón Valdés Costa y Enrique Véscovi. La dirección del IEEM fue asumida conjuntamente por Ricardo Olivera García y Jorge Peirano Basso, quienes la desempeñaron hasta la transformación del Instituto en Universidad.

El proyecto concreto consistía en comenzar en 1987 con un Postgrado en Derecho de la Empresa, de un año de duración, en el cual se realizara un análisis interdisciplinario del problema empresarial, con la participación de los Miembros Académicos, los fundadores del IEEM y otros destacados profesores nacionales y extranjeros.

El Postgrado en Derecho de la Empresa fue además un auténtico pionero, transformándose en el primer programa de postgrado en materia jurídica desarrollado en nuestro país.

Este Programa de Postgrado requería lanzamiento y promoción, para lo cual el naciente IEEM carecía de recursos económicos. A tales efectos, el 25 de noviembre de 1986 se organizó una mesa redonda sobre "La sociedad anónima y la inversión de capitales", con la participación de los Miembros Académicos Profesores José A. Ferro Astray, Eduardo Jiménez de Aréchaga y Ramón Valdés Costa. Esta mesa redonda, realizada en la rueda de la Bolsa de Valores de Montevideo, fue la primera actividad académica del IEEM y permitió explicar cuáles eran sus objetivos y las actividades que se proponía realizar. Al mismo tiempo, se acordó con la revista Guía Financiera la publicación en exclusiva de la mesa redonda, como contrapartida de la impresión de un folleto que permitiera la promoción del Postgrado del año entrante.

El Postgrado comenzó a dictarse en el Aula de la

Bolsa de Comercio, que durante los dos primeros años fue cedida gratuitamente por el Gerente General de la Cámara, Gustavo Vilaró Sanguinetti, quien apoyó permanentemente nuestra iniciativa. La incipiente administración del IEEM pasó a ocupar una pequeña oficina en el primer piso de la Bolsa de Comercio, la cual compartía con la Secretaría General del Consejo Interamericano de Comercio y Producción (CICYP), a cargo del Sr. Carlos Ons. También pasó a compartir con el CICYP su secretaria, la señora Renée Gómez, verdadero valuarte del IEEM durante sus primeros años.

El Programa de Postgrado en Derecho de la Empresa fue un éxito. No obstante lo cual, desde sus comienzos, los participantes manifestaron su interés por el desarrollo más profundo de algunos de los temas tratados en el mismo. En particular, la materia tributaria resultó la más requerida. Esto determinó que, al año siguiente (1988), además de reiterarse el Postgrado en Derecho de la Empresa, también se comenzara con un Postgrado en Derecho y Técnica Tributaria, de duración anual, organizado por el Dr. Alberto Faget Prati y el Cr. Juan A. Pérez Pérez.

La apertura de otras disciplinas jurídicas del tronco inicial del Postgrado de Derecho de la Empresa debió aguardar un par de años más.

Durante los primeros años de evolución del IEEM fue esencial el trabajo de la Secretaría Académica del Instituto, desempeñada sucesivamente por los doctores Pedro Gari, Eduardo Heguy Terra y Pedro Montano.

LOS PROGRAMAS MASTER EN DERECHO

En 1990 se produce un cambio profundo y cualitativo en los postgrados en Derecho. Se transforma el Postgrado en Derecho de la Empresa en un Programa Master en Derecho de la Empresa, ampliando sustancialmente la carga curricular y dividiéndolo en un conjunto de materias que, a través de una oferta abierta, permitía a los participantes reunir los créditos necesarios para la obtención del grado académico ofrecido. Aparecen las asignaturas de Derecho Societario, Derecho de las Crisis Empresariales, Conflictos Jurídicos en la Empresa, Contratos Comerciales, Derecho Bancario y de los Mercados Financieros, Títulos Valores, Derecho de la Integración y el Comercio Exterior, Ética Jurídica, Técnicas de Negociación, Contabilidad, Derecho Individual y Colectivo del Trabajo, entre otras muchas.

Se comienza además la incorporación de nuevas técnicas docentes, como el método del caso, en varios de los cursos que a dictarse.

Al Master en Derecho de la Empresa siguieron luego los Master en Derecho y Técnica Tributaria (1991) y en Derecho Administrativo Económico (1994), con similar perfil académico y metodología.

El Programa Master en Derecho y Técnica Tributaria incorporó asignaturas tales como Teoría y Normas Generales de la Tributación, Impuestos Indirectos, Impuestos a la Renta y al Patrimonio, Derecho del Comercio Exterior, Contribuciones Especiales a la Seguridad Social, Incentivos Tributarios a la Inversión, Política Fiscal en el Mercosur, Tributación Municipal, Tributación del Sector Agropecuario, Administración Fiscal, y Efectos económicos de los impuestos. Este Programa pasó a ser atractivo tanto para los profesionales del Derecho como para los de Ciencias Económicas, lográndose la realización de estudios interdisciplinarios de notable calidad técnica.

El Programa Master en Derecho Administrativo Económico, nacido tres años más tarde, como una respuesta a los requerimientos de los profesionales de la Administración Pública y de quienes se relacionan con la misma, ante los profundos cambios ocurridos en esta rama del Derecho. Este Programa incluyó asignaturas tales como Fundamentos de Derecho Administrativo, Contratación Administrativa, Contenciosos de Derecho Público, Actividad Empresarial del Sector Público, Responsabilidad de la Administración, Organización Administrativa, Derecho Ambiental, Derecho Municipal, Derecho de las Telecomunicaciones, Derecho de la Función Pública.

El lanzamiento de los programas Master en Derecho de la Empresa, en Derecho y Técnica Tributaria y en Derecho Administrativo Económico, dirigidos respectivamente por Ricardo Olivera García, Alberto Faget Prati y Carlos E. Delpiazzo, atrajeron al IEEM a un importante caudal de profesionales de nuestro medio que veían la posibilidad de realizar en el país estudios que, en el pasado, sólo podían realizarse en el exterior.

En época más reciente, también fue incorporado a la Facultad de Derecho el Master en Políticas de la Integración en el Mercosur, dictado en la UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO desde 1996, el cual, bajo la dirección del Dr. Jorge Fernández Reyes, estudia el desarrollo del proceso de integración y el alcance de las diferentes decisiones adoptadas en los campos político, comercial, social, institucional, etc., a través de asignaturas tales como Historia y Teoría de la Integración; Ordenamiento jurídico, fuentes y estructura del Mercosur; Política Comercial; Política agrícola; Política industrial y tecnológica; Política energética; Política de transporte; Políticas fiscales; Macroeconomía; Comercio internacional; Agenda externa; Comercio de servicios; Ne-

gociaciones en el Mercosur; Solución de controversias.

En todos estos años cientos de abogados, escribanos, contadores, economistas, jueces y fiscales pasaron por los programas Master, completando sus estudios universitarios de grado con cursos de especialización académica.

Bajo el paraguas de la organización montada para los Programas Master en Derecho, el IEEM comenzó en este período a incursionar en otras disciplinas, organizando algunos seminarios en materia de Administración de Empresas y un programa de capacitación de profesores, que culminó con el lanzamiento del Master en Dirección y Administración de Empresas en 1992, de significativo desarrollo y creciente prestigio.

LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO Y LA CARRERA DE DERECHO

El 11 de agosto de 1995, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 308/995, el cual creó un marco normativo para la instalación de universidades privadas, estableciendo los requisitos para su autorización y el reconocimiento de nivel universitario de sus carreras.

A partir de este decreto, el IEEM halló el camino, hasta entonces vedado, para transitar hacia su transformación en Universidad. Para esto, a los programas Master hasta entonces dictados, se agregaron las Licenciaturas en Dirección y Administración de Empresas (1995), en Economía y en Humanidades (1996), así como las carreras de Ingeniería Civil e Industrial (1996).

El 29 de abril de 1997, el Poder Ejecutivo autorizó al IEEM a actuar como universidad, bajo el nombre de UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, aprobándose los programas Master hasta ahora dictados, conjuntamente con los restantes proyectos docentes, que configuraban los requisitos para obtener la autorización universitaria.

La UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, bajo el Recorrido del Profesor Mariano Brito —hasta entonces Miembro Académico y docente de los programas Master del IEEM— se organizó en cinco facultades: Derecho, Ciencias Empresariales y Economía, Ingeniería, Humanidades, y la Escuela de Negocios, que retuvo el nombre de IEEM, originario de toda la Institución.

El Decanato de la Facultad de Derecho fue asumido por Ricardo Olivera García, en tanto que Jorge Peirano Basso (el otro Director del viejo IEEM) asumió el Decanato de la Escuela de Negocios (el nuevo IEEM).

Pero, si bien los estudios jurídicos fueron el origen académico del IEEM y por ende de la UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, la organización de una carrera terciaria de Derecho fue postergada todavía por un tiempo, a partir del reconocimiento universitario.

Existiendo en plaza otras ofertas académicas de excelente calidad, se trabajó en la preparación de un producto diferenciado, con características propias y específicas, que ofreciera alternativas no existentes en el mercado.

La carrera de grado en Abogacía, que otorga el título académico de Doctor en Derecho, fue lanzada en el año 1999, comprendiendo 66 materias, distribuidas en 5 años, a través de 3.870 horas lectivas. La misma se organizó sobre la base de tres principios básicos: el estudio profundo de las principales asignaturas jurídicas que componen la formación del abogado, a través de una metodología de enseñanza crítica, participativa y práctica; una sólida formación humanística que permitiera comprender mejor los aspectos valorativos que subyacen tras las soluciones jurídicas; y el desarrollo de habilidades profesionales, que facilitarían la inserción del egresado en la práctica profesional.

Con una carga académica intensa y equilibrada, el programa de Abogacía introduce tempranamente a los estudiantes en el manejo de conceptos jurídicos básicos, a través de asignaturas como Introducción al Derecho o Expresión y redacción jurídicas, refundando además los estudios de Derecho Romano, abandonados en nuestro país hace ya varias décadas. Se incrementa sensiblemente la carga docente atribuida tradicionalmente a asignaturas como el Derecho de las Obligaciones y los Contratos, el Derecho Procesal, el Derecho de Familia, el Derecho Público (Constitucional, Administrativo y Derechos Humanos), y el Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Se fraccionan los estudios de Derecho Comercial en las diversas disciplinas que lo componen, cada una de las cuales ha tomado identidad propia. Se confiere además autonomía a los estudios de Derecho de la Integración, por entenderse que se trata actualmente de una disciplina con características y desarrollo diferente al Derecho Internacional, tanto Público como Privado.

La carrera incluye además una importante cantidad de asignaturas de contenido humanístico (Derecho Natural; Antropología; Historia del Pensamiento Político, Económico y Social; Sociología; Ética; Filosofía del Derecho; Teología; Deontología jurídica), tendientes a analizar la esencia axiológica que se encuentra en la base del Derecho. Se pretende formar profesionales capaces de asumir una posición crítica sobre las situaciones jurídicas y sus soluciones normativas, capaces de interpretar cabalmente el sentido del Derecho como el sistema de solución de un conjunto de conflictos de intereses reales, que requieren soluciones de justicia, y de incidir en su evolución y desarrollo.

Se busca desarrollar las habilidades profesionales propias del abogado, agregando a los módulos prác-

ticos de cada materia, coordinados de acuerdo con un plan de formación profesional integral, un programa intensivo de entrenamiento profesional en el último semestre, el cual incluye pasantías, participación en juicios y defensa de casos. Se brindan además conocimientos complementarios en materia de contabilidad, administración de empresas, economía, marketing, finanzas, informática y técnica de negociación, herramientas indispensables para la inserción profesional del abogado moderno.

Se pone especial énfasis en el estudio de aquellos idiomas necesarios para el ejercicio de la profesión jurídica. Para ello, se incluyen ocho semestres de inglés jurídico y cuatro de portugués jurídico. Durante los mismos, los estudiantes perfeccionarán sus conocimientos de estos idiomas, a través del estudio de sus principales institutos jurídicos, que les permita además, en el caso del inglés jurídico, conocer las principales peculiaridades normativas de los regímenes jurídicos del *common law* y las consecuencias que dichas peculiaridades presentan en el ejercicio profesional. Esto se realiza a través de seminarios sobre *Legal Methods, Contracts & Torts, Litigation and Alternative Dispute Resolutions, International Trade Contracts, Corporations* o *Capital Markets*, dictados por profesores extranjeros, que ponen a los estudiantes en contacto con estos principios normativos de incidencia creciente en un mercado en creciente globalización.

El lanzamiento de la carrera de Derecho representó para la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO la terminación de una etapa y el comienzo de otra. La asunción de la responsabilidad de formar profesionales del Derecho constituye, sin lugar a dudas, la culminación de un proceso de más de doce años de desarrollo de docencia e investigación jurídica en el área de los postgrados y un peldaño más en el proyecto de creación y difusión de la cultura jurídica en nuestro país.

En el necesario proceso de consolidación de su estructura organizativa es de justicia destacar la participación del Dr. Juan Manuel Gutiérrez, designado como Secretario General Docente, quien se transformó en una figura clave en esta nueva etapa de su desarrollo.

CON LA MIRADA PUESTA EN EL FUTURO

El cumplimiento de sus primeros 15 años encuentra a la Facultad de Derecho con el mismo brío innovador de sus primeros tiempos.

Como nos recuerda Ortega y Gasset, la enseñanza

universitaria está integrada por tres funciones básicas: la trasmisión de la cultura; la enseñanza de las profesiones; y la investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia.

Nuestra carrera de Derecho, creada después de un proceso de decantación y análisis de más de una década pretende cumplir con el objetivo que expresáramos en oportunidad de su lanzamiento de lograr "*formar abogados con iniciativa, libremente responsables, iluminados con su futuro profesional, comprometidos con el valor de justicia y plenamente capacitados para encarar más eficazmente los desafíos que propone el futuro profesional*".

Pero también la trasmisión de la cultura jurídica ha representado y continuará representando un cometido de nuestra labor. Los programas Master dictados por la Facultad de Derecho desde su período preuniversitario representan una forma de transmitir a los profesionales cultura y formación en materia jurídica, capacitándolos para desempeñar más eficazmente su labor.

A esto se suman los numerosos seminarios, talleres y conferencias que permanentemente desarrolla la Facultad, con la presencia de profesores nacionales y extranjeros. Estos seminarios tienen su origen en la propia iniciativa de la Universidad, o responden a acuerdos celebrados con diversas dependencias del Poder Ejecutivo, con empresas estatales, con el Poder Legislativo, con el Poder Judicial o con las gremiales de los profesionales del Derecho (Colegio de Abogados del Uruguay y Asociación de Escribanos del Uruguay). A través de estos seminarios, talleres y conferencias, la UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO se abre al medio jurídico y a la sociedad uruguaya, realizando su aporte al perfeccionamiento del orden jurídico.

No menos importante es la función de investigación. Son numerosos los títulos editados hasta la fecha: diez responden a su período preuniversitario y doce a la etapa de su reconocimiento institucional. Estos trabajos son, en algunos casos, el resultado de la labor de grupos de investigación que actúan en el ámbito de la Universidad y, en otros, producto de la iniciativa individual de sus profesores. La aparición de la Revista de la Facultad de Derecho pretende ser un vehículo para la difusión de estos esfuerzos.

En el marco de los programas Master se está profundizando el nivel de exigencia en la preparación de las tesinas requeridas por el programa, a los efectos de complementar la formación académica de los profesionales, con el estímulo y la capacitación para una labor de investigación.

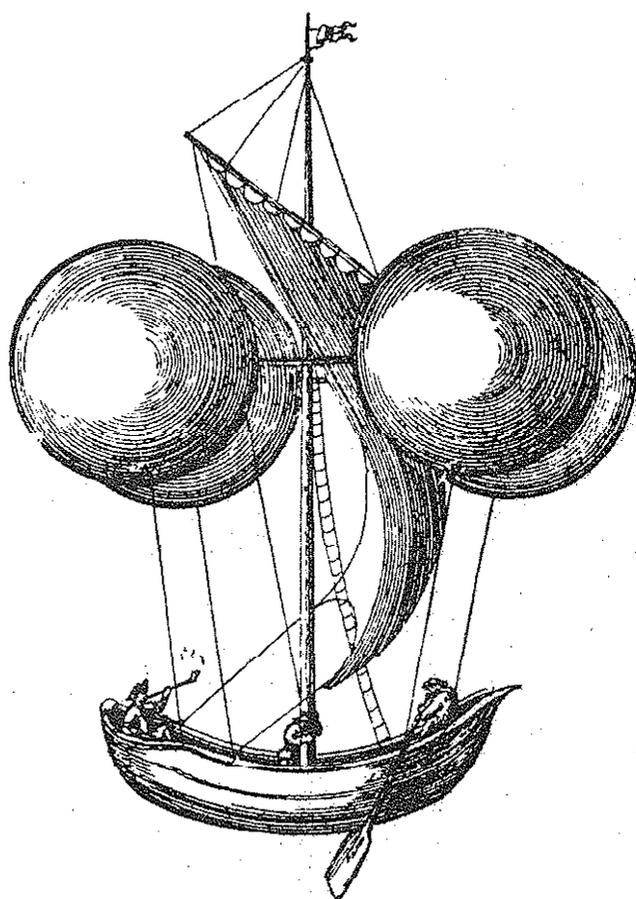
Con la misma finalidad, la Universidad ha em-

prendido un ambicioso programa de formación de sus profesores, apoyando la realización de programas de doctorado y otros cursos de especialización en universidades del exterior, con la finalidad de completar la formación de los mismos y abrir sus conocimientos al mundo, y encarando la contratación de profesores con una dedicación universitaria de tiempo completo o de tiempo parcial, que complementen su labor docente con el desarrollo de proyectos de investigación.

Es mucho lo que todavía queda por hacer. La labor de investigación y formación de investigadores es el gran desafío que nos depara el futuro. Una Universidad se justifica y se realiza por su capacidad de crea-

ción de conocimiento y de contribución a la cultura jurídica. En ese empeño habremos de poner nuestros mayores esfuerzos.

Así como, en su momento, el IEEM fue pionero en la organización de programas de postgrado en materia jurídica, la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO —en esta nueva etapa de organización institucional— pretende marcar firmemente el rumbo en una tarea constante y sostenida de estudio e investigación que, liderada por el permanente objetivo de la búsqueda de la Verdad, se traduzca en un valioso aporte al conocimiento y al desarrollo del Derecho nacional, en beneficio y en procura del bien común de la sociedad uruguaya. ➔



TESINAS DE MASTERS

- *Femenías, Marcelo - Competencia en materia de aumento de capital integrado por nuevos aportes en las sociedades anónimas.*
- *Rachetti, Fernando - Empresas unipersonales: su realidad en el Derecho Uruguayo.*

COMPETENCIA EN MATERIA DE AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO POR NUEVOS APORTES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Utilización por el Directorio de la capitalización de la sociedad como vehículo para causar un perjuicio al accionista

Vías de defensa contra la resolución dolosa

MARCELO FEMENÍAS VIDAL

Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Montevideo.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTE TRABAJO • II. LOS DISTINTOS TIPOS DE CAPITAL CONTEMPLADOS POR LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES. FUNCION QUE CUMPLE CADA UNO. A) Capital Social. B) Capital Suscripto. C) Capital Integrado • III. ACERCA DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO POR NUEVOS APORTES A) Plan del Capítulo B) La Asamblea como órgano soberano de la Sociedad. Opiniones doctrinarias a favor de esta concepción. C) Opiniones doctrinarias contrarias a la existencia de soberanía. D) Nuestra posición. E) Competencias del Organismo de Administración. F) Competencia de las Asambleas de Accionistas. Fundamentos de texto y de carácter sustancial por los cuáles recaer en este órgano la competencia de resolver aumentos de capital integrado. 1. Argumentos de texto 2. Argumentos de carácter sustancial. a) Aumentos nominales de capital integrado. b) Aumentos reales de capital integrado. c) Otras operaciones relativas al capital integrado. G) Conclusiones que pueden extraerse del análisis de competencias realizado. • IV. AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO. SU FUNCION NORMAL. PROCESO QUE DESENCADENA LA RESOLUCION. A) Función «normal» del aumento de capital integrado por nuevos aportes. B) Proceso que se desencadena con la Resolución. • V. AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO CON ÁNIMO DE PERJUDICAR AL ACCIONISTA RESUELTO POR EL DIRECTORIO. A) Posibilidad de su uso como herramienta para causar perjuicio al accionista. • VI. VÍAS DE ACCION O DE DEFENSA QUE CABEN AL ACCIONISTA PERJUDICADO POR LA RESOLUCIÓN. A) Solicitud de intervención del organismo estatal de control. B) Impugnación de la resolución del Directorio por la vía ordinaria de la acción de nulidad. C) Acción dirigida al resarcimiento de los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual. • VII. EL DERECHO DE RECESO. • VIII. CONCLUSIONES GENERALES.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DE ESTE TRABAJO

En el presente trabajo se abordará en primer término el problema de la competencia en materia de resolución de aumentos de capital integrado por nuevos aportes, punto que no ha sido resuelto en forma expresa por nuestra Ley de Sociedades.

En nuestro medio, a nivel doctrinario, se ha sostenido en general que el Organismo de Administración - además, por supuesto, de la Asamblea Extraordinaria - puede adoptar dicha resolución válidamente. A mayor abundamiento, es ésta asimismo la posición que sustenta la Auditoría Interna de la Nación, Organismo Estatal de Control de las Sociedades Anónimas.

Por nuestra parte, no compartimos la solución mencionada anteriormente. La competencia en cuanto al pun-

to en estudio es, entendemos, exclusiva de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, por los fundamentos que serán expuestos durante el desarrollo del trabajo.

El punto reviste, a nuestro entender, especial importancia, ya que la decisión de capitalizar la Sociedad por aportes reales puede perfilarse como un vehículo idóneo para causar un perjuicio a determinados accionistas de la misma y en especial, a aquellos minoritarios provocando, bien la desvinculación de los mismos, bien, en una etapa intermedia, la disminución de su participación proporcional en el paquete accionario. Nos referimos, claro está, a aquellas hipótesis en que la resolución de capitalización de la sociedad ha sido dispuesta con un fin distinto del que podríamos denominar natural, cuyo enunciado genérico sería la consecución del fin social.

Esta posibilidad de que la resolución de capitalización sea tomada con abuso o desviación de su fin natural y con ánimo de perjuicio al accionista, encuentra su escenario natural o más propicio en el seno del Directorio de la Sociedad; de ahí la importancia que ya señaláramos tiene la determinación de cuál es la competencia en cuanto al punto.

Dijimos que la competencia en orden a la resolución de aumentos de capital integrado por nuevos aportes recae, a nuestro entender, en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas. Para sostener y fundamentar la posición anotada, se intentará encontrar algún criterio lógico de imputación de competencia que proporcione nuestro marco normativo. Este criterio de atribución surgirá del análisis del reparto de competencias que la Ley de Sociedades realiza en relación a los distintos órganos societarios y fundamentalmente:

- la naturaleza de las competencias asignadas a cada órgano, y
- los derechos y situaciones subjetivas que se ven afectados en cada caso por las competencias que se adjudican a dichos órganos

Como paso previo necesario, se analizará también la posición de aquellos autores que sostienen que la Asamblea es el "órgano soberano" de la Sociedad, para demostrar luego que dicha posición no puede ser de recibo, cuando menos, dentro del marco de nuestro ordenamiento positivo. Este análisis previo es necesario porque, de aceptarse que la Asamblea es el órgano soberano, tendríamos que el problema planteado se halla prácticamente resuelto: en caso de vacío de la Ley en cuanto a la atribución de competencia en un asunto determinado, lógicamente cabría concluir que dicha competencia recae en la Asamblea. Ello, porque si hemos entendido bien esta concepción, la Asamblea de Accionistas en cualquiera de sus modalidades tendría, en su calidad de soberano, competencia originaria en todos los asuntos y en caso de vacío, lógico sería entonces que fuera la Asamblea el órgano competente.

Luego de sentar los verdaderos fundamentos por los cuáles la competencia recae en la Asamblea Extraordinaria, nos abocaremos al estudio de las consecuencias prácticas y de suma importancia que para el accionista tiene la solución que se adopte. En especial, se analizarán las vías de defensa y las vías de resarcimiento que caben al accionista frente a una resolución dolosa del Directorio de capitalizar la Sociedad por aportes reales, adoptada con la finalidad de causar perjuicio al accionista.

Denominamos vías de defensa a aquellos cursos de acción que puede tomar el accionista y que persigan la restitución de las cosas al estado anterior en que se encontraban, es decir, la anulación de la resolución lesiva. Dentro de estas vías que denominamos de defensa, analizaremos la posibilidad de:

- solicitar la intervención del Organismo Estatal de Control, persiguiendo la suspensión de la resolución
- ocurrir por la vía ordinaria de la acción de nulidad

Se hará necesario analizar además, para la segunda hipótesis planteada, la posibilidad de impugnar las resoluciones del Directorio, punto sobre el cual no existe acuerdo en doctrina.

Fuera de las hipótesis que hemos denominado de «defensa» frente a la resolución dolosa, encontramos otro curso de acción posible para el accionista, dirigido a obtener el resarcimiento en su patrimonio de los daños y perjuicios causados por la resolución, sin pretender la anulación de la misma. Nos encontramos entonces, frente a una acción de responsabilidad del Directorio, que estará basada en alguna de las causales previstas por el artículo 391 de la Ley de Sociedades.

Finalmente, y en capítulo por separado, se estudiará la posibilidad y la problemática del ejercicio del derecho de receso, que es el otro recurso que cabría a nuestro accionista lesionado por la Resolución dolosa en estudio.

La regulación del derecho de receso adolece de graves defectos e inconsistencias dentro de nuestra normativa, y es uno de los puntos en los que nuestra Ley es particularmente confusa, en desmedro de los derechos esenciales de los accionistas.

En fin, nuestra Ley de Sociedades, pese a haber establecido a lo largo de su articulado todo un sistema dirigido a la protección del accionista minoritario, ha dejado sin embargo huecos incongruentes con su espíritu, en casos como el que se analizan en el presente trabajo y que guardan íntima relación con los derechos esenciales que la ley les reconoce como tales.

En todos los problemas planteados, incide - y mucho - la confusión sistemática que se observa a lo largo de toda

nuestra Ley de Sociedades en torno a los conceptos de capital social y capital integrado. Es por ello que se ingresará, como paso previo, a un breve repaso de estos conceptos y la función que cumplen dentro del esquema de nuestra Ley.

II. LOS DISTINTOS TIPOS DE CAPITAL CONTEMPLADOS POR LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES. FUNCIÓN QUE CUMPLE CADA UNO

Brevemente, se hará un repaso de los distintos tipos o conceptos de capital que maneja nuestra Ley de Sociedades. Ellos son:

- Capital Social, Autorizado o Contractual
- Capital Suscripto
- Capital Integrado

A) Capital Social

El Capital Social es una mera cifra aritmética que representa el número máximo de acciones que la Sociedad se encuentra autorizada a emitir sin necesidad de proceder a la reforma del contrato. Dicho de otra forma, representa el «tope» dentro del cual la Sociedad puede proceder a realizar aumentos de capital integrado, tanto reales como nominales.

El Capital Social no integra entonces el Patrimonio de la Sociedad, conforme la regulación establecida por el Decreto 103/91 de 27 de febrero de 1991. Contablemente, se representa como una «cuenta de control», cuyo saldo es el capital contractual establecido en el contrato social. (Cendoya, César, 1990: 46 y ss.)

B) Capital Suscripto

El Capital Suscripto es aquel que los accionistas se han comprometido a aportar pero aún se encuentra pendiente de integración. De esta forma, la Sociedad tiene un derecho contra quien se obligó a aportar, derecho que contablemente se representa como una cuenta de Activo, cuya denominación podrá ser, por ejemplo, «Accionistas». Respecto de la obligación de integrar que nace con la suscripción de capital, cabe hacer las siguientes consideraciones.

Con anterioridad a la reciente reforma del art. 284, dispuesta por la Ley 17.243, más conocida como «Ley de Urgencia», nuestra Ley de Sociedades sólo obligaba a suscribir e integrar determinados mínimos en relación al capital autorizado en el momento de su constitución, conforme los artículos 252 y 283 de la Ley. Concretamente, el artículo 283, que se refiere claramente a aumentos de capital integrado, establece en su último párrafo que «En ningún caso de aumento de capital se exigirá el cumplimiento de integraciones y suscripciones mínimas». En virtud del carácter de orden público de nuestra Ley de Sociedades (punto que ha sido objeto de largas y encontradas discusiones en nuestra doctrina) y de la redacción de tipo «imperativo - prohibitivo» de artículo, parece que no era posible modificar esta disposición por la vía de la autonomía de la voluntad de las partes.

Actualmente, con la nueva redacción del artículo 284, la situación ha cambiado, ya que la Ley autoriza en forma expresa a que, en los casos de aumento de capital contractual, puede pactarse estatutariamente que habrá que seguir el procedimiento establecido por el artículo 252. Este artículo es el que se refiere a los requisitos para la constitución de la Sociedad por acto único, y es el que establece, entre otras cosas, la obligación de suscribir e integrar los porcentajes mínimos ya aludidos.

En definitiva, con anterioridad a la reciente reforma de la Ley, sólo existía la obligación de integrar porcentajes mínimos de capital al momento de la constitución de la Sociedad; actualmente, podrá también existir esta obligación durante el desarrollo posterior de la Sociedad, siempre y cuando haya sido pactado en el Contrato Social.

Lo que no ha cambiado dentro del sistema de nuestra Ley es que no se establece plazo legal para cumplir con los compromisos contraídos por la suscripciones de capital. Sin entrar en la discusión de si estos aportes son exigibles y en

1 Tratándose de obligaciones de dar, el artículo 210 del Código de Comercio establece que en defecto de estipulación de plazo y lugar, el cumplimiento de la misma debe verificarse en el lugar y tiempo conveniente según el arbitrio judicial. Por su parte, el artículo 252 prevé que en el caso de aquellas obligaciones en que por su naturaleza no sea esencial la designación de plazo, o que no tuvieren plazo cierto estipulado por las partes o plazo legal estipulado en el Código, serán exigibles a los diez días después de su fecha. Entendemos que, como a cualquier obligación de dar, las normas citadas son aplicables al compromiso de integrar contraído por la suscripción de acciones.

su caso, en qué momento, lo cierto es que los mismos son efectivizados o no, y la Sociedad no exige normalmente a los accionistas el cumplimiento de las integraciones comprometidas. Ello ha llevado a que, al regular la composición del patrimonio social y concretamente, la del rubro «Capital», el Decreto 103/91 prescribe que «siempre se presentarán deducidos los saldos de los accionistas o socios por aportes pendientes de integración». Esto es, existirá en el patrimonio una cuenta denominada Capital Suscripto, de valor positivo, y otra de signo negativo, «Aportes Pendientes de Integración», cuyo saldos son idénticos.¹

C) Capital Integrado

Finalmente, encontramos el otro tipo o concepto de capital, que es el «Capital Integrado». Se trata de un rubro que integra la composición patrimonial de la Sociedad, y representa el total de los aportes efectivamente realizados por los accionistas y por los cuales se han emitido las acciones correspondientes, que son los títulos representativos de esa participación en el capital integrado de la Sociedad.

Se ha señalado que el capital integrado de la Sociedad cumple una doble función:

- Una función de protección respecto de los terceros que realizan negocios con la Sociedad (actualmente, muy desvirtuada, a título de ejemplo, por la inflación que vuelve ridículas los montos de capital integrado de la Sociedad)
- Una función de referencia interna que indica las participaciones de los diversos accionistas en el capital de la Sociedad; la comparación del valor nominal de las acciones de un accionista con el capital integrado total es lo que determina la participación relativa de dicho accionista en la Sociedad (Cerisola, Andrés M.; 1998: 72)

A lo anterior, cabe hacer agregar que de esta participación relativa del accionista en el capital dependen todos los derechos que nuestra Ley reconoce como esenciales, desde el derecho al voto hasta el derecho a la percepción de un dividendo mínimo, que se calcula en base a la participación proporcional.

Hemos creído necesario hacer el repaso anterior de los distintas acepciones que el término capital tiene en nuestra Ley, en virtud de que la confusión sistemática en que incurrió el legislador y nuestra doctrina en torno a estos conceptos y las diferencias y funciones que cumple cada uno. Esta confusión, particularmente grave en lo que atañe a los conceptos de capital autorizado e integrado, es la que ha llevado, a nuestro juicio, a que se planteen problemas interpretativos frente a soluciones aportadas por nuestra Ley que rayan en el límite del absurdo.

Estas imprecisiones y confusiones fueron corregidas en parte por el Decreto 335/990 en su artículo octavo, el cual aclara, por vía interpretativa, cuáles son los casos en que nuestra Ley hizo referencia al capital social y debió haberlo hecho al capital integrado.

En lo que hace al objeto del presente trabajo, creemos que una correcta comprensión del concepto de capital integrado y las funciones que el mismo cumple, directamente relacionadas con los derechos esenciales de los accionistas, lleva en forma indubitable a la conclusión que estimamos correcta, en el sentido de que la competencia para resolver aumentos de capital integrado por nuevos aportes pertenece a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas.

Creemos asimismo, que esta correcta comprensión y delimitación de los distintos conceptos deberían contribuir a aclarar otras zonas grises de nuestra Ley, como el ejercicio del derecho de receso en los casos de aumento de capital, y concretamente, en qué casos corresponde y en qué momento debe ejercitarse.

III. ACERCA DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO POR NUEVOS APORTES

A) Plan del Capítulo

Nuestra Ley define a la Sociedad como un contrato, alineándose de esta forma con las teorías contractualistas respecto de la naturaleza jurídica de las sociedades.

Este contrato ha sido definido por la doctrina como un contrato plurilateral de organización. (entre otros, Gervasio Colombres, Joaquín Rodríguez Rodríguez, Fernando Mascheroni)

Ahora bien, al momento de perfeccionarse el contrato constitutivo de la Sociedad, se pone en marcha todo el mecanismo legal previsto por la Ley 16.060 y en lo que aquí interesa, la formación de una nueva persona jurídica compuesta por órganos de creación legal.

Cada uno de estos órganos sociales ha recibido, por imperio de la Ley, una competencia específica en relación al

funcionamiento de la Sociedad que se crea. Tal como se verá, el problema de la competencia en cuanto a resolver aumentos de capital integrado no ha sido resuelto por nuestra Ley, por lo cual deberá analizarse si existe algún criterio lógico de atribución de competencia, que permita arribar a alguna solución válida en cuanto al punto.

Desde ya, corresponde adelantar que nuestra opinión al respecto es que la competencia para adoptar la resolución a estudio es, indudablemente, de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, por los diversos fundamentos que serán expuestos en el desarrollo del tema.

Asimismo y como paso previo, se analizará la posición de aquellos autores que conciben a la Asamblea de Accionistas como el «órgano soberano» de la Sociedad, demostrándose que esta tesis no es sustentable, cuando menos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Entendemos que para aquellos que sostienen la calidad soberana de la Asamblea, el punto estaría resuelto, ya que en caso de vacío legal en cuanto a una competencia específica, la misma correspondería naturalmente al «soberano», quien detentaría la competencia originaria de la cual derivan las competencias de todos los demás órganos. Sin perjuicio de la opinabilidad del punto, consideramos que no existe tal órgano soberano dentro del esquema de nuestra regulación legal, sino que, por el contrario, existe una distribución de competencias entre diversos órganos atribuidas por la Ley, y ninguno de ellos posee preeminencia sobre el otro.

De esta forma, y una vez refutada la posición anterior, se hará necesario buscar otro criterio de atribución de competencia que lógicamente, no estará basado en la calidad de soberano de este órgano. Para arribar a ese criterio lógico de atribución de competencia, se analizarán las competencias atribuidas por la Ley a cada órgano social y en especial, la naturaleza de las mismas y los derechos y situaciones subjetivas que se ven involucrados por las resoluciones que se toman dentro del ámbito de cada una.

B) La Asamblea como órgano soberano de la Sociedad. Opiniones doctrinarias a favor de esta concepción

Son numerosos los autores que afirman la existencia de un «órgano soberano» de la Sociedad Anónima, concretamente la Asamblea de Accionistas.

A nivel nacional, el Dr. Sagunto Pérez Fontana afirma que en todos los ordenamientos jurídicos la Asamblea es el «órgano máximo» de la Sociedad, desde que puede resolver « las relaciones de los socios con la sociedad, la elección de las personas que integrarán el órgano administrador y el fiscalizador». Continuando con el desarrollo, expresa que «Para algunos autores es el órgano soberano, calificativo que sólo puede ser atribuido a la Asamblea Extraordinaria que, como antes se dijo, es el único que puede modificar su estructura y resolver su extinción».

De esta forma, vemos que este Profesor califica a la Asamblea como el «órgano máximo». En cuanto al calificativo del mismo como «soberano», no nos queda claro si se limita a recoger la opinión de otros doctores, o bien la ha hecho suya en su obra. (Pérez Fontana, Sagunto; 1991: 126)

El Dr. Saúl Pérez, por su parte, apunta en un trabajo publicado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, que la Asamblea tendría una competencia residual, en todas aquellas materias que no fueran atribuidas en forma expresa a otro órgano. El autor no especifica el fundamento en el cual reposaría esta competencia residual del órgano (Pérez, Saúl; 1989: 157)

En la doctrina argentina, encontramos a Villegas, quien siguiendo a Brunetti, afirma que «la asamblea es el órgano mayor - órgano soberano - que acuerda sobre la estructura jurídica de la Sociedad y sobre las directivas económicas de la empresa; es el instrumento primario de manifestación de la voluntad de la sociedad-persona jurídica». (Villegas, Carlos Gilberto; 1996: 505)

En doctrina mexicana, encontramos la obra de Rodríguez Rodríguez, quien se pronuncia en el sentido de la calidad de la Asamblea como «órgano supremo de la Sociedad». Cabe apuntar que la Ley de General de Sociedades Mercantiles de México establece expresamente en su artículo 178 el carácter de órgano supremo de la Asamblea, pero no obstante lo anterior, en el desarrollo de su posición el autor citado proclama la vocación universal del concepto. En notas a pie de página, el autor mexicano recoge la opinión de Fischer, Vivante, Gierke, Soprano y Garrigues, autores que se refieren asimismo a la Asamblea como órgano supremo o bien como órgano soberano.

Prosiguiendo con su desarrollo, el autor afirma que el calificativo de órgano supremo que merece la Asamblea dentro del derecho positivo mexicano, «debe entenderse en el sentido de que, desde el punto de vista jerárquico e interno, es quien dice la última palabra en lo concerniente a la marcha de la Sociedad y marca normas de actuación y da instrucciones a los demás órganos»; «es el órgano central». Citando a Wieland, expresa el autor que «Se ha llegado a hablar de soberanía de la Asamblea General. Si se entiende la expresión de soberanía como soberanía jurídica, es decir, con arreglo al derecho, no resulta excesivamente incorrecta».

Finalmente, el autor afirma que «la asamblea general tiene competencia sobre todos los asuntos que se refieren a la

funcionamiento de la Sociedad que se crea. Tal como se verá, el problema de la competencia en cuanto a resolver aumentos de capital integrado no ha sido resuelto por nuestra Ley, por lo cual deberá analizarse si existe algún criterio lógico de atribución de competencia, que permita arribar a alguna solución válida en cuanto al punto.

Desde ya, corresponde adelantar que nuestra opinión al respecto es que la competencia para adoptar la resolución a estudio es, indudablemente, de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas por los diversos fundamentos que serán expuestos en el desarrollo del tema.

Asimismo y como paso previo, se analizará la posición de aquellos autores que conciben a la Asamblea de Accionistas como el «órgano soberano» de la Sociedad, demostrándose que esta tesis no es sustentable, cuando menos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Entendemos que para aquellos que sostienen la calidad soberana de la Asamblea, el punto estaría resuelto, ya que en caso de vacío legal en cuanto a una competencia específica, la misma correspondería naturalmente al «soberano», quien detentaría la competencia originaria de la cual derivan las competencias de todos los demás órganos. Sin perjuicio de la opinabilidad del punto, consideramos que no existe tal órgano soberano dentro del esquema de nuestra regulación legal, sino que, por el contrario, existe una distribución de competencias entre diversos órganos atribuidas por la Ley, y ninguno de ellos posee preeminencia sobre el otro.

De esta forma, y una vez refutada la posición anterior, se hará necesario buscar otro criterio de atribución de competencia que lógicamente, no estará basado en la calidad de soberano de este órgano. Para arribar a ese criterio lógico de atribución de competencia, se analizarán las competencias atribuidas por la Ley a cada órgano social y en especial, la naturaleza de las mismas y los derechos y situaciones subjetivas que se ven involucrados por las resoluciones que se toman dentro del ámbito de cada una.

B) La Asamblea como órgano soberano de la Sociedad. Opiniones doctrinarias a favor de esta concepción

Son numerosos los autores que afirman la existencia de un «órgano soberano» de la Sociedad Anónima, concretamente la Asamblea de Accionistas.

A nivel nacional, el Dr. Sagunto Pérez Fontana afirma que en todos los ordenamientos jurídicos la Asamblea es el «órgano máximo» de la Sociedad, desde que puede resolver « las relaciones de los socios con la sociedad, la elección de las personas que integrarán el órgano administrador y el fiscalizador». Continuando con el desarrollo, expresa que «Para algunos autores es el órgano soberano, calificativo que sólo puede ser atribuido a la Asamblea Extraordinaria que, como antes se dijo, es el único que puede modificar su estructura y resolver su extinción».

De esta forma, vemos que este Profesor califica a la Asamblea como el «órgano máximo». En cuanto al calificativo del mismo como «soberano», no nos queda claro si se limita a recoger la opinión de otros doctores, o bien la ha hecho suya en su obra. (Pérez Fontana, Sagunto: 1991: 126)

El Dr. Saúl Pérez, por su parte, apunta en un trabajo publicado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, que la Asamblea tendría una competencia residual, en todas aquellas materias que no fueran atribuidas en forma expresa a otro órgano. El autor no especifica el fundamento en el cual reposaría esta competencia residual del órgano (Pérez, Saúl; 1989: 157)

En la doctrina argentina, encontramos a Villegas, quien siguiendo a Brunetti, afirma que «la asamblea es el órgano mayor - órgano soberano - que acuerda sobre la estructura jurídica de la Sociedad y sobre las directivas económicas de la empresa; es el instrumento primario de manifestación de la voluntad de la sociedad-persona jurídica». (Villegas, Carlos Gilberto; 1996: 505)

En doctrina mexicana, encontramos la obra de Rodríguez Rodríguez, quien se pronuncia en el sentido de la calidad de la Asamblea como «órgano supremo de la Sociedad». Cabe apuntar que la Ley de General de Sociedades Mercantiles de México establece expresamente en su artículo 178 el carácter de órgano supremo de la Asamblea, pero no obstante lo anterior, en el desarrollo de su posición el autor citado proclama la vocación universal del concepto. En notas a pie de página, el autor mexicano recoge la opinión de Fischer, Vivante, Gierke, Soprano y Carrigues, autores que se refieren asimismo a la Asamblea como órgano supremo o bien como órgano soberano.

Prosiguiendo con su desarrollo, el autor afirma que el calificativo de órgano supremo que merece la Asamblea dentro del derecho positivo mexicano, «debe entenderse en el sentido de que, desde el punto de vista jerárquico e interno, es quien dice la última palabra en lo concerniente a la marcha de la Sociedad y marca normas de actuación y da instrucciones a los demás órganos»; «es el órgano central». Citando a Wieland, expresa el autor que «Se ha llegado a hablar de soberanía de la Asamblea General. Si se entiende la expresión de soberanía como soberanía jurídica, es decir, con arreglo al derecho, no resulta excesivamente incorrecta».

Finalmente, el autor afirma que «la asamblea general tiene competencia sobre todos los asuntos que se refieren a la

sociedad, con la sólo excepción de aquellos que por disposición de la ley o de los estatutos hayan sido atribuidos a otros órganos». (Rodríguez Rodríguez, Joaquín; 1947: 2 y ss.)

C) Opiniones doctrinarias contrarias a la existencia de soberanía

Entre aquellos autores que se han pronunciado en forma expresa en contra del carácter soberano de la Asamblea, cabe citar en doctrina argentina a Isaac Halperin, quien afirma que «No hay tal calidad de supremo de este órgano, ya que sus decisiones pueden ser resistidas por el accionista, por el directorio o un director, por el síndico: sus deliberaciones valen sólo en los límites de sus facultades legales y estatutarias». (Halperin, Isaac; 1971: pág. 290)

D) Nuestra posición

En lo que respecta a nuestra opinión sobre el punto, se coincide plenamente con la posición del último de los autores citados. La Asamblea de Accionistas, o más concretamente, la Asamblea Extraordinaria, no puede ser considerada como un órgano supremo o soberano, al menos, dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico.

Por el contrario, tal como veremos, la Ley ha atribuido a cada uno de los órganos societarios una competencia específica acorde con su naturaleza, y dentro de la cual los mismos pueden adoptar decisiones válidas y vinculantes.

En orden a demostrar lo anterior, existen tres conceptos que deben delimitarse previamente:

- el propio concepto de soberanía,
- el concepto de órgano
- el de jerarquía.

Para ello, debemos acudir al Derecho Público y al Derecho Administrativo, que es la rama de Derecho del cual provienen.

En lo que respecta a la soberanía, la misma es un atributo del soberano, siendo éste quien detenta la autoridad suprema.

El soberano reúne en sí mismo, al menos en un momento originario, todas las competencias y atributos inherentes a la soberanía. El soberano es asimismo capaz, al momento de constituir una nueva persona jurídica, de establecer específicamente qué porciones de competencia de las que se desprende, atribuirá a cada órgano de la nueva persona jurídica creada. También será capaz, siguiendo con los procedimientos que en la Constitución se establezcan, de reformar la misma y alterar dicho régimen de competencias, modificando la distribución entre los órganos ya existentes o bien, creando nuevos órganos.

Ingresando al ámbito del Derecho Societario, vemos que la Asamblea no detenta todas las competencias del sistema orgánico estatuido por la Ley de Sociedades.

Tampoco puede, ni siquiera en el acto constitutivo, modificar el régimen de competencias específico previsto de antemano por la Ley. A título de ejemplo, una norma estatutaria que prevea que la administración será ejercida por la Asamblea de Accionistas, y que no existirá un órgano de administración, será violatoria de la Ley, la cual no permite esta modificación. La competencia del Directorio u Administrador no es, entonces, un desprendimiento de competencia originaria de la Asamblea, sino que ya se encuentra previamente establecida por la Ley y la Asamblea no puede modificarla.

En fin, tampoco puede avocarse para sí el tratamiento y las resoluciones reservadas por la Ley al órgano de Administración durante la vida de la Sociedad. Las competencias de los distintos órganos societarios se encuentran delimitadas por la Ley, que establece porciones delimitadas de competencia y específicas para cada órgano social dentro de las cuáles los mismos pueden adoptar resoluciones válidas y ningún órgano puede avocarse para sí la resolución de temas que competen a otro. (salvo la Asamblea Extraordinaria respecto de la Asamblea Ordinaria, en los caso en que la ley lo habilita, conforme el artículo 343 inciso final)

El artículo 342 establece precisamente cuáles son las competencias del órgano Asamblea Ordinaria; por su parte, el artículo 343 establece las competencias de la Asamblea Extraordinaria. Esta última entiende en todos los asuntos enumerados expresamente en el artículo, en todos aquellos que no hayan sido atribuidos por Ley a la Asamblea Ordinaria y también, en aquellos asuntos que siendo de competencia de esta última, sea necesario resolver urgentemente.

Por su parte, las competencias típicas de administración y representación de la Sociedad se encuentran atribuidas al administrador u órgano de administración, en los artículos 79 y siguientes en general, y en el artículo 375, para el caso específico de las Sociedades Anónimas.

Cuando existe un soberano, éste tiene la posibilidad de avocarse para sí el tratamiento de un tema determinado bajo determinadas condiciones. Ello encuentra su razón de ser justamente en su calidad de soberano, y en el hecho de

que todos los poderes de los órganos creados emanan originariamente de este soberano. Así, en un sistema democrático, es el «pueblo» o la asociación política a que alude nuestra Constitución, mediante los distintos mecanismos de gobierno directo, quien tiene la facultad, cumpliendo los requisitos y formalidades impuestas por la misma, de avocarse para sí el tratamiento de algún tema que delegó originariamente en los distintos poderes del Estado.

No existe en la Ley de Sociedades tal posibilidad, y es justamente el que estudiamos ahora, uno de los caracteres típicos de la soberanía: si existe un soberano, éste debe tener la facultad, cumpliendo determinados requisitos, de atraer nuevamente para sí la competencia que delegó en los distintos órganos que componen el sistema orgánico. Claramente, ello no sucede en el sistema estatuido por la Ley de Sociedades Comerciales, en la que la Asamblea no tiene esta potestad.

Es por todo lo anterior, que entendemos que no existe soberanía dentro de la Ley de Sociedades, sino distintos órganos con esferas de competencia y actuación estrictamente delimitadas por la Ley, las cuáles, además, no pueden modificarse (salvo en los casos puntuales que la misma lo permite)

Descartada la existencia de soberanía dentro de nuestra Ley, resta analizar los conceptos de órgano y de jerarquía. Ello, porque la Ley de Sociedades estatuye un verdadero sistema orgánico y uno de los caracteres de los sistemas orgánicos del Derecho Administrativo es la existencia del elemento jerarquía.

En los párrafos siguientes, veremos que tampoco existe ningún vínculo de carácter jerárquico dentro del sistema orgánico Sociedad Anónima.

Anteriormente, se señaló que nuestra Ley de Sociedades concibe a la Sociedad como un contrato, esto es, afiliándose a las teorías contractualistas de la Sociedad Comercial. Se senalo asimismo que la más moderna doctrina concibe este contrato como un contrato plurilateral de organización. Asimismo, el contrato tiene la particularidad de dar nacimiento a una nueva persona jurídica, así como el hecho de poner en marcha todo un mecanismo legal que prevé la existencia de distintos órganos con atribuciones específicas de competencia dentro de la persona jurídica creada. (Colombres, Gervasio R.; 1972: 143 y 144)

El concepto de «órgano» nace y se desarrolla en el ámbito del Derecho Administrativo, de dónde ha sido tomado por el Derecho de las Sociedades Comerciales.

Respecto del concepto de órgano, y siguiendo al Profesor Sayagués Laso, cabe afirmar que el mismo se encuentra formado por un elemento objetivo, que sería el conjunto de funciones atribuidas al mismo y que constituyen su competencia, un elemento subjetivo, que refiere a la persona o personas que desempeñan o dan vida al órgano y cuyas manifestaciones de voluntad se imputan a éste, y finalmente, el elemento formal, que atañe a la forma en que debe manifestarse la voluntad del órgano para producir efectos jurídicos.

De todos los elementos reseñados, interesa en cuanto al punto en estudio, fundamentalmente, el tema de la competencia del órgano. Este elemento puede ser definido como el conjunto de potestades y atribuciones asignadas a cada órgano dentro de la persona jurídica a la cual pertenecen, o también, como la aptitud de obrar de los órganos de la persona jurídica. (Sayagués Laso, Enrique; 1988: 178 y ss.)

Esto es, y trasladando estos conceptos al campo del derecho societario, existe una materia o materias específicas que la Ley o el Estatuto - en aquellas zonas en que puede modificar a la misma - establecen para cada órgano y dentro de las cuáles éste puede actuar en forma válida, produciendo efectos jurídicos.

Para estudiar la posición de cada órgano dentro del sistema al cual pertenecen, debe acudirse al concepto de jerarquía. De acuerdo a las explicaciones clásicas del Derecho Administrativo, en un principio, teóricamente, puede afirmarse que existe un único órgano que reúne en sí todas las competencias. Luego, y frente imposibilidad de que ese órgano pueda desarrollar todas las competencias de la persona jurídica, el mismo se desprende de determinadas porciones de competencia, las cuáles pasan a ser desarrolladas por nuevos órganos creados y que se encuentran jerárquicamente subordinados al primero. Este proceso ha sido denominado desconcentración. La jerarquía refiere entonces a la posición que cada órgano ocupa dentro del sistema orgánico en relación al órgano jerarca

Ahora bien, en lo que interesa en cuanto al punto en estudio, cabe resaltar que en todo sistema jerárquico, el órgano jerarca siempre tiene la potestad de resolver en último término en las materias respecto de las cuáles se operó ese desprendimiento de competencia originaria. Ello sucede cuando el órgano jerarca puede avocarse para sí en cualquier momento el tratamiento de una cuestión determinada, hipótesis que ha sido denominada desconcentración no privativa, o bien, en los casos de desconcentración privativa, al momento de resolver el jerarca los recursos administrativos que los particulares interponen contra las resoluciones de los órganos subordinados.

Si analizamos el sistema orgánico estatuido por la Ley de Sociedades Comerciales, vemos que la característica enunciada anteriormente no se verifica en el mismo, y no existe ningún vínculo de carácter jerárquico entre los distintos órganos sociales. En efecto, ninguno de ellos tiene la potestad de avocarse para sí el tratamiento de una cuestión que haya sido

atribuida por Ley a otro órgano. Entonces, no existe ningún órgano «jerarca» dentro del sistema estatuido por la Ley.

La afirmación anterior no se vé desvirtuada por la posibilidad de impugnación de las resoluciones de los órganos sociales. En efecto, la Ley prevé respecto de las resoluciones de la Asamblea, la posibilidad de impugnación de las mismas por motivos de legalidad o bien cuando, aún faltando la nota de ilegalidad, sus decisiones son lesivas respecto del interés social o de los accionistas. Ello, sin perjuicio de la acción ordinaria de nulidad por violaciones a la Ley. (art. 365 de la Ley) La legitimación para promover la acción de impugnación es sumamente amplia, correspondiendo al Directorio, Administrador, síndico, el accionista o el Órgano Estatal de Control.

Ahora bien, la impugnación debe ventilarse ante el Poder Judicial y para que se acoga la misma, se necesita necesariamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional acogiendo la acción impetrada. De esta forma, y necesitándose este pronunciamiento judicial, es fácilmente apreciable que en caso de quedar sin efecto la resolución asamblearia, ello no sucede en virtud de ninguna preeminencia jerárquica de aquellos sujetos legitimados para promover la acción.

En cuanto a la posibilidad de impugnación de las resoluciones del Directorio, la Ley no la prevé. El punto ha sido tratado por el Dr. Alejandro Miller, quien luego de realizar un relevamiento de las opiniones sustentadas en doctrina argentina, concluye admitiendo la posibilidad de la misma, basándose en las normas generales que regulan el régimen de las nulidades del Código Civil. La legitimación pasiva correspondería a los directores disidentes, síndicos o comisión fiscal, al órgano estatal de control y a los accionistas; nada dice respecto de la posibilidad de que recaiga en la Asamblea. (Miller Artola, Alejandro; 1996; 153) En nuestra opinión, la conclusión a la que arriba el citado profesor es correcta, y volveremos sobre el tema en capítulos posteriores.

En cuanto al punto que nos ocupa, cabe hacer las mismas consideraciones anteriores. Se trata de la impugnación de las resoluciones adoptadas por un órgano social que requerirá para hacerse efectiva, necesariamente, un pronunciamiento en el ámbito jurisdiccional, lo que excluye cualquier posibilidad de sostener que se base en una posición de jerarquía entre el impugnante y el impugnado.

En definitiva, y de acuerdo a todo lo expuesto anteriormente, cabe concluir que dentro del sistema orgánico estatuido por la Ley de Sociedades, no existe ninguna relación de jerarquía entre los distintos órganos sociales.

En conclusión:

- No existe ningún órgano soberano dentro del sistema orgánico Sociedad Anónima
- Tampoco existe ningún vínculo de carácter jerárquico entre los distintos órganos sociales
- Frente a una hipótesis de competencia que no haya sido asignada en forma expresa por la Ley, no cabe por ende acudir al criterio residual, según el cual el jerarca o el soberano sería competente para resolver sobre dicho punto
- Por el contrario, debe buscarse un criterio de imputación de competencia que sea acorde con la naturaleza de la materia a ser asignada y la naturaleza y funciones del órgano sobre la cual se concluya que recae
- A este último análisis, se dedican los capítulos siguientes, en los cuáles se analizarán las diversas competencias asignadas por la Ley a los distintos órganos societarios, demostrándose la competencia de la Asamblea Extraordinaria en cuanto al punto en estudio a través de lo que podemos denominar un criterio lógico de imputación de competencia

E) Competencias del Órgano de Administración

En cuanto al órgano de administración, la Ley 16.060 regula la administración y representación de las Sociedades Anónimas en los artículos 375 y siguientes. En dichos artículos se consagran una serie de normas relativas al funcionamiento del mismo, la elección de sus miembros, el régimen de responsabilidad de los mismos, etc. pero no se encuentran establecidas las funciones específicas que atañen al mismo. Por lo tanto, debe acudirse al régimen general, aplicable a todas los tipos societarios, contenido en los artículos 79 y siguientes de la Ley.

El artículo 79 define la competencia de los administradores, estableciendo que se encuentra a su cargo la gestión de los negocios sociales, encontrándose comprendidos todos los actos de disposición de bienes sociales. Asimismo, existen diversos artículos a lo largo de la ley que consagran obligaciones de los administradores, como ser, a título de ejemplo, el artículo 87, que establece la obligación de formular los inventarios, balance general, y proyecto de distribución de utilidades dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio, el artículo 92, que refiere a la obligación de presentar la memoria explicativa de dicho balance, la rendición de cuentas de los negocios sociales, etc.

Analizándose las facultades que la Ley comete al órgano de administración, se advierte que ellas son predominantemente de representación de la Sociedad frente a terceros, así como de actos de administración y de ejecución de las

resoluciones de la Asamblea. Sin embargo, este órgano no se limita a ser un mero ejecutor de las resoluciones asamblearias, basta recordar que el mismo es capaz de realizar todo tipo de actos de disposición de los bienes sociales, siendo ésta una competencia establecida en forma específica para este órgano y que no requiere de ninguna resolución o autorización del órgano deliberativo.

Se ha dicho asimismo que es el órgano cuya actuación se refleja por excelencia produciendo efectos jurídicos hacia el «exterior» de la Sociedad, esto es, en los vínculos de la misma frente a terceros, mientras que las resoluciones de la Asamblea producirían efectos en la esfera interna de la Sociedad. Esta afirmación tampoco es sostenible en un cien por ciento, ya que existen numerosas e importantes hipótesis en que las resoluciones de la Asamblea producen efectos frente a terceros que exceden de la esfera interna social. Basta recordar las hipótesis de transformación, fusión, etc. y a mayor abundamiento, la propia disolución anticipada de la Sociedad, hipótesis que por excelencia afecta a los terceros vinculados con la Sociedad.

En lo que refiere específicamente a aumentos de capital integrado, la única norma que adjudica competencia al Directorio en forma expresa está contenida en el artículo 288 de la Ley, denominado «Aumento Obligatorio».

Respecto de este aumento de capital integrado, cabe hacer las siguientes consideraciones. En primer término, se trata de un aumento de capital impuesto por la Ley, que busca preservar determinada relación que la misma entiende aceptable entre el capital y el resto de los rubros que componen el patrimonio social.

En segundo término, y por tratarse de un aumento que afecta únicamente la composición del patrimonio social sin que signifique un incremento del mismo, es en definitiva un aumento nominal de capital y que no requiere de nuevas aportaciones. Al producirse esta recomposición patrimonial, se emitirán acciones liberadas que serán distribuidas entre los accionistas a prorrata de sus participaciones, sin que ello implique erogación alguna por parte de los mismos.

En definitiva, este caso puntual de aumento de capital integrado cuya competencia es atribuida por la Ley al Directorio jamás puede ser utilizado como argumento en torno a que éste sería competente para resolver aumentos de capital integrado por nuevos aportes, tratándose ésta última de una hipótesis netamente distinta y que afecta los derechos esenciales del accionista.

F) Competencia de las Asambleas de Accionistas. Fundamentos de texto y de carácter sustancial por los cuáles recae en este órgano la competencia de resolver aumentos de capital integrado

Al contrario de lo que sucede con el órgano de administración, las competencias de las Asambleas Ordinaria y Extraordinaria se encuentran establecidas en forma más sistemática o precisa por nuestra Ley. El artículo 340 establece que las resoluciones de estos órganos, en los asuntos de su competencia, obligan a los accionistas y deben ser cumplidas por el órgano de administración. Las atribuciones de la Asamblea Ordinaria se encuentran enumeradas en el artículo 342 de la Ley; la de la Asamblea Extraordinaria en el artículo 343.

En lo que atañe específicamente a las modificaciones del capital contractual, es competente la Asamblea Extraordinaria, en virtud de lo dispuesto por el numeral primero del artículo 362, que comprende todos los casos de modificación del contrato y el artículo 284 en la redacción dada por la Ley de Urgencia.

En cuanto a las operaciones relacionadas con el capital integrado, con anterioridad a las reformas establecidas por la Ley de Urgencia, las hipótesis en las que era competente la Asamblea Extraordinaria eran las siguientes:

- reintegro de capital
- rescate, reembolso y amortización de acciones
- conversión en acciones de debentures y partes beneficiarias

Como vemos, el aumento de capital integrado por nuevos aportes no se encontraba previsto específicamente dentro de la esfera de competencia de la Asamblea Extraordinaria.

1 Argumentos de texto

Existe sin embargo, un argumento de texto que está dado por el artículo 284 de la Ley. Podemos decir, incluso, que este argumento se ha visto reforzado con la reciente reforma establecida por la Ley de Urgencia.

2 En los hechos, sin embargo, había - y hay actualmente - que «pasar» el trámite por la Auditoría Interna de la Nación, ya que el Decreto 335/990 dispuso expresamente que en este caso se trata de una «comunicación».

El artículo 284 citado, en la redacción anterior, establecía la facultad de la Asamblea de disponer el aumento de capital hasta el quintuplo, en la medida de que tal posibilidad estuviere prevista en el Estatuto, con la particularidad de que en este caso no se requería conformidad administrativa.²

Disponía el artículo asimismo que la Asamblea «sólo podrá delegar en el Directorio o el administrador en su caso, la época de la emisión, la forma y condiciones de pago»

Esta última previsión del artículo era, como tantas otras, producto de la confusión en que incurrió sistemáticamente la Ley en cuanto a los conceptos de capital contractual y capital integrado. En efecto, la emisión de acciones, las condiciones de pago de las mismas, etc. se refieren evidentemente a una hipótesis de aumento de capital integrado, insertándose sin embargo en un artículo que refiere al aumento de capital contractual.

Como en nuestra Ley no se exige ni la suscripción ni la integración de mínimos salvo en el acto constitutivo, esta previsión del artículo resultaba, a nuestro entender, carente de sentido absolutamente.

Sin embargo, podemos decir que es el único artículo de toda la Ley de Sociedades que permitiría sostener, como argumento de texto y más allá de sus deficiencias técnicas, que es la Asamblea el órgano competente para resolver un aumento de capital integrado. Ello, porque si el artículo preveía que sólo podía delegarse en el Directorio la época de la emisión, etc. podía sostenerse que la resolución de capitalización sólo podía adoptarla la Asamblea.

En su redacción actual, dada por la Ley de Urgencia, el artículo 284 adquiere un sentido más lógico, y proporciona a su vez un argumento más fuerte en el sentido de la atribución de competencia a la Asamblea.

En efecto, actualmente se prevé que todo aumento de capital contractual puede ser resuelto por la Asamblea sin necesidad de conformidad administrativa (es decir, ya no sólo la anterior hipótesis de aumento hasta el quintuplo), «salvo que el contrato social disponga que deba seguirse el procedimiento establecido en artículo 252».

El artículo 252 se encuentra inserto dentro de las disposiciones destinadas a regular la constitución por acto único de la Sociedad, y en lo que aquí interesa, establece la obligación de integrar y suscribir los mínimos previstos por el artículo 280.

De esta forma, y siempre y cuando esté previsto en el contrato social, actualmente el aumento de capital contractual puede implicar obligatoriamente la suscripción e integración de mínimos, y se trata además, de un aumento de capital integrado por nuevos aportes. Ahora sí, resulta congruente la previsión de que sólo podrá delegarse en el Directorio la época de la emisión y las condiciones de pago, ya que efectivamente nos encontramos frente a un aumento de capital integrado por nuevos aportes.

En definitiva, con la nueva redacción dada al art. 284, podemos decir que existe actualmente una norma que, sin confundir capital social e integrado, establece claramente que es la Asamblea el órgano competente para resolver un aumento de capital integrado por nuevos aportes, al menos, en la hipótesis contemplada por el artículo.

Finalmente, resta decir, actualmente a mero título anecdótico, que en el Proyecto de Ley de Urgencia remitido por el Poder Ejecutivo, el problema se resolvía en forma expresa, con la nueva redacción propuesta al artículo 362. En efecto, con la redacción que se proponía por el Poder Ejecutivo, quedaban solucionados dos de los más graves defectos de nuestra Ley: el que estudiamos en este momento, relativo al problema de la competencia en materia de aumentos de capital integrado por nuevos aportes, y el del derecho de receso, sentándose la tesis correcta en relación a cuando corresponde el mismo. Lamentablemente, al momento de la votación particular del articulado en la Cámara de Senadores, se alteró el texto del mismo. Nuestros legisladores avalaron la modificación propuesta a último momento, sin percatarse del alcance y consecuencias de la misma; en el capítulo destinado al estudio del derecho de receso se transcribe la versión taquigráfica de la sesión, de la cual surgen los motivos que llevaron a alterar la redacción propuesta al artículo 362 por el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo.

2 Argumentos de carácter sustancial

En orden a demostrar la tesis que sustentamos, debe ingresarse a la búsqueda de aquellos fundamentos de carácter sustancial que permitan, complementando el argumento de texto desarrollado en el capítulo anterior, concluir en forma definitiva en el sentido de que la competencia en orden a resolver aumentos de capital integrado por nuevos aportes es de la Asamblea Extraordinaria.

Los puntos esenciales sobre los que se basará el desarrollo son los siguientes:

- En todos aquellos asuntos en que se ven involucrados o afectados los derechos esenciales de los accionistas, el órgano competente para resolver es la Asamblea Extraordinaria de Accionistas.
- Los derechos que nuestra Ley reconoce como esenciales son, conforme el artículo 319:
 - ♦ el derecho a voto

- ◆ la participación en las ganancias y en la liquidación de la sociedad
- ◆ la fiscalización de los negocios sociales
- ◆ el derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, partes beneficiarias convertibles en acciones y debentures convertibles en acciones
- ◆ el derecho de receso
- el aumento de capital integrado por nuevos aportes repercute o afecta en forma directa a los derechos esenciales aludidos
- ergo, la resolución de aumentar el capital integrado por nuevos aportes debería necesariamente ser de competencia de dicho órgano.

Ingresando a la primera de las aseveraciones formuladas, cabe observar que en aquellas hipótesis en que la Ley permite el condicionamiento, limitación o suspensión de los derechos esenciales, la resolución es materia expresa de competencia de la Asamblea Extraordinaria.

Así, el derecho de preferencia sólo puede ser limitado o suspendido en las hipótesis que establece el artículo 330 de la Ley, y la resolución es de resorte de la Asamblea Extraordinaria. El derecho de receso, por su parte, sólo puede eliminarse por estipulación expresa en el contrato social al momento de constituirse la Sociedad en el caso previsto por el artículo 362.2, o bien, por la modificación del contrato incluyendo la estipulación mencionada. En el primer caso, la cláusula es dispuesta al momento de constituirse la Sociedad; en el segundo caso, nos encontramos frente a una reforma de Estatutos, que es de competencia de la Asamblea Extraordinaria.

El derecho a la percepción del dividendo mínimo sólo puede ser limitado en las condiciones establecidas por el artículo 320 de la Ley, y la resolución en tal sentido es de competencia de la Asamblea Extraordinaria.

El derecho a voto sólo puede ser limitado en el sentido establecido por el artículo 322, el cual permite establecer un número mínimo de acciones que no puede ser superior a diez para tener derecho a voto.

En fin, existen otros derechos esenciales que no pueden ser limitados, como a título de ejemplo, el derecho a participar en el remanente de la liquidación de la sociedad, la fiscalización de los negocios sociales y el derecho de información.

La segunda aseveración formulada fue que el aumento de capital integrado por nuevos aportes incide o afecta directamente a los derechos esenciales de los accionistas. En este sentido, cabe recordar, en primer término, una de las funciones que señaláramos cumple el capital integrado de la sociedad: el capital integrado es una referencia interna que indica la participación relativa de los diversos accionistas en el capital de la sociedad (numeral 1 del presente capítulo). De esta participación relativa en el capital social dependen, justamente, todos los derechos esenciales ya analizados.

En efecto, la mayor o menor capacidad que tendrá el accionista de influir con su voto en las decisiones de la Asamblea dependerá justamente de la participación proporcional en el capital. También dependerá de esta participación proporcional la participación correlativa en las ganancias sociales, en el remanente de la liquidación de la sociedad, la proporción en que puede ejercer el derecho de preferencia, etc.

Ahora bien, cabe distinguir en primer término, en relación a los aumentos de capital integrado, dos grandes hipótesis que son distintas, ya que justamente inciden en forma distinta en la situación del accionista: los aumentos nominales de capital y los aumentos reales.

El artículo 283 de la Ley, prevé genéricamente las distintas formas a través de las cuales puede procederse a la capitalización de la Sociedad. Ellas son:

- capitalización de reservas
- reajustes de los valores del activo u otros fondos especiales
- nuevos aportes
- conversión de obligaciones negociables o partes beneficiarias en acciones

Hemos alterado el orden previsto por el artículo, ubicando en los dos primeros lugares aquellos casos que suponen aumentos nominales de capital. Decimos que se trata de aumentos nominales porque los mismos no producen incrementos en el patrimonio social. En efecto, recordando la composición del mismo de acuerdo al Decreto 103/91, encontramos que todas las modalidades de reservas (legal, estatutarias y reservas libres) ya componen un capítulo de la composición del patrimonio neto social. En cuanto a los reajustes del activo, los mismos suponen generalmente una corrección de los valores monetarios de los bienes que componen el mismo.

a) Aumentos nominales de capital integrado

Existen cuando menos dos hipótesis contempladas por la ley en forma expresa de aumentos nominales de capital, y que constituyen en definitiva un desarrollo del enunciado genérico del artículo 283 ya citado:

- el aumento obligatorio de capital integrado prescrito por el artículo 288
- el aumento obligatorio previsto por el artículo 287, previo a la recepción de los nuevos aportes.

En el primero de los casos, el aumento nominal preceptivo tiene por finalidad la de mantener una determinada proporción que se entiende adecuada entre el capital integrado y las reservas. Significa, en definitiva, una reformulación del patrimonio social. La competencia para disponer el aumento obligatorio de capital se encuentra atribuida al Directorio. La disposición ya fue analizada en el numeral 3.5, al momento de tratar las competencias del órgano de administración, y en dicha oportunidad, se explicó asimismo el porqué de la atribución de competencia a este órgano en este caso específico.³

En el segundo de los casos, se trata de un aumento nominal preceptivo que la Ley ha implantado como un mecanismo de protección para proteger la integridad de la participación de los accionistas. De esta forma, se dispone la actualización de los valores del activo y del pasivo, capitalizándose el aumento patrimonial en caso de que existiere, así como las reservas que no tuvieren afectación especial. (Olivera García, Ricardo y Foderé Alberto J.; 1996: 32) Respecto del análisis crítico en torno a esta disposición, y la explicación de porqué la misma no protege en forma adecuada los intereses de los accionistas, se puede consultar la obra del Cr. Jorge Rossetto ya citada en nota a pie de página. Se trata de una solución que no tiene antecedentes en derecho comparado, y que obliga a la Sociedad a adoptar una estructura patrimonial que no siempre responderá a las necesidades de la misma. Una adecuada protección podría haberse logrado por el mecanismo de la emisión de acciones con prima, tal como señala el Profesor Ricardo Olivera García y el Cr. Jorge Rossetto en las obras ya citadas.

Cuando se produce un aumento nominal de capital, la Sociedad procede a emitir las acciones liberadas correspondientes, que son distribuidas entre los accionistas a prorrata de su participación accionaria. Esto es, el accionista se limita a recibir las acciones emitidas, sin que signifique para el mismo la necesidad de ninguna erogación.

En este caso, ningún perjuicio se causa al accionista ni se vé en peligro su participación proporcional, ya que como se dijera, se trata únicamente de la emisión de acciones liberadas que no requieren de ninguna integración (aporte) y se reparten a prorrata de los respectivas participaciones en el capital. Es por ello asimismo que la Ley no acuerda derecho de recesso en este caso al accionista, ya que no existe evidentemente ninguna «justa causa» para hacerlo.

Finalmente, y en lo que aquí interesa, es por ello, asimismo, que ninguna relevancia tiene en cuanto al punto en estudio que el aumento obligatorio del artículo 288 sea de resorte del Directorio de la Sociedad.

b) Aumentos reales de capital integrado

En cuanto a los supuestos de aumentos reales de capital integrado, existen los siguientes casos previstos en forma expresa:

- aumento de capital integrado por nuevos aportes previsto por el artículo 287 de la Ley; la competencia para resolverlo no está resuelta en forma expresa
- aumento de capital integrado previsto por el artículo 284, cuando media la estipulación contractual prevista por el mismo; la competencia para resolverlo se encuentra atribuida expresamente a la Asamblea Extraordinaria
- aumento de capital integrado por la conversión de obligaciones negociables o partes beneficiarias en acciones, previsto por los artículos 283 y 343 numeral 7; la competencia para resolverlo se encuentra atribuida expresamente a la Asamblea Extraordinaria

Decimos que se trata de aumentos reales en virtud de que los mismos producen un incremento en el patrimonio social, a diferencia de los casos anteriores, que se limitaban a la mera reformulación de los capítulos que componen el patrimonio social.

Es fácilmente comprensible que los aumentos reales de capital inciden directamente sobre la participación proporcional en el paquete accionario de cada accionista. A diferencia de lo que sucede en los casos de aumento nominal, el accionista que, frente a la resolución de capitalización real de la Sociedad no quiera ver disminuida su participación relativa en el capital, deberá proceder a hacer los aportes correspondientes para integrar las nuevas acciones que se emitan, ejerciendo su derecho de preferencia.

3 Sobre la real intención del legislador al disponer el artículo 288, puede consultarse el excelente trabajo del Cr. Jorge Rossetto, «Aspectos de la Ley de Sociedades Comerciales. Algunas implicancias contables y tributarias, Año 1992, Amalio Fernández. En el mismo, el autor recoge varios pasajes de la discusión del proyecto en la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, y explica como el artículo surge a raíz de la intervención de la Bolsa de Valores de Montevideo. El interés de la entidad mencionada en la inclusión del artículo es que el mismo provocaría una mayor emisión de acciones por parte de las Sociedades, lo cual contribuiría a que existiera mayor cantidad de títulos negociables en el mercado. Como explica claramente el Cr. Rossetto, este motivo sólo sería válido para las Sociedades Anónimas Abiertas, que son las únicas que pueden recurrir al ahorro público, y no tiene sentido alguno en el caso de las Sociedades Anónimas cerradas. Esta obra es además sumamente ilustrativa por el agudo y claro análisis que realiza en torno a la confusión de los conceptos de capital integrado y capital autorizado en que incurrió nuestra Ley en los artículos 287 y 288, recogiendo también en este caso interesantes pasajes de las Comisiones que estudiaron el Proyecto.

De esta forma, aquel accionista que no pueda integrar y por ende, se vea imposibilitado de ejercer el derecho de preferencia previsto en el artículo 326 de la Ley, verá reducida proporcionalmente su participación en el capital integrado de la sociedad, siempre que elija permanecer en la Sociedad. En este caso, los restantes accionistas tendrán derecho de acrecer respecto de la parte proporcional que correspondía al accionista que no ejerció su derecho de preferencia, y finalmente, no verificándose lo anterior, las nuevas acciones podrán ser enajenadas a cualquier tercero.

Finalmente, la otra opción que se presentaría al accionista que no pudo integrar las nuevas acciones, sería la del ejercicio de derecho de recesso previsto en el artículo 362. Este punto será objeto de un tratamiento especial en capítulo posterior, ya que como se verá, al regular el derecho de recesso nuestra Ley ha incurrido en otro de sus graves defectos, nuevamente producto de la confusión sistemática de los conceptos de capital social y capital integrado, haciendo particularmente confusa la problemática relativa a en qué caso corresponde este derecho y correlativamente, cuál es el momento de ejercitarlo.

En el caso de la conversión de papeles negociables en acciones, la situación es básicamente similar, con una única diferencia. El artículo 326, al regular el derecho de preferencia, excluye su ejercicio en aquellos casos en que se trata de la conversión de títulos negociables o partes beneficiarias en acciones. En este caso, el accionista que no quiera ver perjudicada su participación o posición social, deberá ejercer el derecho de preferencia al momento mismo de la emisión de dichos títulos, y no en el momento de la conversión en acciones, ya que como hemos visto, la ley no lo permite en esta instancia.

En todas las hipótesis analizadas, la competencia se encuentra atribuida en forma expresa a la Asamblea Extraordinaria, a excepción del caso previsto por el artículo 287.

c) *Otras operaciones relativas al capital integrado.*

Resta analizar las otras hipótesis ya aludidas que guardan relación con el capital integrado de la sociedad y que ya fueran reseñadas anteriormente como de competencia de este órgano (artículo 343 numerales tres y cuatro) En todas estas hipótesis se ven involucrados asimismo los derechos esenciales de los accionistas. Ellas son:

- el reintegro de capital
- el rescate de acciones
- el reembolso de acciones
- la amortización de acciones

El reintegro del capital supone una operación compleja, compuesta por las siguientes operaciones: una reducción nominal del capital integrado por absorción de pérdidas y un aumento real del capital integrado por la realización de aportes hasta llevar el capital integrado hasta su nivel anterior. (Olivera García, Alberto Foderé, Montevideo, 1996, pág. 34) En cuanto al accionista, el efecto de esta operación es el mismo que fuera señalado para el caso de aumento de capital por nuevos aportes: aquel que no pueda integrar verá reducida su participación proporcional o podrá ejercer el derecho de recesso (con las salvedades ya anotadas y que serán objeto de estudio posterior)

Finalmente, encontramos las operaciones de rescate, reembolso y amortización de acciones.

Por la operación de rescate, se paga el valor de las acciones con el fin de retirarlas en forma definitiva de circulación. Puede hacerse con reducción o no del capital integrado. La incidencia en los derechos esenciales del accionista resulta tan clara que no merece mayores comentarios: significa la desvinculación definitiva del mismo respecto de Sociedad.

Mediante la amortización, se resuelve el pago en forma anticipada a los accionistas del valor de sus acciones. En este caso, el pago debe efectuarse con ganancias realizadas y líquidas y sin disminución del capital integrado, pudiendo tratarse de una amortización total o parcial de las acciones.

Cuando la amortización es parcial, la misma debe hacerse constar en los títulos o en los Libros de Registro de Acciones Escriturales, en su caso. La amortización parcial incidirá en la participación del accionista en el remanente de la liquidación de la Sociedad, ya que una parte del valor de sus acciones fue anticipada.

Cuando la amortización es total, las acciones se reemplazan por acciones de goce, «con los derechos y restricciones que determine el contrato social o la Asamblea que lo resuelva». Nuevamente vemos que los derechos de los accionistas se verán limitados en alguna medida, sea la ya dispuesta en los Estatutos, sea la que disponga la Asamblea Extraordinaria en defecto de estipulación contractual.

Finalmente, y en lo que hace a la operación de reembolso, el mismo consiste en el pago a los accionistas del valor de sus acciones en caso de que los mismos hayan ejercitado el derecho de recesso.

G) Conclusiones que pueden extraerse del análisis de competencias realizado

En todas las operaciones en las que se encuentra involucrado o afectado el capital integrado de la sociedad, que tiene como una de sus funciones reflejar la participación del accionista en el capital de la sociedad y repercuten directamente en los derechos fundamentales de los accionistas, así como en todas las operaciones que sin involucrar al capital integrado (ej. rescate sin reducción de capital y amortización de acciones) inciden asimismo en el aspecto reseñado, la competencia es de la Asamblea Extraordinaria.

Al comenzar este capítulo, sentamos como primer premisa básica que en todos aquellos casos en que se ven involucrados o afectados los derechos esenciales de los accionistas, la competencia en orden a las resoluciones que se adopten radica en la Asamblea Extraordinaria. Esta premisa fue demostrada a través del análisis de los derechos esenciales de los accionistas y la competencia específica de la Asamblea en aquellos casos en que la Ley permite la suspensión o limitación de estos derechos.

La segunda premisa sentada fue que el aumento de capital integrado por nuevos aportes repercute o afecta en forma directa dichos derechos esenciales. Creemos que la aseveración fue asimismo suficientemente demostrada en los desarrollos anteriores, explicando cómo repercute esta decisión fundamentalmente en cuanto a la situación de aquellos accionistas que se ven imposibilitados de efectuar nuevos aportes.

La tercer premisa - o más bien conclusión - en el sentido de la atribución de competencia a la Asamblea Extraordinaria en materia de resolución de aumento de capital integrado por nuevos aportes, dependía justamente de la demostración de las dos anteriores, lo cual creemos se ha verificado.

El único caso en que la Ley no previó en forma expresa y claramente la competencia de la Asamblea Extraordinaria en orden a resolver aumentos reales de capital está dado por el artículo 287, que regula nada menos que la capitalización voluntaria de la Sociedad por nuevos aportes. (a excepción hecha del artículo 284 ya analizado en «Argumentos de Texto, fundamentalmente luego de la nueva redacción dada por la Ley de Urgencia)

Habíamos dicho también que debía buscarse un criterio lógico de atribución de competencia en orden a dilucidar el punto, y entendemos que el mismo surge claramente de los desarrollos anteriores. Si todos los asuntos y negocios en que se ven afectados los derechos esenciales de los accionistas son de competencia de la Asamblea Extraordinaria, el que nos ocupa, que incide en esos derechos en un grado igual o mayor en importancia que aquellos contemplados por la Ley, según los casos, debería necesariamente ser materia de competencia de la Asamblea aludida.

En conclusión:

- La competencia en cuanto al aumento de capital integrado es de la Asamblea Extraordinaria, existiendo argumentos de texto y sustanciales que avalan tal conclusión.
- Entre los argumentos de texto, cabe citar el artículo 284 ya analizado, fundamentalmente con la nueva redacción otorgada por la Ley de Urgencia
- En lo que respecta a los argumentos de carácter sustancial, en todas las hipótesis en que se ven afectados los derechos fundamentales de los accionistas, la competencia es de la Asamblea Extraordinaria
- Siendo que el aumento de capital integrado por nuevos aportes repercute directamente en los derechos fundamentales aludidos, la competencia para resolver el mismo corresponde al órgano citado
- A mayor abundamiento, en todas las operaciones que involucran al capital integrado, la competencia es de la Asamblea Extraordinaria, salvo la excepción señalada del artículo 288, aumento obligatorio.
- El criterio de atribución de competencia reseñado es absolutamente congruente con las competencias atribuidas por la Ley a dicho órgano.
- El problema pudo haber sido resuelto en forma expresa de haberse mantenido el texto del proyecto de Ley de Urgencia remitido por el Poder Ejecutivo, el cual desgraciadamente fue alterado durante la votación del mismo en la Cámara de Senadores

IV. AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO. SU FUNCIÓN NORMAL. PROCESO QUE DESENCADENA LA RESOLUCIÓN

A) Función «normal» del aumento de capital integrado por nuevos aportes

La Sociedad Anónima financia su actividad con recursos propios (autofinanciamiento) o con recursos de terceros.

El financiamiento con recursos propios opera básicamente reteniendo las ganancias derivadas de la actividad social, y reinvirtiéndolas en la misma. En esta hipótesis, la Sociedad resolverá la no distribución de divi-

endos, conforme lo previsto por el artículo 320 de la Ley.

El financiamiento con recursos de terceros puede revestir cualquier modalidad como ser la obtención de préstamos, emisión de papeles negociables, etc. y en lo que aquí interesa, mediante nuevos aportes. Estos nuevos aportes podrán provenir de los propios accionistas, o bien de personas físicas o jurídicas ajenas a la sociedad; en este caso se hará necesaria la resolución de aumentar el capital integrado por nuevos aportes.

Además del financiamiento, la resolución de aumentar el capital integrado de la Sociedad puede obedecer asimismo a la necesidad de dotar a la misma de un patrimonio fuerte y consolidado, acorde con la envergadura de los negocios sociales y que brinde a su vez, una cierta seguridad y confianza a los terceros que se relacionan con la Sociedad en carácter de acreedores de la misma. (con las salvedades ya anotadas en el capítulo B, Numeral 1, en el sentido de la desvirtuación del capital como función de garantía frente a terceros)

En una hipótesis normal, no patológica, la resolución de aumentar el capital integrado como forma de financiamiento será adoptada, de esta forma, en aras del interés social y consecuentemente, sin ánimo de perjudicar a ningún accionista.

B) Proceso que se desencadena con la Resolución

Adoptada la resolución de capitalización, se desencadena todo un proceso previsto por la Ley, del cual cabe destacar las siguientes disposiciones.

En primer término, el artículo 207 prevé un mecanismo tendiente a que los «aportantes», sean los accionistas actuales o terceros que han tomado la decisión de aportar capital de riesgo, no se aprovechen del crecimiento patrimonial de la sociedad operado con anterioridad a la realización de los aportes. Este mecanismo está dirigido asimismo a que los actuales accionistas no vean «licuada» su participación en el capital accionario.

De esta forma, previo a la resolución del aumento de capital integrado por nuevos aportes, debe procederse a la actualización de los valores del activo y del pasivo, capitalizándose el aumento patrimonial y las reservas existentes, siempre que no tengan afectación especial. A tal efecto, debe confeccionarse un Balance Especial, del cual surgirá si existen rubros a capitalizar. Este Balance Especial debe ser anterior en no más de noventa días de la fecha en que se adopta la resolución, y comprende un informe de compilación, el estado de situación patrimonial y el estado de resultados. (conforme el Decreto 335/90 y el Decreto 103/991, que establece la forma en que deben presentarse los Estados de Situación Patrimonial de las Sociedades Comerciales)

Respecto de los rubros que se capitalizan en forma preceptiva, la Auditoría Interna de la Nación sostiene que deben capitalizarse preceptivamente las primas de emisión, los ajustes al patrimonio y las reservas que no tengan afectación especial. La reserva legal y los resultados acumulados pueden excluirse, siempre que se justifique que los aportes se realizan por los actuales accionistas y en idéntica proporción a su participación accionaria. El criterio de la Auditoría está plasmado en instructivos que el organismo ha difundido en relación a los diversos trámites que se presentan ante el mismo, y pueden ser obtenidos en sus oficinas o bien en la página Web del organismo, en la dirección «www.ain.gub.uy/instructivos». En relación a la resolución que dispone la confección de los mencionados instructivos, la misma puede ser consultada en «www.ain.gub.uy/jurisprudencia.htm»⁴

También contiene nuestra Ley normas tendientes a preservar la proporción de participación accionaria entre los accionistas ya existentes, así como frente a los nuevos accionistas, contenidas en los artículos 326 y siguientes, que establecen el derecho de preferencia para la suscripción e integración de nuevas acciones en forma proporcional a las que ya se poseen y el derecho de acrecer que poseen los actuales accionistas respecto de la parte de la emisión que no fue objeto del ejercicio del derecho de preferencia.

Hasta aquí, se ha descripto someramente lo que sucede cuando opera un aumento de capital integrado por nuevos aportes y la forma en que la Ley protege los intereses y derechos de los actuales accionistas.

De esta forma, frente a una resolución de capitalización real de la Sociedad, el accionista:

- recibirá en primer término las acciones liberadas provenientes del aumento nominal previo y preceptivo del capital integrado
- podrá luego ejercer su derecho de preferencia, suscribiendo o adquiriendo nuevas acciones
- podrá, en cambio, no ejercer su derecho de preferencia, permaneciendo en la Sociedad con una menor participación relativa en el capital y con la consiguiente disminución de derechos que ello supone
- ejercer el derecho de receso de acuerdo al artículo 362 en la redacción dada por la Ley de Urgencia (con las

4 En relación a este punto, se recomienda nuevamente la lectura del trabajo ya citado del Cr. Jorge Rossetto.

salvedades ya indicadas y que serán objeto de tratamiento especial en el último capítulo, destinado en forma específica al problema del derecho de receso)

De esta forma, la Ley contempla el interés social, que requiere la capitalización a los efectos de financiar su operativa, y a la vez, el interés individual del accionista, quien en caso de no poder integrar, podrá elegir entre conservar su calidad de accionista, viendo disminuida porcentualmente su participación en el capital, o bien, retirarse, ejerciendo el derecho de receso, con la salvedad anotada en el párrafo anterior.

En la medida que la capitalización de la Sociedad haya sido resuelta en aras del interés social, el accionista que se vea perjudicado por la resolución nada podrá objetar a la misma. Se tratará, en todo caso, de un perjuicio lícito, no resarcible, derivado del ejercicio de una potestad de la Asamblea (o del Directorio, para quienes lo aceptan) y que no habrá sido ejercida en forma abusiva o con desviación de su fin natural.

Ahora bien, no resulta difícil observar que el aumento de capital integrado puede resultar un vehículo idóneo para perjudicar a los accionistas y resuelto por ende en forma dolosa. En los numerales siguientes, analizaremos esta posibilidad y las vías de defensa que pueden caber al accionista frente a esta resolución tomada con el ánimo directo de perjudicarlo.

V. AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO CON ÁNIMO DE PERJUDICAR AL ACCIONISTA RESUELTO POR EL DIRECTORIO

A) Posibilidad de su uso como herramienta para causar perjuicio al accionista

En capítulos anteriores, se demostró que la competencia en orden a resolver la integración por nuevos aportes es de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas. Sin embargo, en doctrina se ha sostenido que el Directorio puede adoptar válidamente la resolución, y es éste asimismo el criterio del Organismo Estatal de Control. A mayor abundamiento, en los Instructivos de trámites que pueden obtenerse en las oficinas de dicho organismo o bien, en su sitio Web, expresamente se establece entre la documentación requerida para la comunicación de aumento de capital integrado Acta de Directorio o de Asamblea por la cual se resuelve el mismo. (al respecto, ver www.ain.gub.uy/instructivos)

De esta forma, cabe analizar las vías de defensa que caben al accionista eventualmente perjudicado por una resolución del Directorio adoptada con el ánimo de perjudicarlo.

Al respecto, cabe puntualizar en primer término que, tal como se adelantara en la introducción de este trabajo, una resolución de aumento de capital integrado puede consultarse en un vehículo de excelencia para perjudicar al accionista, logrando, bien la disminución de su participación proporcional, bien la propia desvinculación del mismo de la Sociedad.

Esta hipótesis encuentra además, su campo más fértil de aplicación en el seno del Directorio, razón por la cual se analizará ese caso específico. No se ingresará en cambio, por razones de espacio, al caso en que la resolución sea adoptada por la Asamblea, lo cual podría eventualmente configurar una hipótesis de abuso del derecho al voto.

A título de ejemplo, puede darse el caso de que la capitalización de la sociedad no sea necesaria para la misma, y adoptarse no obstante lo anterior, la decisión por parte del Directorio, logrando que aquellos accionistas que no pueden - o no quieren por no ser necesarios - realizar nuevos aportes, vean disminuida su participación en el capital o bien, elijan ejercer el derecho de receso, desvinculándose de esta forma de la Sociedad. El Directorio puede haber resuelto la capitalización a los efectos de que una determinada clase de accionistas logre una mayor participación accionaria, o bien para que un tercero, en acuerdo con uno de los accionistas, ingrese a la Sociedad y de esa forma conformar una mayoría que permita el control sobre la misma. En fin, los motivos que pueden llevar a adoptar la decisión desviada de su fin natural es un tema necesariamente casuístico; en lo que aquí interesa, basta con los ejemplos propuestos y la demostración de que la posibilidad existe. Luego, habrá que analizar cuáles son los cursos de acción que puede tomar el accionista perjudicado frente a esa resolución dolosa o abusiva.

B) Ejemplo práctico e hipótesis de trabajo

Para trabajar sobre el problema planteado, se utilizará el siguiente esquema de participación accionaria y conformación del Directorio:

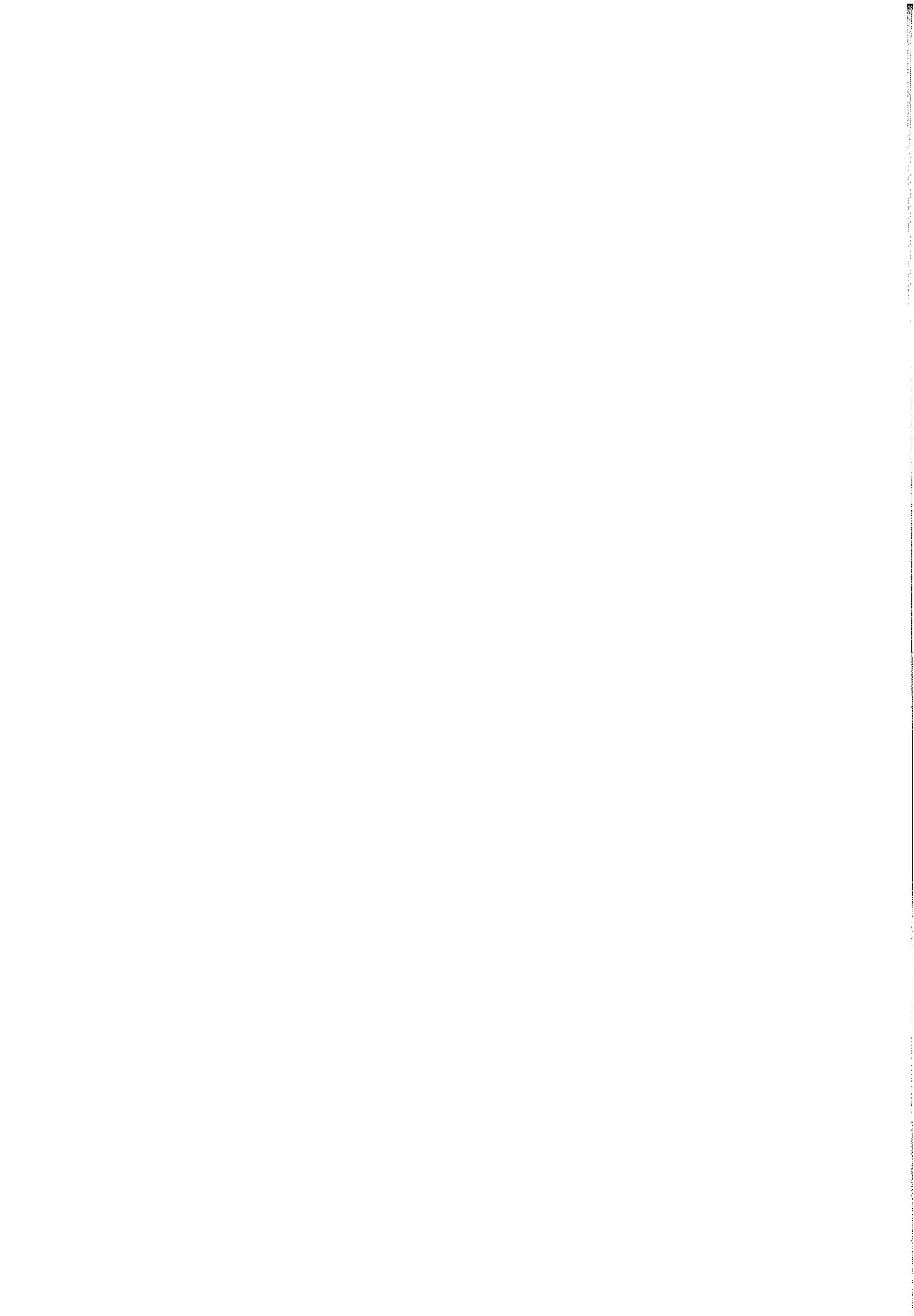
Directorio: Cinco miembros

Accionistas: Tres accionistas

Composición del capital: Accionista 1: 48% de acciones Serie A

Accionista 2: 26 % de acciones Serie B

Accionista 3: 26 % de acciones Serie B



dendos, conforme lo previsto por el artículo 320 de la Ley.

El financiamiento con recursos de terceros puede revestir cualquier modalidad como ser la obtención de préstamos, emisión de papeles negociables, etc. y en lo que aquí interesa, mediante nuevos aportes. Estos nuevos aportes podrán provenir de los propios accionistas, o bien de personas físicas o jurídicas ajenas a la sociedad; en este caso se hará necesaria la resolución de aumentar el capital integrado por nuevos aportes.

Además del financiamiento, la resolución de aumentar el capital integrado de la Sociedad puede obedecer asimismo a la necesidad de dotar a la misma de un patrimonio fuerte y consolidado, acorde con la envergadura de los negocios sociales y que brinde a su vez, una cierta seguridad y confianza a los terceros que se relacionan con la Sociedad en carácter de acreedores de la misma. (con las salvedades ya anotadas en el capítulo B, Numeral 1, en el sentido de la desvirtuación del capital como función de garantía frente a terceros)

En una hipótesis normal, no patológica, la resolución de aumentar el capital integrado como forma de financiamiento será adoptada, de esta forma, en aras del interés social y consecuentemente, sin ánimo de perjudicar a ningún accionista.

B) Proceso que se desencadena con la Resolución

Adoptada la resolución de capitalización, se desencadena todo un proceso previsto por la Ley, del cual cabe destacar las siguientes disposiciones.

En primer término, el artículo 287 prevé un mecanismo tendiente a que los «aportantes», sean los accionistas actuales o terceros que han tomado la decisión de aportar capital de riesgo, no se aprovechen del crecimiento patrimonial de la sociedad operado con anterioridad a la realización de los aportes. Este mecanismo está dirigido asimismo a que los actuales accionistas no vean «licuada» su participación en el capital accionario.

De esta forma, previo a la resolución del aumento de capital integrado por nuevos aportes, debe procederse a la actualización de los valores del activo y del pasivo, capitalizándose el aumento patrimonial y las reservas existentes, siempre que no tengan afectación especial. A tal efecto, debe confeccionarse un Balance Especial, del cual surgirá si existen rubros a capitalizar. Este Balance Especial debe ser anterior en no más de noventa días de la fecha en que se adopta la resolución, y comprende un informe de compilación, el estado de situación patrimonial y el estado de resultados. (conforme el Decreto 335/90 y el Decreto 103/991, que establece la forma en que deben presentarse los Estados de Situación Patrimonial de las Sociedades Comerciales)

Respecto de los rubros que se capitalizan en forma preceptiva, la Auditoría Interna de la Nación sostiene que deben capitalizarse preceptivamente las primas de emisión, los ajustes al patrimonio y las reservas que no tengan afectación especial. La reserva legal y los resultados acumulados pueden excluirse, siempre que se justifique que los aportes se realizan por los actuales accionistas y en idéntica proporción a su participación accionaria. El criterio de la Auditoría está plasmado en instructivos que el organismo ha difundido en relación a los diversos trámites que se presentan ante el mismo, y pueden ser obtenidos en sus oficinas o bien en la página Web del organismo, en la dirección «www.ain.gub.uy/instructivos». En relación a la resolución que dispone la confección de los mencionados instructivos, la misma puede ser consultada en «www.ain.gub.uy/jurisprudencia.htm»⁴

También contiene nuestra Ley normas tendientes a preservar la proporción de participación accionaria entre los accionistas ya existentes, así como frente a los nuevos accionistas, contenidas en los artículos 326 y siguientes, que establecen el derecho de preferencia para la suscripción e integración de nuevas acciones en forma proporcional a las que ya se poseen y el derecho de acrecer que poseen los actuales accionistas respecto de la parte de la emisión que no fue objeto del ejercicio del derecho de preferencia.

Hasta aquí, se ha descripto someramente lo que sucede cuando opera un aumento de capital integrado por nuevos aportes y la forma en que la Ley protege los intereses y derechos de los actuales accionistas.

De esta forma, frente a una resolución de capitalización real de la Sociedad, el accionista:

- recibirá en primer término las acciones liberadas provenientes del aumento nominal previo y preceptivo del capital integrado
- podrá luego ejercer su derecho de preferencia, suscribiendo o adquiriendo nuevas acciones
- podrá, en cambio, no ejercer su derecho de preferencia, permaneciendo en la Sociedad con una menor participación relativa en el capital y con la consiguiente disminución de derechos que ello supone
- ejercer el derecho de receso de acuerdo al artículo 362 en la redacción dada por la Ley de Urgencia (con las

4 En relación a este punto, se recomienda nuevamente la lectura del trabajo ya citado del Cr. Jorge Rossetto.

salvedades ya indicadas y que serán objeto de tratamiento especial en el último capítulo, destinado en forma específica al problema del derecho de receso)

De esta forma, la Ley contempla el interés social, que requiere la capitalización a los efectos de financiar su operativa, y a la vez, el interés individual del accionista, quien en caso de no poder integrar, podrá elegir entre conservar su calidad de accionista, viendo disminuída porcentualmente su participación en el capital, o bien, retirarse, ejerciendo el derecho de receso, con la salvedad anotada en el párrafo anterior.

En la medida que la capitalización de la Sociedad haya sido resuelta en aras del interés social, el accionista que se vea perjudicado por la resolución nada podrá objetar a la misma. Se tratará, en todo caso, de un perjuicio lícito, no resarcible, derivado del ejercicio de una potestad de la Asamblea (o del Directorio, para quienes lo aceptan) y que no habrá sido ejercida en forma abusiva o con desviación de su fin natural.

Ahora bien, no resulta difícil observar que el aumento de capital integrado puede resultar un vehículo idóneo para perjudicar a los accionistas y resuelto por ende en forma dolosa. En los numerales siguientes, analizaremos esta posibilidad y las vías de defensa que pueden caber al accionista frente a esta resolución tomada con el ánimo directo de perjudicarlo.

V. AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO CON ÁNIMO DE PERJUDICAR AL ACCIONISTA RESUELTO POR EL DIRECTORIO

A) Posibilidad de su uso como herramienta para causar perjuicio al accionista

En capítulos anteriores, se demostró que la competencia en orden a resolver la integración por nuevos aportes es de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas. Sin embargo, en doctrina se ha sostenido que el Directorio puede adoptar válidamente la resolución, y es éste asimismo el criterio del Organismo Estatal de Control. A mayor abundamiento, en los Instructivos de trámites que pueden obtenerse en las oficinas de dicho organismo o bien, en su sitio Web, expresamente se establece entre la documentación requerida para la comunicación de aumento de capital integrado Acta de Directorio o de Asamblea por la cual se resuelve el mismo. (al respecto, ver www.ain.gub.uy/instructivos)

De esta forma, cabe analizar las vías de defensa que caben al accionista eventualmente perjudicado por una resolución del Directorio adoptada con el ánimo de perjudicarlo.

Al respecto, cabe puntualizar en primer término que, tal como se adelantara en la introducción de este trabajo, una resolución de aumento de capital integrado puede constituirse en un vehículo de excelencia para perjudicar al accionista, logrando, bien la disminución de su participación proporcional, bien la propia desvinculación del mismo de la Sociedad.

Esta hipótesis encuentra además, su campo más fértil de aplicación en el seno del Directorio, razón por la cual se analizará ese caso específico. No se ingresará en cambio, por razones de espacio, al caso en que la resolución sea adoptada por la Asamblea, lo cual podría eventualmente configurar una hipótesis de abuso del derecho al voto.

A título de ejemplo, puede darse el caso de que la capitalización de la sociedad no sea necesaria para la misma, y adoptarse no obstante lo anterior, la decisión por parte del Directorio, logrando que aquellos accionistas que no pueden - o no quieren por no ser necesarios - realizar nuevos aportes, vean disminuída su participación en el capital o bien, elijan ejercer el derecho de receso, desvinculándose de esta forma de la Sociedad. El Directorio puede haber resuelto la capitalización a los efectos de que una determinada clase de accionistas logre una mayor participación accionaria, o bien para que un tercero, en acuerdo con uno de los accionistas, ingrese a la Sociedad y de esa forma conformar una mayoría que permita el control sobre la misma. En fin, los motivos que pueden llevar a adoptar la decisión desviada de su fin natural es un tema necesariamente casuístico; en lo que aquí interesa, basta con los ejemplos propuestos y la demostración de que la posibilidad existe. Luego, habrá que analizar cuáles son los cursos de acción que puede tomar el accionista perjudicado frente a esa resolución dolosa o abusiva.

B) Ejemplo práctico e hipótesis de trabajo

Para trabajar sobre el problema planteado, se utilizará el siguiente esquema de participación accionaria y conformación del Directorio:

Directorio: Cinco miembros

Accionistas: Tres accionistas

Composición del capital: Accionista 1: 48% de acciones Serie A

Accionista 2: 26 % de acciones Serie B

Accionista 3: 26 % de acciones Serie B

dendos, conforme lo previsto por el artículo 320 de la Ley.

El financiamiento con recursos de terceros puede revestir cualquier modalidad como ser la obtención de préstamos, emisión de papeles negociables, etc. y en lo que aquí interesa, mediante nuevos aportes. Estos nuevos aportes podrán provenir de los propios accionistas, o bien de personas físicas o jurídicas ajenas a la sociedad; en este caso se hará necesaria la resolución de aumentar el capital integrado por nuevos aportes.

Además del financiamiento, la resolución de aumentar el capital integrado de la Sociedad puede obedecer asimismo a la necesidad de dotar a la misma de un patrimonio fuerte y consolidado, acorde con la envergadura de los negocios sociales y que brinde a su vez, una cierta seguridad y confianza a los terceros que se relacionan con la Sociedad en carácter de acreedores de la misma. (con las salvedades ya anotadas en el capítulo B, Numeral 1, en el sentido de la desvirtuación del capital como función de garantía frente a terceros)

En una hipótesis normal, no patológica, la resolución de aumentar el capital integrado como forma de financiamiento será adoptada, de esta forma, en aras del interés social y consecuentemente, sin ánimo de perjudicar a ningún accionista.

B) Proceso que se desencadena con la Resolución

Adoptada la resolución de capitalización, se desencadena todo un proceso previsto por la Ley, del cual cabe destacar las siguientes disposiciones.

En primer término, el artículo 287 prevé un mecanismo tendiente a que los «aportantes», sean los accionistas actuales o terceros que han tomado la decisión de aportar capital de riesgo, no se aprovechen del crecimiento patrimonial de la sociedad operado con anterioridad a la realización de los aportes. Este mecanismo está dirigido asimismo a que los actuales accionistas no vean «licuada» su participación en el capital accionario.

De esta forma, previo a la resolución del aumento de capital integrado por nuevos aportes, debe procederse a la actualización de los valores del activo y del pasivo, capitalizándose el aumento patrimonial y las reservas existentes, siempre que no tengan afectación especial. A tal efecto, debe confeccionarse un Balance Especial, del cual surgirá si existen rubros a capitalizar. Este Balance Especial debe ser anterior en no más de noventa días de la fecha en que se adopta la resolución, y comprende un informe de compilación, el estado de situación patrimonial y el estado de resultados. (conforme el Decreto 335/90 y el Decreto 103/991, que establece la forma en que deben presentarse los Estados de Situación Patrimonial de las Sociedades Comerciales)

Respecto de los rubros que se capitalizan en forma preceptiva, la Auditoría Interna de la Nación sostiene que deben capitalizarse preceptivamente las primas de emisión, los ajustes al patrimonio y las reservas que no tengan afectación especial. La reserva legal y los resultados acumulados pueden excluirse, siempre que se justifique que los aportes se realizan por los actuales accionistas y en idéntica proporción a su participación accionaria. El criterio de la Auditoría está plasmado en instructivos que el organismo ha difundido en relación a los diversos trámites que se presentan ante el mismo, y pueden ser obtenidos en sus oficinas o bien en la página Web del organismo, en la dirección «www.ain.gub.uy/instructivos». En relación a la resolución que dispone la confección de los mencionados instructivos, la misma puede ser consultada en «www.ain.gub.uy/jurisprudencia.htm»⁴

También contiene nuestra Ley normas tendientes a preservar la proporción de participación accionaria entre los accionistas ya existentes, así como frente a los nuevos accionistas, contenidas en los artículos 326 y siguientes, que establecen el derecho de preferencia para la suscripción e integración de nuevas acciones en forma proporcional a las que ya se poseen y el derecho de acrecer que poseen los actuales accionistas respecto de la parte de la emisión que no fue objeto del ejercicio del derecho de preferencia.

Hasta aquí, se ha descripto someramente lo que sucede cuando opera un aumento de capital integrado por nuevos aportes y la forma en que la Ley protege los intereses y derechos de los actuales accionistas.

De esta forma, frente a una resolución de capitalización real de la Sociedad, el accionista:

- recibirá en primer término las acciones liberadas provenientes del aumento nominal previo y preceptivo del capital integrado
- podrá luego ejercer su derecho de preferencia, suscribiendo o adquiriendo nuevas acciones
- podrá, en cambio, no ejercer su derecho de preferencia, permaneciendo en la Sociedad con una menor participación relativa en el capital y con la consiguiente disminución de derechos que ello supone
- ejercer el derecho de receso de acuerdo al artículo 362 en la redacción dada por la Ley de Urgencia (con las

⁴ En relación a este punto, se recomienda nuevamente la lectura del trabajo ya citado del Cr. Jorge Rossetto.

salvedades ya indicadas y que serán objeto de tratamiento especial en el último capítulo, destinado en forma específica al problema del derecho de receso)

De esta forma, la Ley contempla el interés social, que requiere la capitalización a los efectos de financiar su operativa, y a la vez, el interés individual del accionista, quien en caso de no poder integrar, podrá elegir entre conservar su calidad de accionista, viendo disminuída porcentualmente su participación en el capital, o bien, retirarse, ejerciendo el derecho de receso, con la salvedad anotada en el párrafo anterior.

En la medida que la capitalización de la Sociedad haya sido resuelta en aras del interés social, el accionista que se vea perjudicado por la resolución nada podrá objetar a la misma. Se tratará, en todo caso, de un perjuicio lícito, no resarcible, derivado del ejercicio de una potestad de la Asamblea (o del Directorio, para quienes lo aceptan) y que no habrá sido ejercida en forma abusiva o con desviación de su fin natural.

Ahora bien, no resulta difícil observar que el aumento de capital integrado puede resultar un vehículo idóneo para perjudicar a los accionistas y resuelto por ende en forma dolosa. En los numerales siguientes, analizaremos esta posibilidad y las vías de defensa que pueden caber al accionista frente a esta resolución tomada con el ánimo directo de perjudicarlo.

V. AUMENTO DE CAPITAL INTEGRADO CON ÁNIMO DE PERJUDICAR AL ACCIONISTA RESUELTO POR EL DIRECTORIO

A) Posibilidad de su uso como herramienta para causar perjuicio al accionista

En capítulos anteriores, se demostró que la competencia en orden a resolver la integración por nuevos aportes es de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas. Sin embargo, en doctrina se ha sostenido que el Directorio puede adoptar válidamente la resolución, y es éste asimismo el criterio del Organismo Estatal de Control. A mayor abundamiento, en los Instructivos de trámites que pueden obtenerse en las oficinas de dicho organismo o bien, en su sitio Web, expresamente se establece entre la documentación requerida para la comunicación de aumento de capital integrado Acta de Directorio o de Asamblea por la cual se resuelve el mismo. (al respecto, ver www.ain.gub.uy/instructivos)

De esta forma, cabe analizar las vías de defensa que caben al accionista eventualmente perjudicado por una resolución del Directorio adoptada con el ánimo de perjudicarlo.

Al respecto, cabe puntualizar en primer término que, tal como se adelantara en la introducción de este trabajo, una resolución de aumento de capital integrado puede constituirse en un vehículo de excelencia para perjudicar al accionista, logrando, bien la disminución de su participación proporcional, bien la propia desvinculación del mismo de la Sociedad.

Esta hipótesis encuentra además, su campo más fértil de aplicación en el seno del Directorio, razón por la cual se analizará ese caso específico. No se ingresará en cambio, por razones de espacio, al caso en que la resolución sea adoptada por la Asamblea, lo cual podría eventualmente configurar una hipótesis de abuso del derecho al voto.

A título de ejemplo, puede darse el caso de que la capitalización de la sociedad no sea necesaria para la misma, y adoptarse no obstante lo anterior, la decisión por parte del Directorio, logrando que aquellos accionistas que no pueden - o no quieren por no ser necesarios - realizar nuevos aportes, vean disminuida su participación en el capital o bien, elijan ejercer el derecho de receso, desvinculándose de esta forma de la Sociedad. El Directorio puede haber resuelto la capitalización a los efectos de que una determinada clase de accionistas logre una mayor participación accionaria, o bien para que un tercero, en acuerdo con uno de los accionistas, ingrese a la Sociedad y de esa forma conformar una mayoría que permita el control sobre la misma. En fin, los motivos que pueden llevar a adoptar la decisión desviada de su fin natural es un tema necesariamente casuístico; en lo que aquí interesa, basta con los ejemplos propuestos y la demostración de que la posibilidad existe. Luego, habrá que analizar cuáles son los cursos de acción que puede tomar el accionista perjudicado frente a esa resolución dolosa o abusiva.

B) Ejemplo práctico e hipótesis de trabajo

Para trabajar sobre el problema planteado, se utilizará el siguiente esquema de participación accionaria y conformación del Directorio:

Directorio: Cinco miembros

Accionistas: Tres accionistas

Composición del capital: Accionista 1: 48% de acciones Serie A

Accionista 2: 26 % de acciones Serie B

Accionista 3: 26 % de acciones Serie B

Derechos que otorga la serie A: elección del Presidente del Directorio y dos directores más.

En el ejemplo propuesto, el Directorio no puede ver bloqueada su actuación por los Directores de la minoría, ya que los Directores elegidos por la Serie A representan la mitad más uno de los integrantes del órgano, que es el quórum necesario para sesionar de acuerdo al artículo 386 de la Ley. Los Directores que responden a la Serie A tienen asimismo la mayoría necesaria para adoptar resoluciones válidamente, esto es, la mitad más uno de los integrantes.

Si adoptáramos la posición correcta, esto es, que la resolución debe ser tomada por la Asamblea, el problema a estudio no se plantearía en el ejemplo propuesto.

En efecto, las Resoluciones de la Asamblea se toman por mayoría absoluta de votos de accionistas presentes. (artículo 356 de la Ley de Sociedades; el régimen de mayoría especial previsto por el artículo 362 quedó definitivamente descartado con la sanción de la Ley de Urgencia, que se aplica sólo a la modificación de la cifra aritmética del capital social o contractual, tal como se analizará en el capítulo 5)

En el ejemplo propuesto, los accionistas de la Serie A, sin perjuicio de tener dominio sobre el Directorio, no poseen la mayoría necesaria en la Asamblea.

De esta forma, ingresaremos al análisis de las actitudes o vías de defensa que puede adoptar el accionista perjudicado, en el caso en que la Resolución de capitalización dolosa o desviada es adoptada por el Directorio.

VI. VÍAS DE ACCIÓN O DE DEFENSA QUE CABEN AL ACCIONISTA PERJUDICADO POR LA RESOLUCIÓN

A) Solicitud de intervención del organismo estatal de control

En primer término, una de las actitudes que puede adoptar nuestro accionista perjudicado sería la de solicitar la intervención del Organismo Estatal de Control. Esta posibilidad se encuentra prevista por el artículo 410 de la Ley de Sociedades, y la fiscalización prevista por el artículo puede ser solicitada por accionistas que representen cuando menos el diez por ciento del capital integrado. Como vemos, en el ejemplo propuesto como hipótesis de trabajo cualquiera de los accionistas minoritarios posee un paquete accionario que le permite la solicitud de fiscalización.

Ahora bien, el artículo 411 de la Ley prevé que el organismo estatal de control está facultado para solicitar en vía jurisdiccional la suspensión de las resoluciones de los órganos sociales contrarias a la Ley, el Estatuto o el Reglamento. También, la intervención del órgano de administración social en los casos de grave violación de la Ley o el Estatuto Social.

De acuerdo a todo lo ya expuesto, a nuestro criterio la resolución adoptada por el Directorio es violatoria de la Ley, concretamente, de la atribución de competencia que nuestra Ley de Sociedades ha determinado para cada órgano social, ya que no es el órgano competente para resolverlo. Sin embargo, también vimos que el punto es discutido y que de acuerdo al criterio de la Auditoría Interna de la Nación, el Directorio puede adoptar válidamente la resolución.

De todo lo dicho, se desprende que aquel accionista que intente defenderse a través del ente de control, aduciendo la ilegalidad por violación del régimen de competencias, muy probablemente no obtendrá resultado alguno. En efecto, mal podría obtenerlo desde que para la Auditoría Interna de la Nación, la decisión no adolece de ningún vicio de ilegalidad por incompetencia, lo cual constituye un criterio consolidado del organismo.

En cuanto a la solicitud de actuación del organismo basada en motivos ya no de legalidad, sino sustanciales, - en nuestro caso, consistiría en la desviación o abuso o exceso de poder del Directorio - pareciera que a la luz de lo dispuesto por los artículos 409 y 411, ella no procede. En efecto, de la lectura de dichos artículos se aprecia claramente que las facultades de fiscalización e intervención en la Sociedad del ente, se limitan a las situaciones de ilegalidad en la actuación de los organismos sociales, pero no puede ingresar, al «mérito» de las decisiones adoptadas por los mismos. (fuera de aquellos casos en que el mérito esté vinculado a motivos de ilegalidad en sentido amplio de violación de la Ley o el Estatuto) Es cierto que en el ejemplo que propusiéramos, nos encontramos frente a una decisión que no busca el desarrollo del fin social, sino el perjuicio de un accionista, y por ende, podría ser tachada de ilegal en un sentido muy amplio, pero parece que esta interpretación es forzosa el texto de las normas legales que, como dijéramos, parecen referirse en forma clara a hipótesis de ilegalidad que podríamos denominar formales.

B) Impugnación de la resolución del Directorio por la vía ordinaria de la acción de nulidad

Descartado el organismo estatal de control, o cuando menos, anotadas las dificultades que entraña esa vía, cabe ingresar a la posibilidad de la impugnación de la resolución del Directorio por la vía de la acción ordinaria de nulidad.

Conforme el trabajo ya citado del Dr. Alejandro Miller, entendemos que las resoluciones del Directorio son atacables por vía ordinaria de la acción de nulidad. Si bien la posibilidad no está prevista por la Ley de Sociedades, se impone esta conclusión porque:

- El Directorio, en cuanto órgano con determinadas atribuciones, está dotado de la capacidad legal de realizar actos que producen efectos jurídicos en representación de la Sociedad.
- Estos actos jurídicos unilaterales o convencionales, producirán o bien efectos internos en la esfera social, cual es el caso que nos ocupa, o bien efectos «hacia el exterior» de la Sociedad, que es la hipótesis que se da con mayor frecuencia en relación a la actuación de este órgano.
- Todo acto o contrato celebrado por una persona física o jurídica - en nuestro caso, a través del Directorio - es atacable por la vía de acción de nulidad, siendo que nuestro Código Civil no establece ninguna limitación al respecto.
- En el caso concreto de las resoluciones asamblearias, además de prever un régimen específico, la Ley agrega que sus resoluciones son impugnables por la vía de la acción ordinaria de nulidad.
- Si bien es sano que exista la previsión, a los efectos de evitar innecesarias discusiones, entendemos que la disposición no era necesaria estrictamente y aunque nada hubiere dicho la Ley, el régimen general de las nulidades previsto por el Código Civil igualmente sería aplicable a las resoluciones de este órgano.
- Si las resoluciones de la Asamblea son atacables por la vía ordinaria de la nulidad, a idéntica conclusión cabe llegar en materia de las decisiones del Directorio.

Una vez establecido que las decisiones del Directorio son atacables por la vía de la acción de nulidad, debe determinarse cuál es la naturaleza de la nulidad de que adolece la resolución que eventualmente sea impugnada.

La resolución adolecerá de dos vicios de naturaleza distinta:

- uno de carácter formal, constituido por el hecho de que se trata de una resolución adoptada por un órgano incompetente, y por ende, nos encontraremos frente a una incapacidad absoluta
- otro de carácter sustancial, que estará constituido por la falsedad de la causa

En cuanto al aspecto que denominamos formal, debe determinarse, en primer término, si nos encontramos frente a una hipótesis de falta de legitimación, o bien de falta de capacidad, y en este caso, si se trata de incapacidad absoluta o relativa, que es la que podría aparejar la nulidad - absoluta o relativa - del acto.

En el ámbito del Derecho Administrativo, el Profesor Sayagués Laso maneja tres hipótesis básicas de exceso de competencia en que puede incurrir un órgano, siendo ellas:

- el caso en que un órgano de la administración actúa ejerciendo potestades de las que carece, y que tampoco detenta ningún otro órgano de la Administración
- el caso de un órgano que dicta un acto invadiendo la competencia de otro de los Poderes del Estado. (por ejemplo, el Poder Ejecutivo dicta un acto que era de resorte del órgano legislativo o jurisdiccional)
- el caso de un órgano de la Administración que dicta un acto que correspondía a la esfera de competencia de otro órgano de la misma Administración.

En el caso que nos ocupa, la hipótesis análoga sería la última de las nombradas, ya que sostenemos que el Directorio ha adoptado una resolución que compete a otro órgano de la persona jurídica que integra.

Respecto de esta situación, en nota a pie de página, el autor cita doctrina italiana y francesa respecto de la naturaleza del vicio de que adolece el acto dictado con exceso de competencia. Así, en doctrina italiana, señala el autor que se distingue la incompetencia absoluta, según el acto emane de un órgano que invade la competencia de otro de los poderes del Estado, y la incompetencia relativa, constituida por el caso de un órgano que dicta una resolución que compete a otro órgano del sistema orgánico que integran. (SAYAGUES LASO, Enrique; 1988: 433 y 434)

Lógicamente, los autores de Derecho Administrativo estudian el problema desde la perspectiva de su materia, analizando consecuencias de los problemas del vicio de competencia como la eventual contienda de competencia, los casos de usurpación de funciones, el vicio en el acto administrativo por falta de voluntad de la Administración, etc.

Pero en lo que a nosotros nos interesa, y en virtud de que estudiamos la posibilidad de atacar el acto por la vía de la acción ordinaria de nulidad, debemos determinar si nos encontramos frente a una hipótesis de falta de legitimación, o de incapacidad absoluta o relativa.

Sin perjuicio de reconocer la suma opinabilidad del punto, entendemos que en el caso de que un órgano, que tiene una competencia específica, determinada por la Ley, adopte una resolución extralimitándose de los límites de su competencia, nos encontramos frente a una hipótesis de incapacidad absoluta.

En efecto, la situación es distinta cuando una persona física, que es plenamente capaz para emitir todo tipo de

manifestaciones unilaterales o celebrar todo tipo de negocios, celebra por ejemplo un contrato que recae sobre un objeto del cual no puede disponer. En este caso, decimos que esa persona carece de legitimación activa, concepto que se refiere a la posición de la persona en relación al bien jurídico determinado del cual pretende disponer.

Muy diferente es la situación de un órgano, que nace con una esfera de competencia determinada por la ley, y sujeto al principio de especialidad de la personas jurídicas y de los órganos que la componen, cuando celebra un acto que escapa a su esfera limitada y especial de competencia. En este caso, la situación de este órgano se asemeja a la de una persona física absolutamente incapaz, ya que a similitud con ésta, jamás tuvo la competencia (capacidad en el caso de la persona física o jurídica en derecho civil) que pretende desarrollar o ejercer.

De acuerdo a lo anterior, entendemos entonces que en lo que hace al aspecto formal, el acto del Directorio será absolutamente nulo por ser absolutamente incapaz para realizarlo, de acuerdo a la posición que hemos sustentado en el presente trabajo.

En cuanto al aspecto que denomináramos sustancial, el punto es más delicado. En efecto, la posibilidad en cuanto a perseguir la declaración de la nulidad de la resolución estaría fundada en la ilicitud de la causa. Recordando el concepto de causa que establece nuestro Código Civil, el mismo prescribe que «En todo contrato oneroso, es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra parte».

Decimos que se trata de un aspecto más delicado o sutil, porque en primer término, debemos distinguir los «motivos» del acto de la causa del mismo. Desde el punto de vista de los motivos, es claro que en el caso de la resolución del Directorio que se dirige a perjudicar a uno o varios accionistas determinados, esos motivos son ilícitos. Pero la ilicitud de los motivos no apareja la nulidad del acto, la ilicitud de la causa refiere en nuestro Código Civil a la causa inmediata del negocio, y no a la causa remota o mediata, es decir, los motivos. (Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIV, página 94)

En la hipótesis a estudio podría configurarse un supuesto de causa falsa, lo cual nos llevaría al ámbito de la simulación. Si los nuevos aportes no fueron efectivizados, o bien lo fueron y luego fueron retirados inmediatamente de la Sociedad (práctica esta que es la usual al momento de la constitución de las Sociedades Anónimas) tendríamos un caso de simulación absoluta. Si los aportes fueron realmente efectivizados, podríamos encontrar eventualmente frente a un caso de simulación relativa.

El punto no se puede desarrollar más extensamente por razones de espacio, por lo cual nos limitamos a dejar sentadas las dos posibilidades que entendemos pertinentes en orden a perseguir la anulación de la Resolución del Directorio: nulidad por incapacidad absoluta y eventualmente, nulidad por la falsedad de la causa, tratándose en este caso de una hipótesis de simulación. Resta decir que todas las dificultades probatorias que se anotan en el subnumeral siguiente son por entero aplicables a la hipótesis de anulación por causa falsa tratada en el presente.

C) Acción dirigida al resarcimiento de los daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual

Finalmente, y saliendo de la esfera de la impugnación del acto en sí, el accionista perjudicado puede perseguir el resarcimiento de los daños causados por el actuar doloso del Directorio. La posibilidad está prevista en forma expresa por el artículo 391 de la Ley, el cual prevé que los Directores de la Sociedad responden solidariamente frente a la Sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios resultantes:

- De la violación de la Ley, el Estatuto o el Reglamento
- Por el mal desempeño del cargo, según el criterio establecido por el artículo 83 (diligencia del buen hombre de negocios)
- Por el abuso de facultades, dolo o culpa grave

De todas las enumeradas, las causales más claras o que más se adecúan al caso en estudio serían las de violación de la Ley, el abuso de facultades y el dolo. Antes de ingresar al análisis de la problemática que cada una de ellas ofrece, debe establecerse en primer término la naturaleza de la responsabilidad civil de que se trata.

Entendemos que en el caso a estudio, se configura una hipótesis de responsabilidad extracontractual. Respecto de la naturaleza de la responsabilidad y el criterio para diferenciar cuando estamos frente a responsabilidad contractual o extracontractual, pueden señalarse dos grandes posiciones:

- En primer término, encontramos aquellos autores que sostienen que toda vez que se verifica el incumplimiento de una obligación de origen contractual, la responsabilidad que la misma apareja es asimismo contractual. Los partidarios de esta posición sustentan una interpretación que podríamos denominar restringida, ya que la única hipótesis que puede dar lugar al nacimiento de la responsabilidad contractual es la existencia de un contrato. Toda otra violación de obligaciones que no emerjan de un contrato, da lugar a responsabilidad extracontractual.

- Por otra parte, están aquellos que sostienen que existe responsabilidad contractual toda vez que se viola una obligación jurídica preexistente y que vincula a dos sujetos de derecho en calidad de acreedor y deudor respectivamente. Para los partidarios de esta posición, siempre que existe una obligación predeterminada que vincula a dos sujetos, sea que provenga de la Ley, de un contrato, o de un cuasicontrato, el incumplimiento de la misma aparece una hipótesis de responsabilidad contractual. Lo decisivo, entonces, es que exista un vínculo obligacional previo entre el autor del ilícito y el damnificado. Por el contrario, nos encontramos frente a hipótesis de responsabilidad extracontractual toda vez que se viola el deber genérico de no dañar, deber éste impuesto a todos los sujetos de derecho y que no guarda relación con otra persona determinada, sino con el resto de los sujetos de derecho considerados en su generalidad.⁵

Sin entrar al análisis en profundidad de ambas posiciones, imposible por razones de espacio, basta señalar que a nuestro criterio, sea cual sea la posición que se adopte, en ambos casos vemos que la responsabilidad del Directorio frente al accionista es de carácter extracontractual. En efecto, en primer término, cabe señalar que el Directorio no celebra ningún contrato con el accionista de la sociedad, lo cual basta para descartar la hipótesis de responsabilidad contractual en el enfoque de la primera de las posiciones citadas. En segundo término, el Directorio tampoco se encuentra vinculado por ninguna obligación preexistente de otra fuente con el accionista. Sí podría sostenerse, en cambio, que existe un vínculo obligacional entre el Directorio y la Sociedad, basado en que existen obligaciones determinadas por la Ley de este órgano frente a la misma. Pero esta conclusión es válida únicamente en cuanto a la Sociedad, ya que frente al accionista individualmente considerado, el Directorio se encuentra en la situación del deber genérico de no dañar.

De esta forma, y sentado que la naturaleza de la responsabilidad frente al accionista es de carácter extracontractual, debe acudir a las normas generales que disciplinan este género de responsabilidad y en particular, al artículo 1319 del Código Civil, según el cual se origina responsabilidad y la consecuente obligación de reparar los daños y perjuicios causados cuando:

- existe un hecho ilícito
- que ha causado un daño
- se verifica la existencia del nexo causal entre ambos
- el hecho ilícito ha sido cometido con dolo, culpa o negligencia

En relación al accionamiento basado en la violación de la Ley, puede sostenerse que el Directorio la ha violado al adoptar una resolución extralimitándose de su esfera de competencia. El punto ya fue tratado en el capítulo anterior.

En cuanto a la segunda posibilidad señalada, la misma está constituida por el abuso de facultades y el dolo. En efecto, la resolución adoptada con un fin diverso del natural, que es el del desarrollo y consecución del objeto social, adolece del vicio del abuso de facultades. La hipótesis entra dentro del concepto más genérico de abuso de derecho, que puede ser culposo o doloso. En nuestro caso, nos encontraremos frente a una hipótesis de abuso de derecho y además, dolosa, ya que la decisión habrá sido tomada con el ánimo específico de dañar a uno o varios accionistas.

Ahora bien, el problema más grave que enfrentará el accionista que ocurra por esta vía es, evidentemente, el problema de la prueba, y más concretamente, la prueba de la existencia del hecho ilícito. (sin entrar al problema de la prueba de los daños y el nexo causal, lo cual es un capítulo aparte) En efecto, dijimos anteriormente que esta causal no ofrecía los problemas de la anterior, en el sentido de que sin lugar a dudas, una resolución adoptada por el Directorio con desviación del fin natural de la misma constituye evidentemente un caso de abuso de facultades o abuso de derecho. El fin natural de una resolución de capitalización de la Sociedad es claro: se tratará de lograr con la misma, las fuentes de financiación necesarias para la consecución del objeto social, atrayendo incluso inversores interesantes dispuestos a invertir en capital de riesgo y cuyo compromiso con la sociedad pueda ser beneficioso para ésta.

Ahora, si bien en el plano teórico todo funciona «de maravillas», otro problema muy distinto es el de lograr la prueba de la ilicitud de la Resolución adoptada con desviación de poder.

En efecto, para el Directorio que se haya manejado en forma «diligente» en orden a la comisión del hecho ilícito, será muy fácil probar la necesidad de los aportes efectuados. Al respecto, podrá aducir que los mismos eran necesarios, por ejemplo, para adecuar el patrimonio social a la envergadura de los negocios emprendidos por la Sociedad. También, que el mismo se requería a los efectos de lograr confianza en los sujetos que se relacionan con la sociedad, particularmente, en cuanto a aquellos que conceden crédito a la misma y ven respaldada su inversión

por un patrimonio fuerte y consolidado. En fin, las posibilidades de justificar que el aumento fue dispuesto en orden a la consecución del fin social son infinitas, e indudablemente, se tratará de argumentos de peso que harán pensar «dos veces» al Juez que le toque decidir el punto.

Del lado del accionista, por el contrario, éste puede aparecer como perjudicado por un hecho lícito, perjuicio que surge del inevitable conflicto entre el interés individual y el interés social. Tendrá la pesada carga de la prueba de justificar que los nuevos aportes no eran necesarios, lo cual se comprenderá, puede llegar a resultar una prueba de muy difícil producción.

En fin, como se dijera, se hace imposible entrar a un estudio profundo del problema de la responsabilidad de los Directores y las dificultades que el mismo apareja. Sin embargo, hemos querido dejar planteado, cuando menos, cuáles son las vías que tendrá el accionista para tentar la anulación de la decisión ilícita, o bien para resarcirse de los efectos dañosos que la misma le produzca por la vía del accionamiento por responsabilidad extracontractual. Asimismo, hemos querido dar un somero panorama de las dificultades que enfrentará este accionista de acuerdo a las diferentes vías de acción que puede adoptar.

VII. EL DERECHO DE RECESO

Finalmente, resta analizar la última de las posibilidades que caben al accionista perjudicado por la decisión, constituida por el ejercicio del derecho de receso, previsto por el artículo 362 de la Ley.

En cuanto a la regulación del ejercicio de este derecho, nos encontramos frente a una de las mayores incongruencias o errores de la Ley de Sociedades, recientemente ratificado en forma expresa en oportunidad de la votación la Ley de Urgencia en la Cámara de Senadores.

El derecho de receso está consagrado por el artículo 362 de la Ley, denominado «Supuestos Especiales», y contenido en la Subsección VIII, denominada «De las modificaciones al contrato».

En su anterior redacción, el artículo 362 establecía que «cuando se trate de la fusión, escisión, transformación, prórroga o disolución anticipada de la Sociedad, cambio fundamental del objeto y aumento o reintegración total o parcial del capital, tanto en primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto... En los supuestos previstos por este artículo, con excepción de los casos de disolución anticipada y del aumento de capital mediante la emisión de acciones liberadas, se podrá receder en las condiciones que se establecen en el artículo siguiente»

Como el artículo está contenido en una Subsección que se refiere a modificaciones al contrato, nuestra doctrina había sostenido hasta el momento que el aumento de capital al que se refiere el artículo es el del «capital social». Con todo el respeto que nos merece esta posición que ha sido sustentada por prestigiosos profesores, algunos incluso correductores de la Ley, debemos decir sin embargo que se trataba de un grave error. El único fundamento en que se basaba esta posición es el ya nombrado, y que hace relación con la ubicación del artículo. Como el mismo se refiere en general a hipótesis de modificaciones contractuales, entonces se concluía que el aumento de capital al que se refiere es el del capital contractual.

Sin embargo, el artículo se refería en su anterior redacción al «aumento o reintegración total o parcial del capital». A nadie se le ocurrió jamás sostener que el reintegro de capital se refería al capital contractual, ello, porque evidentemente el único capital que se reintegra es el integrado. De esta forma, vemos que el argumento señalado anteriormente caía fácilmente por su propio peso, ya que el propio artículo 362 preveía clara e indisputablemente una operación atinente al capital integrado: el reintegro.

Pero además del argumento de texto, existen fundamentos de mera lógica que demuestran el absurdo de sostener que el derecho de receso se refiere al aumento de capital contractual. En efecto, la rescisión en los contratos de duración se encuentra íntimamente vinculada con los casos de justa causa. Cuando el contrato es sin plazo, si nada se prevé, el mismo puede rescindirse unilateralmente en cualquier momento, ya que en estos casos prima el principio de derecho civil y constitucional según el cual nadie puede obligarse de por vida. En los casos en que el contrato tiene un plazo determinado, entran a jugar un papel preponderante las ya nombradas justas causas de rescisión, generalmente establecidas en el propio negocio. Estas justas causas guardan relación directa con el razones sustanciales que pueden llevar al cocontratante a no querer la prolongación del vínculo contractual.

Retomando nuestra Ley de Sociedades, vemos que en todos los casos en que se otorga el Derecho de Receso, se encuentran en juego los derechos fundamentales de los accionistas o bien, determinados cambios en las

«reglas del juego» que hacen que deba prevalecer el interés individual sobre el social.

El punto es claro: cuando se cambia el objeto, se resuelve la transformación, etc. se están cambiando estas reglas del juego que jugaron un papel preponderante en la elección del sujeto al constituir o ingresar a la Sociedad, y por ende, es justo que se le otorgue el derecho de receso.

Por eso también es que el artículo otorgaba - y otorga - este derecho al accionista en los casos en que se resuelve la operación de reintegro del capital, dado que el mismo supone:

- una erogación del accionista que desee integrar y evitar de esta forma la disolución obligatoria de la Sociedad por pérdidas
- la permanencia en la sociedad del accionista, sin realizar nuevas aportaciones, lo cual significará una disminución en la participación proporcional en el paquete accionario.
- en caso de que el accionista no opte por ninguna de las dos posibilidades anteriores, que significan aportar para salvar una sociedad de dudosa viabilidad futura o permanecer en la misma con su participación disminuída, es justo y de plena lógica que se le conceda el derecho de receso

Asimismo, y dentro del esquema planteado, el artículo preveía, también con plena lógica, que el derecho de receso no podía ser ejercitado en los casos de aumento de capital mediante la emisión de acciones liberadas. Ello, porque en este caso se trata de un aumento nominal de capital producto de una reformulación del patrimonio social, que no implica un aumento del mismo ni supone la necesidad de realizar nuevos aportes por parte del accionista. Si el accionista no es obligado por esta vía a realizar nuevos aportes, sino que se limita a recibir las acciones que se emiten como consecuencia de esa mera reformulación del patrimonio, es lógico que no se le conceda el derecho de receso.

Frente al esquema anterior, absolutamente coherente con los fundamentos y la esencia del derecho de receso, que hace cuando existe una justa causa, nos encontramos con que resulta absolutamente incoherente sostener que el mismo procede en los casos de aumento de capital contractual.

En efecto, decimos incoherencia porque el aumento de capital contractual en nada perjudica ni incide en los derechos del accionista: se trata del mero aumento de la cifra aritmética cuya única función es señalar el tope hasta el cual la Sociedad puede emitir acciones, es decir, integrar sin proceder a la reforma del contrato. En los estados contables, esta cifra figura como una cuenta de control, cuya única finalidad es la anotada anteriormente. Estos aspectos ya fueron tratados con mayor profundidad en el capítulo 2.

La redacción del artículo 362 haya su fuente inmediata, como la amplia mayoría de los artículos de nuestra Ley de Sociedades, en la Ley de Sociedades Comerciales Argentina Nro. 19.550. La diferencia es que en el marco de esta Ley, los aumentos de capital contractual suponen necesariamente el aumento del capital integrado. Como ya vimos, esto no sucede en nuestra Ley, en la que, fuera del caso puntual previsto por el artículo 284 en su reciente redacción, la única obligación de integrar mínimos se encuentra en el acto constitutivo. Nuestra Ley no establece la obligación de integrar en el caso de aumento de capital contractual durante la vida de la Sociedad (artículo 283) salvo, actualmente, en el caso del artículo 284 recientemente reformado cuando se ha establecido en forma expresa en el Estatuto. (artículo 283 de la Ley de Sociedades)

Finalmente, y a mayor abundamiento, el artículo 245 de la Ley 19.950 argentina, establece expresamente que se puede ejercer el derecho de receso en aquellos casos de aumento de capital que impliquen desembolso para el socio, es decir, clara y lógicamente a las hipótesis de aumento de capital integrado.

De esta forma, es fácilmente apreciable que al momento de redactarse la Ley de Sociedades, se tomaron partes fragmentadas y fuera de contexto de otras leyes, que es lo que ha llevado en definitiva a que existan en la misma incoherencias como la que analizamos actualmente. Algunas de estas deficiencias fueron siendo superadas por la sanción del Decreto 335/90, el cual establece por vía interpretativa cuáles de las disposiciones de la Ley que se refieren a capital social deben ser entendidas respecto del capital integrado. El artículo 362 no fue objeto de tratamiento por este Decreto, quizá por no referirse el artículo - con anterioridad a su reciente reforma - en forma expresa al capital social.

Por otra parte, cabe señalar que la deficiente redacción se remonta desde la sanción de la ley 3.545 de 1909, que consagraba el derecho de receso en casos de aumento de capital contractual, repetido posteriormente por la Ley 14.548 de 1976 - ambas leyes confundiendo los conceptos de capital social e integrado - y recogido finalmente por la Ley 16.060 en su artículo 362.

El problema estuvo a punto de ser resuelto definitivamente, después de diez largos años, por el proyecto de Ley de Urgencia remitido por el Poder Ejecutivo. En efecto, en la redacción original, el mencionado proyecto reformaba el artículo 362, quedando el mismo redactado de esta forma: «Cuando se trate de la fusión, escisión, transformación, prórroga o disolución anticipada de la sociedad, transferencia del domicilio al extranjero, cambio

fundamental en el objeto y aumento o reintegración total o parcial del capital integrado...»

Se establecía además - y esto ha sido mantenido en la Ley tal como fue finalmente sancionada- la posibilidad de estipular contractualmente la inexistencia del derecho de receso en los casos de aumento de capital social por nuevos aportes, con excepción de los casos previstos en el artículo 330. La alusión a «aumento de capital social por nuevos aportes» puede tener sentido actualmente, con la reforma operada en el artículo 284 y siempre que medie la previsión contractual que prevé el artículo.

De esta forma, vemos que el Proyecto se encargaba de resolver definitivamente el problema, estableciendo en forma expresa que el aumento de capital al que se refiere el artículo era el integrado.

Analizadas las versiones taquigráficas de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, no se advierte que el punto que estudiamos haya sido objeto de tratamiento o discusión dentro de la misma. En efecto, el capítulo Once de la Ley de Urgencia fue analizado en la sesión del día 2 de mayo de 2000, con la presencia en carácter de invitado especial del Profesor Siegbert Rippe, y en la misma no se abordó este tema específico de la modificación propuesta en el Proyecto. (Carpeta Nro. 145 de 2000, Distribuido Nro. 105 de 2000, de la Comisión mencionada)

Sin embargo, se produjo un cambio «sorpresa» operado en el proyecto de ley remitido, al momento mismo de la votación de los artículos. A continuación, se transcriben los párrafos pertinentes de la sesión de la Cámara de Senadores:

«SEÑOR ATCHUGARRY.- En primer lugar, recomendamos al Cuerpo aceptar lo que acá se llama 62 (bis), que es una modificación al artículo 97, que oportunamente el Parlamento estudió en la Legislatura pasada. No me animo a hacer la misma recomendación con respecto al artículo 97 (bis), particularmente, por las eventuales trabas que puede tener para pedir créditos. Me gustaría estudiarlo un poco más y que se enviara a la Comisión de Hacienda, no por la primera parte, sino por la final. Aprovecho la oportunidad para decir que hay dos pequeñas modificaciones sugeridas, que son de carácter más bien técnico, que se introducirían al artículo 362 de la Ley N1 16.060. Lamento terriblemente tener que hacer esto, pero recibí una carta de la catedrática Nury Rodríguez y arreglamos algunos aspectos a sugerencia de ella.

O sea que el artículo 362.1 de la Ley N1 16.060, en el texto venido de la Comisión, diría así: «Cuando se trata de la fusión, escisión, transformación, prórroga o disolución anticipada de la sociedad, transferencia del domicilio al extranjero, cambio fundamental en el objeto y aumento o reintegración total o parcial del capital integrado», etcétera. Eso es lo que dice la redacción que viene de la Comisión, pero ahora se sugiere que diga: «aumento del capital social» y luego el texto sigue de la manera que figura en el repartido, o sea, «o reintegración total o parcial del capital integrado», etcétera.

La opinión de la doctora Nury Rodríguez, que creo que es correcta, es que en realidad el aumento de capital integrado no es una modificación de contrato. ...»

Los párrafos transcritos no merecen mayores comentarios; a último momento, se echó por tierra la posibilidad de otorgar la correcta redacción al artículo 362. No sólo lo anterior, sino que actualmente, al haberse dispuesto en forma expresa que el aumento de capital al que se refiere el artículo es el social, se vuelve aún más complicado que antes la posibilidad de sustentar el único criterio coherente y lógico.

Por otra parte, la reforma parcial del proyecto remitido por el Poder Ejecutivo provocó una nueva incongruencia en el artículo tal como quedó redactado finalmente. En efecto, en el actual 362.2, se establece que «podrá estipularse en el contrato social que no existirá derecho de receso en los casos de aumento de capital social por nuevos aportes, con excepción de los casos previstos en el artículo 330». La excepción se refiere, obviamente, a aumentos de capital integrado. Ahora, nos preguntamos, ¿excepción a qué, si el artículo dispuso en forma expresa que lo que dá derecho de receso es el aumento de capital social?

Este subnumeral establece, en definitiva, la posibilidad de estipular una excepción a un derecho que, a tenor de la Ley, no se tiene. En efecto, para la Ley, y para quienes votaron la misma, tal como viéramos, el aumento de capital que da lugar al derecho de receso es el social; la palabra «social» se colocó en forma expresa y deliberada en el artículo.

Sin embargo, y más allá del sin sentido anotado, actualmente este subnumeral es el único argumento de texto que permitiría aún, con alguna suerte, sustentar la posición correcta, que es la de que el derecho de receso corresponde en los casos de aumento de capital integrado.

Sin embargo, la «historia fidedigna de la sanción de la Ley» conspira, lamentablemente, contra la buena posición.

En efecto, la realidad es que este subnumeral, que establece una excepción a un derecho que no se tiene, permaneció en la Ley porque quienes votaron la reforma no se percataron de que alteraban el sentido total del conjunto de un artículo. Para «hacer las cosas bien», tendrían que haberlo eliminado; he aquí la historia fidedigna de la sanción de la Ley.

Una vez anotadas todas las dificultades interpretativas que ofrece nuestra Ley en el campo del derecho de receso, cabe analizar las dificultades que entraña el ejercicio del mismo en el ámbito de la hipótesis de aumento de capital integrado con ánimo de causar perjuicio al accionista.

Una primera dificultad a la que se verá enfrentado el mismo consiste en decidir en qué momento ejercerá el derecho de receso.

En efecto, supongamos en primer término un ejemplo en el cual existe un accionista que posee la mayoría del capital integrado, concretamente el sesenta por ciento exigido para el quórum de la Asamblea Extraordinaria. Supongamos asimismo que el capital de la Sociedad se encuentra totalmente integrado. La Asamblea de Accionistas puede resolver un aumento de capital contractual, sin resolver en el mismo acto que se procederá a integrar capital ni señalar que se pretenda hacerlo en el futuro. Supongamos asimismo que tampoco existen aportes irrevocables a cuenta de futuras integraciones. Dentro de este esquema, el accionista que no quiera verse obligado a integrar ni a disminuir su participación proporcional en el capital, se verá obligado a decidir si ejerce su derecho de receso en este momento. Nótese que la resolución de aumentar el capital social puede ser dispuesta exclusivamente con el ánimo de que el accionista minoritario ejerce su derecho de receso y se desvincule de la Sociedad. Como nuestra Ley establece que el derecho de receso corresponde en los casos de aumento de capital contractual, la decisión debe ser tomada en este momento.

Si el accionista no ejerce su derecho de receso en esta oportunidad, en caso de que posteriormente se resuelva un aumento de capital integrado por nuevos aportes, nuestro accionista que no está en condiciones de integrar se verá irremediabilmente obligado a permanecer en la Sociedad con una participación menor a la que poseía. Insólito, pero es lo que nuestra Ley establece. La resolución que no causa ningún perjuicio ni afecta los derechos esenciales del accionista, da derecho de receso; la que sí lo causa y afecta esos derechos, no.

Es fácilmente apreciable que esta es una vía idónea para provocar la desvinculación del accionista que no puede o no quiere integrar (en el futuro), ni tampoco quiere ver disminuída proporcionalmente su participación en el capital. Si toma la decisión, se logra el propósito de desvincularlo y luego se podrá aumentar el capital integrado o no. Quizá jamás se tuvo la intención de hacerlo.

Cabe también suponer un ejemplo distinto, en el que el capital contractual no esté completamente integrado y haya amplio margen para realizar nuevos aportes. En este caso, la resolución de capitalización podrá ser adoptada por el Directorio.

El mecanismo de ejercicio del derecho de receso está previsto en el artículo 363 para aquellos casos - «supuestos especiales» - en que la resolución la toma la Asamblea. Pueden receder los accionistas disidentes, los que votan en blanco, los que se abstienen y los ausentes. Cuando la resolución la adopta el Directorio, ¿cuál es el mecanismo para el ejercicio del derecho de receso? No está previsto.

De esta forma, el accionista que quiera receder deberá en primer término, justificar, quien sabe con qué suerte, que procede el ejercicio de tal derecho, frente a la errónea concepción del novel artículo 362.

Si la Sociedad le niega el derecho de receso, deberá impugnar en vía judicial la resolución denegatoria, y evidentemente, después de todo lo analizado, resulta imposible a esta altura predecir con qué suerte.

VIII. CONCLUSIONES GENERALES

- Nuestra Ley, a pesar de haber querido proteger a los accionistas minoritarios, encuentra graves defectos y vacíos que pueden dejar en situación de indefensión a quien se quiso proteger en casos como el que analizamos.
- Estos vacíos e incoherencias de nuestra Ley guardan relación, paradójicamente, con supuestos en que se ven involucrados en forma particularmente intensa los derechos esenciales de los accionistas.
- La resolución del Directorio de capitalizar la sociedad por medio de nuevos aportes, puede ser utilizada mediante un manejo inteligente de la situación para lograr efectos que pueden llegar hasta el logro de la desvinculación misma de la Sociedad del accionista afectado.
- Existe un criterio consolidado en el sentido de que el Directorio tiene competencia para tomar la resolu-

ción antedicha.

- Entendemos que el accionista que sea atacado en sus derechos esenciales por alguna de las vías reseñadas, se verá en una situación sumamente dificultosa, tanto si persigue la impugnación de la resolución, como si persigue el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, conforme todo lo analizado anteriormente.
- Como remedios para solucionar esta situación, podemos señalar los siguientes:
 - ◆ la consolidación a nivel doctrinario del criterio interpretativo sustentado en este trabajo, según el cual la competencia en cuanto al aumento de capital integrado por nuevos aportes es de la Asamblea Extraordinaria
 - ◆ que el organismo estatal de control variara su criterio en el mismo sentido.
 - ◆ por supuesto, que se resolviera en forma expresa el problema por la Ley, lo cual evitaría conflictos innecesarios y situaciones dañosas y de gran incertidumbre para el accionista.
 - ◆ en lo que hace referencia expresa a la problemática del derecho de receso, debería establecerse expresamente, al igual que en el punto anterior, que el mismo procede en los casos de aumento de capital integrado.
 - ◆ a solucionar los dos puntos anteriores apuntaba el Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo, frustándose lamentablemente la oportunidad en la forma ya vista. ♦

EMPRESAS UNIPERSONALES: SU REALIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO

FERNANDO RACHETTI

Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Montevideo.

SUMARIO:

I. INTRODUCCION. • II. MARCO TEÓRICO. • III. CAMBIO DE CULTURA. • IV. EVOLUCIÓN DEL DERECHO. • V. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE TRABAJO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. A) Nuestra posición. B) Lo que entiende la jurisprudencia. • VI) VALOR DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD. A) Nuestra posición sobre el tema. B) Lo que entiende la jurisprudencia. 1. Respecto a quién debe probar los hechos que se alegan. 2. Importancia del acuerdo de voluntades. 3. El valor del acuerdo de voluntades en una transacción donde se deja sin efecto una relación laboral y comienza una de diferente naturaleza jurídica. 4. Acuerdo de voluntades y el principio de irrenunciabilidad. 5. Valor del acuerdo de voluntades cuando el mismo se presta como forma de defraudar la ley. • VII. PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD. A) Nuestra posición. B) Lo que entiende la jurisprudencia. 1. Respecto al principio de primacía de la realidad. 2. Respecto a la validez o no del contrato escrito e inscripto. 3. Respecto a las empresas unipersonales, una realidad. • VIII. NUESTRA CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN

Trataremos en este trabajo es una cuestión que entendemos de mucha actualidad y que merece de nuestra parte un estudio profundo. Las empresas unipersonales se han convertido en el último tiempo en uno de los temas de más discusión dentro de la doctrina laboralista.

El despido de trabajadores es una de las consecuencias que produce la reducción de costos a que se ven obligadas las empresas a raíz de la competitividad a que se enfrentan.

Competitividad que tiene como causa la globalización del mercado, la apertura de la fronteras, el ingreso de productos extranjeros a precios que nuestra industria no puede competir, lo que obliga en definitiva a tercerizar parte de su cadena de producción como forma de mantenerse en el mercado.

La tercerización es tomada como una de las formas para flexibilizar la contratación laboral. El tema está en qué entendemos por tercerizar.

La doctrina en general manifiesta que se trata de un mecanismo por el cual la empresa se dedica exclusivamente a realizar su actividad principal, dejando en manos de terceros las actividades complementarias y en ocasiones parte de la cadena productiva. Esto implica que ciertas áreas de producción que antes eran desarrolladas por trabajadores dependientes de las empresas, son ahora desarrolladas por terceros que no integran su plantilla de trabajadores.

Esta es una tendencia mundial por la cual prácticamente han desaparecido del mercado, las empresas que por sí solas realizan toda la cadena productiva. Esto ha llevado al desarrollo de la mediana y pequeña empresa especializada en la realización de servicios o la fabricación de determinados productos para una o varias empresas.

La tercerización comenzó entonces, como la transferencia de tareas complementarias a la actividad principal de la empresa, como ser, limpieza, seguridad, vigilancia pero que en la actualidad como ya dijimos, ha llegado a afectar tareas propias de la cadena productiva de las empresas.

Como consecuencia de esto, las empresas al tratar de reducir costos de producción, comienzan a tercerizar tareas por medio de la realización de contratos de arrendamiento de servicios con empresas unipersonales cuyo titular en muchas oportunidades fue titular de una relación laboral con la empresa.

La contratación de empresas unipersonales ha crecido a partir del año 1995 en adelante, y sobre todo a partir de la promulgación del decreto 43/95 de enero de dicho año, como consecuencia de hechos que se analizan más adelante en este trabajo.

El reconocimiento a las empresas unipersonales por parte de la seguridad social dio certeza jurídica a las empresas en cuanto a su contratación, desde el momento que en principio éstas no serían sujetos pasivos de aportes a dicho organismo.

La búsqueda de competitividad y como consecuencia de esto la reducción de costos por parte de las empresas, ha llevado a éstas a contratar unipersonales en lugar de personal subordinado, ya que con su contratación las empresas contratantes dejan de tener como costo, el pago de los rubros de naturaleza salarial como ser: la licencia, el salario vacacional, el aguinaldo y los aportes a la seguridad social.

Por otro lado, al contratar unipersonales, las empresas contratantes se ven beneficiadas indirectamente por el hecho de que no hay más control de horarios de entrada y salidas, pagos de horas extras, pago dobles por trabajo durante el descanso semanal etc. En definitiva, deja de aplicar todas las normas que regulan una relación de subordinación.

Otro rubro que se deja de abonar al contratar la empresa unipersonal es el de los aportes a la seguridad social, que a partir de dicha contratación, corren por cuenta de ella.

Dentro de esta tendencia flexibilizadora adquieren importancia la polivalencia funcional y la movilidad como forma de desregularización de esquemas tradicionales de trabajo, así como la superación de concepto de operario, empleado calificado o personal de dirección.

Frente a esto surgen mecanismos donde se promueve la calificación y formación profesional de trabajadores a los efectos de cambiar la organización del trabajo y los procesos de producción.

En definitiva, flexibilización y desregulación constituyen uno de los problemas fundamentales a los que se enfrenta el derecho laboral tradicional en nuestros días.

Este hecho no escapa a la realidad jurídica nacional, y es así que la doctrina laboralista que desde hace un tiempo preocupada por los referidos hechos, está discutiendo y estudiando sobre el tema, lo que ha motivado entre otras cosas, que la celebración de los XXV años de fundación del Grupo de Los Miércoles que dirige nuestro Profesor Américo Plá Rodríguez se haya celebrado con la publicación de un libro que cuenta con cuarenta y dos estudios sobre "La descentralización Empresarial y el Derecho de Trabajo".

El tema a ser estudiado en este trabajo, la contratación de las empresas unipersonales y como éstas son vistas por la jurisprudencia, está inmerso en una problemática económica que viene siendo estudiada hace mucho tiempo desde distintos puntos de vista, pero evidentemente le esta moviendo los cimientos del derecho laboral, donde las posiciones como siempre están afectadas por un alto grado de subjetivismo.

Pero como veremos a continuación en el desarrollo de este trabajo, la empresa contratante va a tener que asegurarse que si bien por un lado, ella rebaja costos al no tener que pagar los aportes a la seguridad social, y los rubros de naturaleza salarial, horas extras, jornales en días de descanso etc., va a tener que asegurarse por otro lado, que la contratación que realiza con la unipersonal, sea realmente una relación de naturaleza civil o comercial, pero sin elemento subordinación, que caracteriza al contrato de trabajo.

La contratación de la empresa unipersonal como demostraremos en este trabajo, funcionará en los hechos si realmente es una relación independiente, de lo contrario, la justicia podrá revisar a solicitud de la parte interesada dicha relación contractual.

Hay que tener en cuenta por otro lado, que el titular de la unipersonal puede dentro de los plazos que le otorga la ley de prescripción de los créditos laborales, reclamar ante la justicia dichos rubros al entender que no se está realmente ante una contratación de naturaleza civil o comercial, y sí ante un contrato laboral con su elemento característico, la subordinación.

II. MARCO TEÓRICO

En este panorama encontramos por un lado, a los partidarios del estado benefactor, paternalista y con un alto contenido social, partidarios del desarrollo de una legislación con alto contenido protector del trabajo, que rompió la hegemonía del derecho común altamente civilista y comercialista.

Esta corriente del pensamiento trajo como consecuencia el desarrollo de una legislación con contenido de orden público de muy difícil derogabilidad, donde se consolida el principio de la irrenunciabilidad como forma de restringir la autonomía privada y del principio protector como forma de proteger a la parte más débil en la relación laboral.

Dentro de esta posición, se desarrolla una autonomía colectiva como forma de fortalecer a los trabajadores con una muy fuerte autorregulación de las condiciones de trabajo, así como de los beneficios no previstos en la norma laboral.

Esto trajo como consecuencia un sistema de relaciones laborales que se le denominó en forma clásica, taylorista y fordista.

Esta teoría trajo aparejado en la contratación individual, una relación subordinada de trabajo con contratos de plazo indefinido, con jornadas de tiempo completo, con categorías de trabajo muy rígidas con salarios preestablecidos, siendo la antigüedad un factor determinante para la mejora del trabajador dentro de la empresa, donde todo beneficio era incorporado al contrato de trabajo sin posibilidades de modificarlo in pejus.

Nos encontramos con la defensa de una contratación colectiva muy desarrollada, con un rol muy importante de los sindicatos y una negociación de alto contenido normativo, donde se legitiman las negociaciones donde los beneficios preexistentes de los trabajadores siempre se negocian en más.

Evidentemente, dentro de esta corriente de pensamiento, el contrato de arrendamiento de servicios y la empresa unipersonal, no tienen cabida y resisten como es lógico, su desarrollo.

Como posición contrapuesta a la desarrollada, surge una corriente denominada liberalismo o neoliberalismo donde se trata de ir contra la rigidez normativa, lo que se traduce en lo que denominamos flexibilización, que es todo aquello que va contra la rigidez de la normativa laboral, adquiriendo importancia la voluntad de las partes al contratar donde éstas son libres en cuanto a las cláusulas que estipulan, el contrato a término, la polifuncionalidad del trabajo, la pérdida de jerarquía de los sindicatos etc.

El fundamento de esta teoría es netamente económica y surge en los países desarrollados en los comienzos de la década de los ochenta con la idea de libre mercado, la que se ve aumentada con el desarrollo de la tecnología y de las comunicaciones, con la creación de zonas de libre comercio o de mercados comunes.

Esta teoría liberal para unos y neoliberal para otros, tiene como consecuencia la tendencia a que el Estado no intervenga en las relaciones laborales individuales, tratando que las partes intervinientes, empleadores y trabajadores solucionen sus problemas a nivel de empresa sin la intervención de terceras personas, dando mayor dinamismo a la autonomía de la voluntad, lo que trajo como consecuencia una menor intervención sindical y la pérdida de la actuación del Estado en política de fijación de salarios entre otras.

III. CAMBIO DE CULTURA

Los hechos referidos en el capítulo anterior han desarrollado a mi entender, un cambio cultural en los actores sociales, que se traduce en un avance de la individualización de las relaciones de trabajo, que en definitiva, hacen perder los valores humanos de solidaridad a una sociedad.

Esta individualización de las relaciones de trabajo, ha llevado a que el mercado de trabajo haya sufrido una profunda segmentación que tiene como consecuencia, como ya se dijera, el aumento de la contratación atípica, contratos de trabajo a tiempo parcial, contratación a término y en definitiva a la precarización de las relaciones de trabajo donde pierde fuerza la subordinación laboral, aumentando por otro lado la autonomía contractual.

Entiendo que esto no es un producto aislado, sino que es una problemática que está inserta en un cambio cultural, donde ya no hay un predominio del trabajo en la industria o en el comercio y donde ha habido un gran desarrollo del sector servicios. En este sector la persona como individuo adquiere más libertad, y desarrolla una tarea más polifuncional, está más capacitada y tiende a aumentar las posibilidades de independizarse en un trabajo con "autonomía técnica" (oficio) y al estar más profesionalizada y capacitada, deja de lado la subordinación como característica de la contratación.

Estos fenómenos mencionados de flexibilización, desregularización que tienen como consecuencia la terciarización que afecta los sectores productivos tradicionales, son consecuencia de las políticas de ajustes de precios provocados por la globalización, la integración regional, fragmentación del mercado, que trajeron aparejados la descentralización y el redimensionamiento de las empresas.

Una de las formas que tiene la empresa de abatir costos y ser más competitiva es a través de un cambio en la contratación, donde surge como figura principal la empresa unipersonal y como consecuencia de ello, el contrato de arrendamiento de servicios, contrato que los laboristas creyeron perimido y que ahora ven renacer en forma incipiente, lo que para muchos laboristas su aceptación, es como establecer una lápida al derecho laboral.

Con este tipo de contratación, se logra una mayor flexibilidad, adquiriendo una mayor trascendencia en definitiva, la polivalencia profesional y la movilidad, al dejarse de lado los límites jurídicos entre los diferentes ocupaciones u oficios, la superación de concepto como el de operario, empleado calificado o personal de dirección que determinaba un grado de diferenciación funcional entre los trabajadores. Surge en consecuencia el trabajador con "autonomía técnica" independiente, con más libertad en la discusión de las cláusulas en la contratación, lo que le permite ser más creativo, más profesional.

IV. EVOLUCIÓN DEL DERECHO

El marco teórico que describimos se fue reflejando en nuestro país como no podía ser de otra forma, en la norma jurídica. La consecuencia de esto fue que la realidad de los hechos se vio, en definitiva, reflejada en la norma de derecho.

Entendemos que el primer antecedente que nos muestra esta evolución, se encuentra en el sector de la bebida, sector que acordó por vía de un convenio colectivo, la forma en que re-estructuró uno de los sectores de la empresa, más concretamente, la distribución. Dicho convenio fue firmado en el año 1994 y en el mismo se pactó la desvinculación de ocho de sus empleados, los que pasaron a constituirse en microempresarios. Estos recibieron una indemnización por encima de la legal y una garantía de estabilidad en su contrato comercial, el cual sólo se podía rescindir por causas objetivas vinculadas a la prestación de servicios.

Al tiempo, el Banco de Previsión Social al realizar una inspección, entendió que tal situación simulaba una relación de trabajo a los efectos de no pagar de los aportes a la seguridad social, por lo que practicó a la empresa una reliquidación de las contribuciones por el período que no se había aportado.

Esto motivó que en enero de 1995 se promulgara el decreto 43/995 en el cual se hace referencia a los profesionales universitarios y a las empresas unipersonales.

Respecto a las empresas unipersonales, el artículo 2° del referido decreto dispuso: "Declarase que no constituyen materia gravada a los fines de las contribuciones especiales de seguridad social... B) Las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales, salvo que se compruebe que la relación contractual ha ido establecida con la finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social".

El artículo 2° en su inciso final agregaba: "Se presumirá que dicha finalidad no existe cuando la empresa unipersonal cumple con sus obligaciones tributarias, particularmente con la inscripción en el Registro Unico de Contribuyentes de la Dirección General Impositiva y, tratándose de empresas formadas por ex trabajadores de la co-contratante, cuando la relación contractual sea consecuencia de una reestructuración de ésta, acorde con su persona".

Los fundamentos del decreto surgían de sus Resultandos y Considerandos en los cuales hacía referencia a la existencia de una fuerte tendencia mundial a contratar servicios antes prestados por personal subordinado, con empresas unipersonales o sociedades comerciales independientes, legalmente constituidas y que cumplen con sus obligaciones tributarias.

Los redactores del decreto manifestaban que éste atenúa la tendencia a la desocupación que se registra en la realidad contemporánea y permitía abaratar costos e incrementar la productividad.

La ley N° 16.713 en su artículo 178 inciso 2) estableció "No constituyen materia gravada a los fines de las contribuciones especiales de seguridad social, las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales, toda vez que conste por escrito claramente delimitadas por obligaciones de las partes y la ausencia de relación de dependencia y que la misma cumpla, además con".

En el inciso 5) del mismo artículo se dispuso que "Las retribuciones por concepto de servicios prestados por empresas unipersonales constituirán materia gravada, en caso de que no exista contrato debidamente registrado, y siempre que la Administración compruebe que la relación contractual ha sido establecida con la finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social."

"Se presumirá que no existe finalidad evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social cuando se trate de empresas unipersonales formadas por ex-trabajadores de la co-contratante, cuando la relación contractual sea consecuencia de una reestructura de ésta, acordada con su personal".

Lo establecido en la última parte del artículo transcrito, nos lleva de la mano a plantear si la presunción referida en esta norma jurídica, es aplicable sólo desde el punto de la Seguridad Social como dice el JLT 8° "La presunción de no laboralidad del num.5) del artículo 178, se trata de una presunción simple, que admite prueba en contrario" y "a lo sumo podrá funcionar dentro del ámbito restringido de la seguridad social". o como sostenemos nosotros, también le es aplicable a situaciones que son amparadas por el Derecho Laboral.

Entendemos que el derecho es un todo y que la norma legisla cuando existe una determinada situación de hecho que merece ser reglada. Dicha norma de seguridad social nace debido a que existía una realidad, realidad que por otro lado no tenía solución legal, por lo tanto, la sociedad toda por medio de sus órganos, en este caso el Poder Legislativo, dicta la norma, y la norma debe ser aplicada, aplicada en forma genérica y no parcialmente.

Por otro lado a nuestro modo de ver las cosas, tenemos también que diferenciar el contrato de arrendamiento de servicio y el contrato de trabajo como forma de ir paso por paso diferenciando situaciones, lo que nos permitirá en definitiva, llegar a una conclusión final.

V. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE TRABAJO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

A) Nuestra posición

El Código Civil no hace una definición clara del contrato de arrendamiento de servicios. El artículo 1776 del mencionado cuerpo de normas cuando define el dicho contrato, engloba en una sola definición el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de arrendamiento de obras, a pesar de que en la definición, habla de "prestar un servicio" y de "ejecutar una obra".

Si bien el Código en la definición confunde ambos conceptos, en el articulado diferencia perfectamente los mismos.

Pero desde nuestra perspectiva es importante la diferenciación de ambos conceptos. La misma aparece en el derecho romano cuando se hace la diferenciación entre la *locatio operis* y la *locatio operarum*. En el primero se arrienda la fuerza de trabajo y el segundo el resultado de su trabajo.

Dejando la discusión de los doctrinos del derecho civil respecto a la distinción del contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo, en el derecho del trabajo, si bien hay autores que entendieron que el contrato de trabajo había absorbido el contrato de arrendamiento de servicios, otros entendieron que era una figura residual.

Entendemos que la posición del Dr. Plá Rodríguez, es la que mejor resuelve la situación al indicar que el criterio válido de distinción entre el contrato de arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo es la subordinación. El Profesor llega a la conclusión de que la figura del contrato de arrendamiento de servicios subsiste para el derecho porque no siempre hay subordinación. Es por ese motivo que entiende que dicho contrato es como una figura residual, que tiende a desaparecer

La Dra. Cristina Mangarelli por su parte entiende que la doctrina civil y la laboral han coincidido respecto a considerar que el arrendamiento de servicios era una figura jurídica con poca trascendencia práctica frente a la fuerza expansiva del contrato de trabajo. Pero también apreció una diferencia de importancia, mientras la doctrina civil asimiló el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios, afirmando que éste último existe subordinación, en la doctrina laboral mayoritaria se entendió que, el arrendamiento de servicios continuaba vigente para todas aquellas situaciones en las que no había relación de subordinación.

Este es un concepto de diferenciación entre ambos contratos que es aceptado ampliamente por nuestra jurisprudencia.

Pero ¿qué entendemos por subordinación? No haremos aquí un estudio profundo sobre el tema pero sí daremos una definición que entendamos oportuna desde el punto de vista de nuestro trabajo.

Se entiende por subordinación jurídica el poder del empleador de dirigir, controlar y disciplinar la actividad del trabajador, pudiendo sustituir su voluntad a la de éste cuando lo considere conveniente u oportuno.

Nosotros partimos de la premisa de que una persona que tiene "autonomía técnica" para la realización de determinada tarea, puede actuar como empresa unipersonal y celebrar un contrato de arrendamiento de servicios, porque entendemos que: a) tiene capacidad para discutir las cláusulas de un contrato de arrendamiento de servicio que tiene naturaleza civil o comercial, b) porque tiene además la aptitud, capacidad y profesionalidad para realizar la tarea c) ha sido libre en cuando no ha sido forzado a contratar y d) la relación contractual no está sujeta a subordinación.

En nuestra opinión "la autonomía técnica" es lo que nos va a permitir diferenciar cuando estamos o no, ante la posibilidad de contratar una empresa unipersonal. Me pregunto entonces ¿puedo contratar un vendedor como empresa unipersonal? La respuesta depende de saber en que condiciones lo contrato. Por ejemplo, ¿le pido a este vendedor que cumpla determinado horario? ¿que realice la actividad contratada de determinada manera? ¿controlo su trabajo por medio de personal superior, corrigiéndoselo, o pidiendo que lo realice de nuevo, cumpliendo con tales o cuales condiciones? ¿controlo su horario de entrada y salida y en caso de no cumplimiento, me siento con derecho a sancionarlo por su no cumplimiento?

Si al vendedor lo contrato en tales condiciones, evidentemente no podré contratarla como empresa unipersonal, por más "autonomía técnica" que tenga, ¿por qué? porque si yo le exijo determinado trabajo, se lo controlo, lo sanciono o pido que lo repita por no haberlo realizado de tal o cual manera, estoy ante un contrato de trabajo puro y simple sujeto a subordinación.

Pero si contratamos a un vendedor con "autonomía técnica" para realizar determinado trabajo como por ejemplo, la venta de determinado producto que nosotros producimos. Contratamos a esa persona como empresa unipersonal el que se efectiviza en un contrato de arrendamiento de servicios en donde, de común acuerdo las partes pactamos las condiciones en que dicha actividad será prestada, en forma libre y sin presión de ninguna especie, a un precio determinado, entendemos que sí lo podemos hacer y que no estamos ante una relación contractual con subordinación, o sea, ante un contrato de trabajo.

¿Que característica tiene que tener el contrato de arrendamiento de servicios realizado por una empresa unipersonal cuyo titular tiene "autonomía técnica"?

La empresa unipersonal debe estar técnicamente capacitada para realizar por sí la tarea contratada sin control de ninguna especie, sin necesidad de que el contratante le diga como realizar dicha tarea. Debe haber independencia en la realización del trabajo, sin cumplimiento de horarios y sin limitación de jornada. La podrá desarrollar durante el día en el horario que entienda oportuno, lo importante que realice la actividad a la cual se obligó, no importando el cuándo, el cómo y el dónde.

Ella deberá cumplir la tarea para la cual fue contratado dentro de los plazos estipulados. Podrá convenir un precio por la actividad desarrollada, que podrá ser un porcentaje sobre el precio del producto que vende. El éxito de la actividad para la cual fue contratada depende enteramente de su capacidad para realizarla, haciéndose cargo de todos los insumos y costos que el desarrollo de la misma le genere. Sí puede acordar de antemano con su contraparte las condiciones en que la misma deberá ser realizada.

En nuestra opinión, cualquier persona que tenga capacidad para desarrollar determinada actividad, con idoneidad técnica, en forma profesional, no importando el oficio de que se trate, sino en las condiciones de independencia o autonomía con que dicha actividad se realice, estamos ante una actividad que podrá ser realizada por una empresa unipersonal, ¿por qué? porque entendemos que una persona que tenga "autonomía técnica" tiene libertad para contratar con quien quiera, en las condiciones que quiera, por el término que convenga.

Lo que las partes deberán evitar en este tipo de contratación, es la contratación subordinada, el contrato de trabajo. Si lo que las partes acuerdan y documentan es diferente a la realidad en sí de los hechos, la actividad desarrollada por la empresa unipersonal, no es independiente y por lo tanto, puede ser cuestionada y revisada a nivel judicial ya que estamos ante una relación subordinada regulada por el derecho de trabajo.

Por todo lo manifestado entendemos, que la empresa unipersonal al tener "autonomía técnica" para el desarrollo de determinada actividad en las condiciones mencionadas, puede haciendo uso de su autonomía de la voluntad contratar, en condiciones que estime conveniente a su interés y formalizar el acuerdo en un contrato de arrendamiento de servicios regido por el derecho comercial o civil. Contrato que desde el punto de vista legal no es necesario plasmarlo por escrito, pero debido a la naturaleza de las obligaciones que se convienen, estimamos que es pertinente documentarlo.

B) Lo que entiende la jurisprudencia

En un fallo del Dr. Hackenbruch cuando era JLT de 7º Turno que fue publicada en el AJL 1994-1995 c.99, nos muestra al analizar el caso, todos los elementos a tener en cuenta para saber, cuando estamos o no, ante una empresa unipersonal celebrando un contrato de arrendamiento de servicios o un contrato de trabajo. En el caso estudia una situación a los efectos de determinar, si estamos o no, ante un caso donde existe subordinación.

Se trataba de una reclamación de una empresa unipersonal que ante la rescisión del contrato de arrendamiento de servicios, se reclamaba como si fuera dependiente, todos los rubros de naturaleza salarial.

En el fallo estableció la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre una empresa unipersonal y su co-contratante aunque existieran ciertos elementos que hacían presumir la existencia de una relación laboral, como ser: el cumplimiento de un horario full time y la dedicación exclusiva.

El Dr. Hackenbruch señala por otro lado, que la forma como se inició la relación contractual, existió "desde el inicio acuerdo entre las mismas en pie de igualdad y con las obligaciones de cada uno de ellos previamente establecidas".

Manifiesta también que las partes actuaron en forma libre sin condicionamientos, o sea, que el acuerdo de voluntades fue válido "no hay elementos que permitan establecer que existió imposición de la co-contratante a que se formara una unipersonal como condición a la contratación como forma de evasión de las contribuciones de seguridad social".

Entiende que lo que "sí existió fue un acuerdo de voluntades libremente acordado y con la intención de las partes de vincularse de esa determinada manera".

Transcribiremos las partes fundamentales de la sentencia, en donde de una manera u otra se analizan todos aquellos elementos que son necesarios para determinar si estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios o ante un contrato de trabajo de subordinado.

"El trabajo que interesa al derecho laboral deber reunir las siguientes características esenciales: a) Libre, b) Por cuenta ajena, c) Oneroso, d) subordinado. De todos ellos, entendemos que la verdadera nota definitoria de una relación de trabajo la da la "subordinación", es decir, la verdadera dependencia técnica y jurídica del trabajador hacia un empleador."

"En el arrendamiento de servicios hay una prestación de servicios sin que exista subordinación".

En el siguiente argumento, la sentencia hace referencia a lo que nosotros hemos definido a los efectos de este estudio "autonomía técnica", expresando que la capacidad de una persona para realizar determinada tarea, es lo que permite al Juez determinar si se está ante una tarea subordinada o no.

"Hay tareas, no obstante, en relación de dependencia en que no existe dependencia o subordinación técnica ya que muchas veces el empleado es un verdadero especialista de determinado rubro y que domina mejor el tema que el propio empleador (ej. Un analista de sistemas, un ingeniero) pero sí hay subordinación jurídica ya que el empleador da los lineamientos generales y las orientaciones de política empresarial a las que tiene que ajustarse el empleado".

"La falta de toda subordinación excluye la asimilación al contrato de trabajo (un abogado que presta asesoramientos, asistencia jurídica en uno o más asuntos, o un dentista que atiende varios meses a un cliente o un ingeniero que brinda asesoramiento técnico durante varios meses, etc.).

A continuación el Juez analiza la situación a partir de la realidad de la situación planteada, como forma de saber si se está o no ante una relación subordinada.

"Todos conocemos sobradamente, que en base al principio de primacía de la realidad sobre las formas, el Juzgado debe analizar la verdad fáctica que sirve de apoyo a la relación y determinar, más allá de las formalidades cuál es la esencia de la misma".

El Juez luego de analizar la situación real vista luego de aplicarle el principio de la realidad como elemento diferenciante manifiesta que: "No existió en la especie una simulación de contrato. Hubo un auténtico contrato de arrendamiento de servicios, en el cual el actor se comprometía a asesorar a la empresa en la fabricación de calzado habiéndose pactado claramente sus atribuciones".

"En concreto, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que en la emergencia existió realmente un contrato de arrendamiento de servicios de etiología civil o comercial, pero no laboral".

La sentencia analiza la posibilidad de que las partes pactaran en el contrato la exclusividad de la actividad contratada, si esta situación podría determinar que se está ante un contrato de trabajo o ante arrendamiento de servicios. El Juez manifiesta al respecto que: "Reconocemos sí que en el contrato se estableció una dedicación total a la actividad de la empresa". "Es cierto, que no había limitación de horario porque el actor tenía dedicación exclusiva full time. No obstante eso se justifica atento a lo arduo que significa poner en marcha una fábrica".

Entendemos que la transcripción de la sentencia del Dr. Hackenbruch nos permite ponernos en la posición de que la contratación de las empresas unipersonales por medio de un contrato de arrendamiento de servicio, es posible en nuestro derecho ya que nada lo prohíbe.

Todos estos elementos son los que nos permiten saber una vez que los mismos son analizadas, cuando estamos ante un contrato de arrendamiento de servicio o ante un contrato de trabajo, y determinar en definitiva, por medio de la aplicación del principio de primacía de la realidad, si estamos o no ante situaciones en que se pretende defraudar la ley.

Nos preguntamos entonces ¿tiene un trabajador capacidad para negociar con su empleador la rescisión del contrato de trabajo? ¿Tiene capacidad para negociar el trabajador con el empleador el monto del despido? ¿Tiene capacidad el trabajador para que, luego de negociada una indemnización por despido, negociar una nueva relación contractual de naturaleza civil o comercial con su ex-empleador? ¿Tiene capacidad el trabajador para renunciar a los derechos que le otorga un contrato de trabajo?

Analizaremos las respuestas a estas preguntas en el capítulo siguiente.

VI) VALOR DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

A) Nuestra posición sobre el tema

El trabajador como persona es libre para contratar y dependerá de la autenticidad o no del consentimiento, entendiéndose por consentimiento válido, al prestado de acuerdo a lo que establece el artículo 1269 del Código Civil. Este artículo dispone "El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo."

El consentimiento del trabajador prestado dentro de los límites establecidos por la normativa del código es un consentimiento válido. Es válido desde el punto de vista de nuestro estudio, siempre y cuando no haya sido prestado a los efectos de defraudar la ley.

Entendemos por fraude a la ley cuando las partes contratantes han acordado algo violentando la norma, cuando se acuerda una situación de hecho que no condice con la realidad, cuando por medio de un acuerdo de voluntades se trata de evitar alguna situación establecida en la ley.

Que sucede entonces, cuando el empleador de un modo u otro, a) fuerza o presiona al trabajador a que deje sin efecto la relación laboral que los une, b) lo obliga bajo presión a formalizar una empresa unipersonal y c) a comenzar una nueva relación de naturaleza diferente, ya sea comercial o civil, a los efectos de evadir el pago de las contribuciones de seguridad social, o para reducir costos. Estamos ante un consentimiento válido pero ineficaz, porque en los hechos la situación real no cambió, el trabajador sigue recibiendo órdenes del trabajador, cumpliendo un horario por el que es sancionado si no lo cumple, es obligado a realizar su tarea de tal o cual manera según órdenes precisas del empleador y sancionado u obligado a reiterarlas si no las hace de acuerdo a lo ordenado. Pero en cambio, si la situación que se crea es real, donde el empleado haciendo uso de su "autonomía técnica" acuerda con su empleador el pago de una indemnización por despido legal o mejorada y consiente en pleno uso de sus facultades, a la formación de una empresa unipersonal y formalizar un arrendamiento de servicio con su ex-empleador, entendemos que la contratación es válida.

Es válida porque la situación es real. Real en el sentido de querida, de no ser en fraude a las leyes, en donde el ex-trabajador realmente en uso de sus facultades y como forma de desarrollar su "autonomía técnica" realiza su actividad en forma autónoma, en forma exclusiva o no, según lo pactado, pero donde no exista subordinación. Si no hay subordinación, estamos ante un contrato de arrendamiento de servicio válido y eficaz y que obliga a las partes como a la ley misma.

En definitiva ante un consentimiento válido, el trabajador es capaz para negociar con su empleador la rescisión del contrato de trabajo, tiene capacidad para negociar el monto del despido, tiene capacidad para negociar con su ex-empleador un contrato de arrendamiento de servicios de naturaleza civil o comercial, así como para renunciar a los derechos que le otorga un contrato de trabajo.

B) Lo que entiende la jurisprudencia

1. Respecto a quién debe probar los hechos que se alegan

Un elemento a tener en cuenta es que la jurisprudencia es conteste en afirmar, que la parte que esgrime ciertos hechos debe probarlos, de acuerdo a lo que establece el artículo 139.1 del Código General del Proceso.

El TAT 1° (Anuario 94-95 c. 630) establece que "El actor era empresario, como surge de su afiliación a la Dirección General de la Seguridad Social (fs.47,49 y 45) y la Dirección General Impositiva (fs.45); con número de RUC (fs.50), y la empresa funcionaba como comisionista. Evidentemente, esto no excluye que también pudo ser funcionario de la demandada, pero quien aduce relación laboral debe probarla, y el hecho de ser comisionista es un fuerte indicio en su contra."

También el JLT 3° (anuario 1999 c.584) al manifestar "Entendiéndose a juicio de la proveyente que no se ha

acreditado por parte del demandante el elemento subordinación, imprescindible para que se configure una relación laboral, que dicha parte invocara como fundamento de su pretensión, y cuya prueba era de su cargo."

En el mismo sentido el TAT 3° (anuario 1998 c.460) al manifestar que "... el contrato de trabajo o relación laboral debe ser debidamente acreditado por quien alega su existencia cuando la demandada lo niega (art. 139 CGP), por lo que el actor debió aportar al proceso prueba clara y concluyente de hechos concretos que revelaran que prestó servicios para el accionado en carácter subordinado. En el caso faltaron esas pruebas directas de que el empleador ejerciera, efectivamente, poder de dirección, organización, control, y aún disciplinario sobre la actividad cumplida."

2. *Importancia del acuerdo de voluntades*

En este sentido el TAT 1° (anuario 1994-95 c.630) emplea un nuevo criterio a los efectos de probar que se está ante una situación no subordinada, dándole importancia a la voluntad de una de las partes un valor fundamental, ya que al no efectivizarla durante un período de tiempo, determina un consentimiento a una determinada conducta: "Puede decirse que el reo conocía y había consentido el empleo de otras personas, pero igualmente la prueba aportada es terminante en contra de las pretensiones del actor; por lo demás el largo lapso en que duró la aducida relación laboral, en que reclamara lo que ahora pretende, es un indicio en contra, así como el cargo que aduce tenía; entre los existentes, no figura la categoría de remesero, al menos entre 1985 y 1987, ni tampoco después."

Otro elemento a tener en cuenta desde el punto de vista del acuerdo de voluntades, es cuando el contrato no es impuesto a la contraparte, o sea que el acuerdo de voluntad no está viciado. En este sentido la Titular del JLT 3° (anuario 1999 c.584) manifiesta que "Y por lo demás tampoco se habría acreditado que la demandada hubiera obligado al reclamante a constituir una sociedad de responsabilidad limitada ficticia, para acceder a la actividad de vendedor como afirmara este último."

En un fallo del TAT 3° (anuario 1999 c.594) el Tribunal ante una situación similar a la anterior, se pronuncia en el mismo sentido al concluir que "En la especie, y de acuerdo a los elementos reunidos en autos no hay razón para dudar de la sinceridad de la relación jurídica a la que la empresa demandada ha recurrido para tercerizar los servicios de promoción, ni de la verdadera existencia de esta empresa realmente independiente desde el punto de vista jurídico."

Agrega además como fundamento de el fallo que "No se aprecia simulación, y el actor dispuso de una organización productiva con existencia autónoma, amén de contar con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad, que a la vez era propia, específica y distinguible de la empresa principal."

El Tribunal presta suma importancia al consentimiento que dio lugar a la situación planteada cuando manifiesta "Por libre voluntad, en tanto no hay prueba en contrario, constituyó una empresa genuina y como trabajador autónomo e independiente titular de dicha empresa unipersonal, mediante la modalidad de un contrato de arrendamiento de servicios continuó vinculado a la empresa demandada que externalizó la actividad de promoción de sus servicios en varias empresas constituidas por ex-trabajadores dependientes."

En otra sentencia del mismo Tribunal TAT 3° (anuario 1999 c.595) se presta nuevamente importancia al valor de la voluntad de las partes al momento de la contratación. En este sentido el Tribunal fundamentó su fallo argumentando que "...aunque diga que en la realidad de los hechos existía una relación laboral con la empresa, lo cierto y determinante es que la intención de las partes, tanto de la empresa demandada como la suya propia, fue que trabajaría como empresa independiente, y así se acordó, y constituyó la unipersonal referida, facturaba el precio de sus trabajos y se respetaron todas las condiciones que detalla y reseña la demandada, en cuanto a que la actividad se cumplía fuera del establecimiento, innecesariedad de concurrir a la sede de la demandada, falta de horario, de contralor (sólo se daban indicaciones técnicas sobre los trabajos a realizar), no tenía exclusividad, contaba con empleados propios, contaba con empleados propios, no tenía poder disciplinario sobre el reclamante, se le pagaban comisiones sobre el precio de los amoblamientos que instalaba y nunca se le abonaron rubros salariales etc. Etc."

En el mismo sentido, el fundamento vertido en una sentencia dictada por el JLT 7° (anuario 98 c. 456), en la que la sentenciante manifiesta que "A criterio de la suscrita, el hecho de que una firma contrate un servicio e imponga las pautas o lineamientos dentro de los que quiere sea manejada la tarea encomendada, estipule un control por personal de su empresa, y esto sea objeto de un contrato aceptado, admitido por ambos contratantes por medio de la firma del documento y posterior ejecución durante un año, no implica por sí solo vincularse más allá del contrato que se firma, del documento, ni parece poder conceder a ninguno de los contratantes más derecho que lo emergentes de éste."

3. *El valor del acuerdo de voluntades en una transacción donde se deja sin efecto una relación laboral y comienza una de diferente naturaleza jurídica.*

En cuanto al valor del acuerdo de voluntades que prestan las partes en las relaciones contractuales, los tribunales

les le dan importancia al modo en que finaliza una relación laboral y comienza otra de diferente naturaleza. Se hace referencia a la validez del acuerdo de voluntades de las partes en las transacciones o arreglos realizados con el ex-empedor.

En ese sentido el JLT 4° (Anuario 96-97 c.934) se analiza la situación planteada por la empresa V.S.A. la cual contrataba una empresa particular para efectuar las tareas de limpieza, para la cual trabajaban los actores. Al culminar la relación con ésta, los actores forman una empresa unipersonal y continúan trabajando en las mismas condiciones y tareas en V.S.A.

Los actores niegan la relación contractual de arrendamiento de servicios y reclaman manifestando que existió una relación laboral.

El Juez de la causa antes de entrar al fondo del asunto analiza la validez o no de una transacción que dio mérito a la nueva relación entre actores y demandados y manifiesta al respecto: "Antes de analizar si la contratación de los actores, reviste una relación laboral oculta, corresponde tener presente la transacción opuesta por la demandada, que luce en autos y han admitido los actores haber firmado el cese de la relación entre las partes."

"Surge de fs.31 a 33 adjunto el texto de la misma. Allí se relaciona la forma en que los actores se vinculan con la empresa y el cese con la empleadora anterior. La posición de la empresa que entiende que se trata de una relación comercial y la de los actores que hablan de relación laboral. En la cláusula cuarta ambas partes admiten que es opinable el tema, deciden otorgarse recíprocas concesiones. V.S.A. ofrece una suma de dinero y los actores a efectos de evitar una reclamación judicial aceptan esta suma."

Es importante a nuestro entender y así lo manifiesta la sentencia, que las partes cuando realizan una transacción en una situación complicada como la analizada, establezcan en el documento los motivos que los llevaron a realizar la misma, eso demuestra el conocimiento verdadero que las partes tienen de la situación a que están enfrentados y como la resuelven. "De dicho texto surge que las partes manifiestan realmente el motivo de la transacción, que por lo opinable de la situación, no se intenta dar por finalizado un contrato, o tener por pagos los rubros de una relación laboral, sino que las partes ante lo opinable de la situación optan por un acuerdo en dinero."

En este sentido también el JLT de 2° Turno (anuario 1998 c.453) manifiesta que "El contrato de distribución se celebra en el año 1992, luego de haberse desvinculado las partes de una relación laboral de dependencia en el año 1987 y por la que la accionada abonó al actor los rubros de licencia no gozada, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido, según surge acreditado con los recibos agregados."

"No surge de autos ningún elemento del que se desprenda que el actor haya sido compelido a contratar."

"El artículo 1291 del Código Civil dispone la obligatoriedad de los contratos a la que deben someterse las partes como a la ley misma."

Para concluir el sentenciante afirma "Asimismo, del informe probatorio la decisora concluye que el actor se desempeñó en una actividad derivada de un vínculo de naturaleza comercial."

Por otro lado, el JLT 6° Turno (anuario 1998 c.455) defiende el acuerdo de voluntades de las partes cuando éste fue prestado en forma libre y voluntaria, cuando manifiesta que "Se entiende que para el caso de autos debe tenerse en cuenta la voluntad expresa de las partes en el sentido de que ambas, tanto trabajador como empleador, fueron contestes en forma libre y voluntaria en disolver o finalizar el vínculo laboral inicial para luego entablar una relación comercial. No puede sostenerse que hubiere continuación de la relación de trabajo caracterizada por la subordinación."

El JLT de 6° Turno (anuario 1998 c.455) al manifestarse sobre el acuerdo de voluntades realizado en una transacción expresa "En autos surge probado en forma fehaciente y no es controvertido por ambas partes que la contratación de cese de la relación laboral entre el actor y la demandada fue por acuerdo voluntario con intervención del gremio de la empleadora y recibiendo el mismo como indemnización por despido el equivalente a 12 salarios, lo que lleva a que se haya beneficiado con el doble del máximo legal previsto."

En definitiva, la sede entendió luego de los argumentos relacionados que "No existió imposición o presión alguna por parte de la demandada para que el actor ingresara como empresa unipersonal y abandonase su relación de trabajo. Según la prueba testimonial diligenciada, quienes no aceptaron el nuevo régimen continuaron como empleados de la empresa."

En otro fallo del JLT 6° (anuario 1999 c.587) el Juez si bien manifiesta que las partes expresaron su voluntad en forma libre, concluye: "Si bien puede decirse que los actores actuaron en forma libre para expresar su voluntad en el contrato, no puede negarse a su vez, que su obrar fue inducido a aceptar las condiciones de la empresa para poder trabajar como vendedores de los productos de la demandada, dándose entonces la circunstancia de que se intentó encubrir la relación laboral ciertamente constituida."

4. Acuerdo de voluntades y el principio de irrenunciabilidad

La sentencia del JLT 6° (anuario 1998 c.455) analiza por otro lado, el valor del acuerdo de voluntades prestado por el trabajador en el momento de la formalización de una transacción realizada con el empleador desde el punto de vista de la irrenunciabilidad de los derechos, cuando se rescinde una relación laboral y se inicia una nueva relación de naturaleza civil o comercial. "Los actores tanto en la demanda como en un alegato insisten en la nulidad del acuerdo basado en el vicio del consentimiento. Este vicio lo fundan en que el letrado actuante por la empresa se habría aprovechado del desconocimiento de la normativa aplicable, que se les presentó una liquidación condicionada a la firma de la transacción, que se encontraron en una situación de neta inferioridad en el estudio del abogado por lo que debieron acceder a la firma del acuerdo"

"Fundan además la nulidad en la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Aseguran que no contaron con asesoramiento."

Estamos entonces ante un planteo sobre la validez o no de un acuerdo de voluntades y hasta que punto en estas situaciones las partes pueden renunciar a derechos que la ley laboral les otorga. En este sentido el Juez de la causa manifiesta que "De la prueba diligenciada en autos y de las propias declaraciones de los actores surge que concurrieron al estudio jurídico asesor de la empresa, el Dr. NN quien los atendió solo se interiorizó de la situación y quedó de consultarlo, luego se les ofreció llegar a un acuerdo, se les entregó el texto del acuerdo y posteriormente fueron los actores quienes llamaron para comunicar que accedían al mismo."

"La sede entiende que las partes tenían una situación de relación dudosa entre la laboral y la contractual y es sobre esa situación que versa la transacción firmada."

La sentencia valoriza el consentimiento válido dado por las partes, teniendo en cuenta al respecto el artículo 1269 del Código Civil cuando establece "Que la misma se firmó sin presión, coacción o vicio oculto como se pretende afirmar. No se puede presumir que los actores carecieron de asesoramiento, ya que lo tuvieron, hasta qué punto lo consultaron es responsabilidad de los mismos. Si el consejo fue el apropiado, no es responsabilidad de la demandada. Además de haber consultado a un profesional, se les ofreció hasta último momento la posibilidad de volver a hacerlo, lo que no fue aceptado, y además lleva a úctra la afirmación de la inferioridad en que se encontraban ante el letrado de la empresa."

"El hecho de que el documento se haya redactado por el letrado de la demandada, y que se haya firmado en su estudio, no significa coacción. Los actores no solicitaron modificación alguna al texto que se les ofreció y concurrieron sin asistencia letrada por decisión propia. No porque no lo hubieran consultado."

El sentenciante finaliza su argumentación con dos afirmaciones que entendemos son de fundamental importancia en estas circunstancias y que merecen un destaque especial. Afirma el Juez que "No cabe duda que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, pero ello no puede ir en desmedro de la seguridad jurídica de las partes, que con todas las garantías celebran un acuerdo." Y termina manifestando algo que desde el punto de vista de la defensa de nuestro trabajo es muy importante, "En el caso no ha habido violencia, ni engaño, ni vicio del consentimiento de las partes."

5. Valor del acuerdo de voluntades cuando el mismo se presta como forma de defraudar la ley

El JLT de 6° Turno (anuario 1998 c. 455) afirma como forma de hacer una importante distinción en la forma de realizar la contratación y de jerarquizar el consentimiento prestado: "Distinto es el caso cuando la empleadora con el fin de culminar la relación laboral y encubrir la misma a posteriori obliga presiona o condiciona la continuidad del trabajo a la constitución por parte del trabajador de empresas unipersonales, con el fin de abaratar costos sociales, como ser: aportes por seguro de salud, aportes al BPS y otros."

En el mismo sentido el JLT 8° turno (anuario 1999 c.588) al manifestar "su empresa unipersonal en nada modificó la sustancia de la relación ya analizada, en tanto como surge de la prueba de autos no varió la modalidad de prestación del servicio. De este modo, habrá de interpretarse que la creación de la empresa unipersonal de la actora, constituyó, en puridad un fraude a la aplicación de las normas del derecho del trabajo. (Lorenzetti, Ricardo Luis. "El fraude en el derecho laboral" en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 4, pág.282).

Con el mismo fundamento el JLT 8° (anuario 1998 c.457) al comentar uno de los argumentos del fallo "El segundo motivo, por cuanto el informativo probatorio reunido en autos, sin lugar a dudas revela una verdadera y única relación de trabajo que pretendió cubrirse con la mera apariencia de una relación entre empresas, constituyendo, en puridad, un fraude a las normas del derecho del trabajo (Lorenzetti, Ricardo Luis, "El fraude en el Derecho Laboral" en Rev. De Derecho Privado y Comunitario p. 282)."

Otro punto de vista respecto al acuerdo de voluntades que ha sido usado como forma de defraudar la ley es el que tratado por el TAT 1° (anuario 1998 c.459) al hacer referencia a un caso en el que las partes simulaban un arrendamiento de servicio a los efectos de no pagar los aportes a la seguridad social "No puede jurídicamente aceptarse que quien

contrata un arrendamiento de servicios, como pretende la demandada, requiera del contratado una exclusividad no pactada."

"Y en lo que respecta al inicio de la relación, declara el accionante a fs. 181 que "una vez indicada la cobranza..." se le dice que se afilie como empresa unipersonal."

"O sea, que no fue eso lo acordado cuando él empezó a trabajar, sino que fue un planteamiento posterior, cuando ya él estaba ejerciendo su labor; no se había acordado previamente tal forma de trabajo."

El Tribunal concluye su fundamentación al manifestar que "De esa sucesión de hechos se desprende que la relación, iniciada como laboral, se intentó derivarla hacia una empresa unipersonal. No funcionó y se continuó en la forma inicialmente pactada, pero sin cumplir la demandada con el pago de los beneficios sociales...".

Hasta aquí la opinión de la jurisprudencia en cuanto al tema planteado.

VII. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

A) Nuestra posición

A los efectos de resolver el tema planteado en el trabajo, entendemos que es de suma importancia la aplicación de uno de los principios del derecho laboral, el principio de la primacía de la realidad, como forma averiguar la verdad material de la contratación. Muchas veces los papeles falsean o tergiversan una realidad, pero también manifestamos que también muchas veces esa realidad es verdadera, cierta y en esos casos, no podemos desconocerla, tratando de desvirtuarla por la aplicación de otros principios, como el de irrenunciabilidad de los derechos.

Cuando estamos ante una realidad querida por las partes, donde la voluntad se expresó en forma espontánea y libre, ésta se debe respetar.

Cuando un trabajador es forzado por su empleador a simular en una documentación una situación que no es real, como forma de defraudar la ley, no estamos ante un consentimiento válido. El principio de primacía de la realidad nos permite detectar los casos en donde existe fraude y de esa forma, evita el mismo.

Entendemos que será la conducta desplegada por cada una de las partes contratantes a lo largo de la ejecución del contrato, el elemento revelador de la voluntad de ambas, lo que podrá coincidir o no, con el rótulo que le hayan otorgado éstas al vínculo en el momento de contratar.

En este sentido podemos manifestar que puede suceder que las partes hayan acordado sin ningún tipo de coacción y en forma libre, transformar los términos de una relación laboral en un contrato de arrendamiento de servicios, pero en los hechos cuando se aplica la realidad del contrato, nos encontramos que la situación creada o pensada que se creaba, es igual a la relación que se trató de finalizar.

Entendemos que en estos casos debe primar la situación real y no la situación ficta creada por las partes, haciendo primar la realidad sobre la ficción.

B) Lo que entiende la jurisprudencia

1. Respecto al principio de primacía de la realidad

Se analizará en este capítulo los criterios de la jurisprudencia cuando existe discrepancia entre lo que manifiestan las partes y el principio de primacía de la realidad. Así la sentencia del JLT de 4° Turno (anuario 1998 c. 453) "Del análisis de la prueba ante mencionada y las manifestaciones de las partes surge que las partes inician una relación laboral sin las formalidades exigidas para que se convierta en un arrendamiento de servicios de una empresa a otra."

"El actor tal como surge de autos, tenía una empresa, que no se encontraba en estado de facturar, con la cual había prestado funciones durante pocos meses en otra empresa, pero no fue requisito necesario, controlado, ni exigido para el inicio de la presente relación."

"Que luego de muchos meses, la empresa del actor se halla regularizado y comenzara a facturar sus comisiones, no cambia la naturaleza de la relación, y corresponde aquí se analicen los restantes extremos que surgen de autos."

"Surge de la prueba testimonial a fs. 51 y ss. que al actor se le daban instrucciones con respecto a la cobranza."

"Como afirma el actor en su declaración de parte y lo enfatiza la demandada en su alegato, la regularización de la empresa unipersonal del actor, fue un requisito necesario a los meses de estar trabajando para que le siguieran dando trabajo, pero no fue un requisito exigido para contratarlo para trabajar."

Concluye sus fundamentos argumentando de la manera siguiente "En consecuencia se entiende que existió entre

las partes relación laboral, que una vez regularizada la empresa unipersonal del actor, pasa a facturar, sin que varíaran las formas de subordinación y retribución iniciales de la relación entre las partes."

En el mismo sentido el JLT 8° (anuario 1998 c.457) al manifestar que "Como se anunciara la determinación de la naturaleza del vínculo que uniera a las partes, deberá llevarse a cabo a la luz del principio de primacía de la realidad, esto es haciendo primar la realidad sobre las formas."

La sentenciante enumera una por una las causas por las cuales no hace lugar al arrendamiento de servicios, sentenciando en favor de una relación subordinada. Entre las causas en que funda la relación establece que "El actor nunca corrió con los riesgos del servicio comprometido, ni antes ni después de la creación de la empresa unipersonal."

"Nunca incidieron en su ganancia, ni los gastos del viaje, ni los gastos de mantenimiento de los camiones, ni el incumplimiento de los contratantes de los fletes." "Puede concluirse entonces que la postulada tercerización no fue tal. Ello por dos motivos: el primero, por cuanto la demandada cuyo giro principal era el transporte de carga pretendió "tercerizar", no una parte de dicha gestión, sino el mismo transporte internacional de carga."

Por otro lado el TAT 3° (anuario 1998 c.460) no hace lugar a una reclamación de subordinación al concluir su argumentación diciendo que "Surge claro de autos que el actor, hasta comienzos de 1995 tuvo una empresa unipersonal, y en el caso, la situación documentada coincide con la realidad porque no se advierte infolios elemento alguno que haga pensar en una situación de subordinación o dependencia de su actividad respecto del demandado."

En un fallo del JLT 1° (Anuario 1999 c.581) la Sra. Juez analiza una situación en la cual el actor prestaba funciones administrativas como trabajador subordinado hasta determinada fecha en la que acuerda dar por finalizada la relación laboral. Percibió la totalidad de los rubros generados por el egreso, constituyéndose a posteriori como empresa unipersonal pasando a facturar honorarios hasta la finalización definitiva de la relación.

La demanda manifiesta como defensa, que a partir del cese de la relación laboral el actor dejó de marcar tarjeta, cumpliendo un horario relativamente flexible, comenzando a facturar honorarios. Hasta aquí los hechos.

Al fundamentar el fallo la sentenciante toma en consideración todas aquellas circunstancias que se deben tener en cuenta a los efectos de averiguar la verdad. Por medio de la prueba deduce la realidad. "En el caso no hubo interrupción de la prestación del servicio, tampoco se modificó su modalidad, ya que el actor continuó asistiendo a la empresa en el mismo horario y días, obteniendo mayor libertad horaria, empero con la obligación de asistencia diaria. Vale decir que, mudó la denominación que las partes le dieron a la vinculación, subsistiendo las mismas obligaciones y permaneciendo, a nuestro juicio, la sujeción del actor a la demandada; por ende, se constituyó la continuidad del vínculo laboral inicial."

Por otro lado, ante una situación en que las partes acordaron sin ningún tipo de coacción entre ellas, sustituir una relación subordinada por un contrato de arrendamiento de servicios, previo pago de todos los rubros salariales e indemnizatorios exigibles a la terminación de una relación laboral, el JLT 4° (anuario 1999 c.585) manifiesta "... el respeto a las decisiones tomadas por las partes, lo cual otorga una certeza de la situación." Pero a pesar de esta conclusión la sentenciante manifiesta luego de analizar la prueba que "No se acredita que el actor haya trabajado efectivamente para empresa alguna diversa de la demandada, no se concedió ventaja alguna para el mismo. El régimen de trabajo siguió exactamente igual, o peor, los controles iguales, las obligaciones también, y a cambio de todo esto no tenían, licencia, salario vacacional, aguinaldo, horas extras, feriados y días de descanso, todo lo cual deja traslucir que la única beneficiada con el cambio era la empresa, el despido en estos casos opera sin duda como coacción."

2. *Respecto a la validez o no del contrato escrito e inscripto*

Un argumento distinto a los referidos hasta ahora es el expresado por el JLT 14° (anuario 1999 c.591), al considerar en referencia a la presunción establecida en el artículo 178 de la ley 16.173, que no es lógico considerar que "...en una época en que se pretende ocultar las relaciones laborales mediante otro tipo de figuras, se omita precisamente cuando efectivamente se trata de otras vinculaciones, de acreditarlas en forma, como sucede en la especie donde no se comprobó contrato escrito, y menos inscripto, no obstante lo cual no siendo requisito de validez la existencia de contrato en esas condiciones el mismo puede acreditarse por cualquier vía."

Concluye luego de examinar la prueba, afirmando que "De lo reseñado debemos concluir que la actora no probó la existencia de órdenes directas, ni la exclusividad en la prestación de tareas, ni que fuera objeto de la potestad disciplinaria del supuesto patrón, lo que pese a las dudas que crea este tipo de vinculación, a concluir que no existió relación laboral, por lo que deberá rechazarse la demanda."

Con el criterio expuesto respecto a la validez o invalidez del contrato de arrendamiento de servicio sin la solemnidad

dad de estar realizado por escrito, la sentencia estaría dando por tierra con lo que sostiene parte de la doctrina y jurisprudencia, en lo referido a que la presunción del inciso 5° del artículo 178 de la ley 16.713 es sólo aplicable a los efectos de la Seguridad Social. Entendemos que la presunción establecida es aplicable al derecho del trabajo.

En el mismo sentido el JLT 14° (anuario 1999 c.592) al expresar en sus considerandos que: "La ley N° 16.713 admite que en el caso de empresas unipersonales puedan existir contratos no escritos ni inscriptos, estableciendo como consecuencia de esa circunstancia que puedan constituir materia gravada las retribuciones por servicios prestados por ellas, en el caso que la Administración comprueba que la relación contractual fue constituida con la finalidad de evitar el pago de contribuciones especiales de seguridad social, lo que significa que la existencia del contrato escrito e inscripto no es preceptiva para demostrar este tipo de vínculo."

La sentencia tiene en cuenta además ciertos indicios que son importantes al momento de analizar el tema "Debe tenerse en cuenta que aunque no es decisivo, el hecho de que no estuviera en la Planilla de Trabajo ni afiliado a la Seguridad Social cuando todo el resto de los empleados lo estaban, corrobora los elementos que surgen del resto de la prueba para en definitiva concluir que la vinculación no fue de carácter laboral sino que existió contrato de arrendamiento de servicios de carácter comercial."

3. *Respecto a las empresas unipersonales, una realidad*

Por otro lado el TAT 3° (anuario 1999 c.594) haciendo referencia a la reclamación realizada por personas que inicialmente habían sido contratados por una empresa por medio un servicio de vigilancia contratado a la Jefatura de Policía, que luego el sistema de vigilancia fue tercerizado por la empresa, y los trabajadores prestaron su consentimiento para prestarlo bajo el régimen de arrendamiento de servicios, constituyendo a tales efectos una unipersonal.

El Tribunal hace una serie de reflexiones que son importantes a nuestro entender ya que fundamentan la existencia de las unipersonales como una realidad, al considerar que: "Las empresas unipersonales son un fenómeno económico de amplia difusión a nivel mundial y nacional como instrumento de reactivación en los procesos de descentralización productiva o tercerización."

"En la tercerización el trabajo humano tiende a ser organizado a través de contratos no laborales sustituyendo al trabajo subordinado y cobran así valor figuras jurídicas como el arrendamiento de servicios al empuje de las políticas de desregulación y la dinámica del mercado de trabajo que impulsan una versión flexible de los conceptos tradicionales."

Por otro lado el Tribunal da importancia a lo que nosotros en este trabajo denominamos "autonomía técnica" del trabajador independiente al manifestar que "Estas pequeñas empresas unipersonales especializadas, utilizadas como instrumento para concretar los procesos de descentralización, generalmente cumplen actividades complementarias como vigilancia, limpieza, siendo perfectamente válidas en opción lícita de gestión empresarial."

El TAT 3° (anuario 1999 c.595) en el mismo sentido que la sentencia anteriormente comentada dice que "No podemos soslayar que el inicio de la relación se concreta con la expresión una voluntad jurídicamente significativa de las partes, de naturaleza contractual, y que asistimos a un creciente desarrollo de formación de empresas unipersonales para la prestación de trabajo, en tanto nuestro sistema está inmerso en la tendencia flexibilizadora que impera en el mundo y que conduce, a este tipo de vinculación comercial."

Finaliza la argumentación manifestando "Al reivindicarse la libertad de contratación y la desregulación de las relaciones laborales en la flexibilización, la tercerización cobra singular trascendencia y no corresponde considerar que se trató de ocultar una verdadera relación laboral bajo la apariencia de un trabajo autónomo o independiente, sino que la intención fue indudablemente que la vinculación se estableciera dentro de determinados parámetros que incluía la conformación de una empresa unipersonal y un posterior arrendamiento de servicios."

VIII. NUESTRA CONCLUSIÓN

Planteado el tema de las empresas unipersonales, su análisis desde el punto de vista del valor que las partes involucradas le otorgan al acuerdo de voluntades, la valoración que le otorgamos al principio de la primacía de la realidad en cuanto a la existencia o no de tales empresas y el relevamiento jurisprudencial, expondremos nuestras conclusiones sobre el mismo:

1. Las empresas unipersonales son una de las formas de expresión del trabajo no subordinado. Por intermedio de ellas contratan todos aquellos que tengan "autonomía técnica", entendiendo por tal, la posibilidad que tiene la persona de desarrollar su actividad en forma independiente en forma no subordinada.
2. La jurisprudencia acepta el acuerdo de voluntades entre las partes involucradas en una relación de trabajo

cuando acuerdan dar fin a la misma y en forma inmediata formalizar una nueva relación contractual de origen comercial o civil.

La jurisprudencia analizada toma en cuenta al contrato de arrendamiento de servicios realizado por una unipersonal con los mismos elementos que la ley 16.713 para saber si se está o no ante una relación contractual subordinada, pero marca diferencias con la presunción establecida en el inc.5) del artículo 178 de la ley referida, en cuanto a como debe probarse el contrato

En tal sentido la jurisprudencia examinada en este trabajo, parte de la base que la empresa unipersonal que conviene en la celebración de un contrato de arrendamiento de servicio no necesita que el mismo sea realizado por escrito, ya que la ley no establece solemnidad alguna para su validez.

Nosotros por otro lado, si bien aceptamos el criterio jurisprudencial, entendemos que al instrumentarse por escrito las obligaciones de un contrato de arrendamiento de servicios con una empresa unipersonal, las partes tienen en dicho documento un nuevo elemento probatorio de las obligaciones allí pactadas.

3. Dado el fenómeno de descentralización productiva, el contrato de arrendamiento de servicios ha tenido un resurgimiento en el derecho del trabajo. La jurisprudencia prioriza el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes a los efectos de pactar obligaciones fuera del ámbito del derecho laboral.

Pero entendemos que ese acuerdo de voluntad pierde su eficacia, cuando es formalizado entre las partes, conscientes de que con la misma se está defraudando la ley, a los efectos de disimular una relación laboral, con el fin de no pagar los aportes a la seguridad social, o reducir costos de producción.

El acuerdo de voluntades en sí es válido, pero ineficaz porque a través de ellos las partes contratantes falsean la realidad, realidad que en definitiva está protegida por los principios del derecho laboral.

4. Entendemos en definitiva que la aceptación por parte de nuestra jurisprudencia de los contratos realizados por las empresas unipersonales no pone en peligro la existencia del Derecho Laboral.

Entendemos que el Derecho del Trabajo está plenamente vigente y como tal, sabe adaptarse como cualquier derecho a las circunstancias que le toca regir.

El Derecho Laboral tiene en sus principios y sobre todo en el principio de la primacía de la realidad, una herramienta válida de como detectar todas aquellas situaciones en que las partes de una manera u otra tratan de evadir la aplicación del derecho de trabajo.

En definitiva, el principio de la primacía de la realidad nos da las herramientas para saber cuando estamos ante una empresa unipersonal o ante un trabajo subordinado. ♦♦

BIBLIOGRAFÍA

Ameglio, Eduardo, Slinger, Leonardo. *"Las variaciones del contrato de trabajo"*. Salto: XI Jornadas Uruguayas de Derecho de Trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, octubre 1999.

Anuario Jurisprudencia Laboral 1994/1995.

Anuario Jurisprudencia Laboral 1996/1997.

Anuario Jurisprudencia Laboral 1998.

Anuario Jurisprudencia Laboral 1999.

Barreto Ghione, Hugo *"Realidad y verosimilitud en el Derecho del Trabajo y Seguridad Social"*, Revista Derecho Laboral N° 190, abril junio 1998.

Castello, Alejandro *"De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX"* Revista Derecho Laboral N° 190, Año 1998.

Echeveste Costa, José, Vázquez Cruz, Eduardo y Tosi Boeri *"Las empresas unipersonales y la relación laboral"*. Colonia del Sacramento: XI Jornadas Rioplatenses de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, junio 2000.

Mangarelli, Cristina *"Arrendamiento de Servicios"* Grupo de los Miércoles *"La Descentralización Empresarial y el Derecho de Trabajo"* Fundación de Cultura Universitaria, agosto 2000

Mantero, Ricardo *"Las empresas unipersonales prestadoras de Servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: Un análisis crítico"*. Grupo de los Miércoles *"La Descentralización Empresarial y el Derecho de Trabajo"* Fundación de Cultura Universitaria, agosto 2000

Larrañaga Sení, Nelson *"La práctica de la contratación con empresas unipersonales"*. Grupo de los Miércoles *"La Descentralización Empresarial y el Derecho de Trabajo"* Fundación de Cultura Universitaria, agosto 2000

Pereira Campos, Santiago *"Empresas Unipersonales y Profesionales Universitarios"*, Fundación de Cultura Universitaria, setiembre 1997.

Plá Rodríguez, Américo *"La descentralización empresarial y el Derecho de Trabajo"*. Grupo de los Miércoles *"La Descentralización Empresarial y el Derecho de Trabajo"* Fundación de Cultura Universitaria, agosto 2000

Plá Rodríguez, Américo *"Principio del Derecho de Trabajo"* Depalma 2a. Edición actualizada, mayo 1990.

Plá Rodríguez, Américo, *"Curso Derecho de Trabajo"* Tomo II, Volumen 1.

Raffo, Verónica y Storace, Dolores. *"Una herramienta válida: Novación con indemnización"* XI Jornadas Uruguayas de Derecho de Trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Salto, octubre 1999.

Raso Delgue, Juan *"La contratación atípica del trabajo"* Amalio M. Fernández, abril del 2000.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

- *Loaiza, Carlos A. - Estudio comparativo del régimen de sociedad legal de bienes en el Derecho Español y en el Uruguayo.*

ESTUDIO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD LEGAL DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL URUGUAYO

CARLOS ALEJANDRO LOAIZA KEEL

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN • II. EL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO. A) Legitimación receptiva de los cónyuges. B) La potestad doméstica. C) La publicidad del régimen matrimonial. • III. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. • IV. EL RÉGIMEN ECONÓMICO LEGAL. A) Principios del Régimen legal. 1. El equilibrio obligacional y el desequilibrio real. 2. Subrogación real. 3. El derecho preferente de suscripción de acciones. 4. La extensión del concepto de "título o causa" del artículo 1964 C.C.u. B) Activo de la Sociedad Conyugal. 1. Bienes gananciales. 2. Bienes propios. C) Pasivo de la Sociedad Conyugal. 1. Deudas sociales. 2. La responsabilidad. 3. Deudas personales. D) La Administración de los bienes en la Sociedad Conyugal. 1. Antecedentes. 2. Diferencias de ambos regímenes: administración separada y conjunta. 3. Gestión de los bienes propios. 4. Gestión individual de los bienes comunes. 5. La administración extraordinaria. E) La Disolución de la Sociedad Legal y la Indivisión Poscomunitaria. 1. Causales. 2. La indivisión poscomunitaria. 3. La liquidación de la sociedad. 4. La partición de los bienes.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de matrimonio impone la estimación y examen del llamado régimen matrimonial. Algunos autores han considerado que, como simple asociación de personas, no merece un orden de preceptos especiales para regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Sin embargo, tal deducción es, a mi entender, deficiente y niega en todo momento la realidad de las cosas. El matrimonio supone un *consortium omnis vitae* de dos personas para la consecución de un fin común, naturalmente extrapatrimonial, pero con serias proyecciones pecuniarias más que evidentes, que deben ser consideradas conforme a su naturaleza singular.

Un régimen matrimonial surge como un conjunto preceptivo coherente confeccionado por el Derecho, un plexo de soluciones para las vicisitudes económicas que el matrimonio involucra, entre los esposos -su manutención, gastos, ingresos, adquisiciones, consumo, servicios-, y frente a los terceros, materia que es menester regular.

Los llamados *sistemas matrimoniales* suponen los diversos planteamientos posibles para organizar la sociedad conyugal, y, aun cuando su verificación científica en rigor sería, por su extensión, una tarea vana, resulta adecuado tomar el activo de las masas patrimoniales como criterio para indicar su categorización, emprendiendo así el estudio de los regímenes escogidos por cada uno de los países:

- a) *el sistema de comunidad*, donde existe una masa de bienes propios de ambos cónyuges. Dentro de este sistema suelen distinguirse el de *comunidad universal*, que supone la puesta en común de todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges; el de *comunidad de ganancias*, que abarca los bienes que representan para cada cónyuge un acrecimiento patrimonial producto de su trabajo y actividad, o de la fluctuación del patrimonio privativo; el de *comunidad de muebles y gananciales*, que incluye las ganancias previamente indicadas y los muebles de cada cónyuge; y el de *comunidad de bienes adquiridos constante matrimonio*, para las ganancias y los bienes adquiridos a título oneroso por los cónyuges, conservando como propios los aportados en el momento de casarse.
- b) *los regímenes de separación*, cuyo carácter principal es la ausencia de masa común de los cónyuges. Entre estos pueden acusarse grandes diferencias: la *separación absoluta*, con administración de bienes por cada cónyuge, que a su vez percibe sus frutos y los ingresos de su trabajo; la *separación con administración y usufructo por el marido* de todos los bienes del matrimonio (excepto los provenientes del trabajo de la mujer); y como subtipo del último, el conocido como *régimen dotal*, en el que parte del patrimonio de la mujer pasa a ser propiedad del marido, o a constituir una masa autónoma usufructuada por él, que percibe sus rendimientos para sostener a la familia -*ad sustinenda onera matrimonii*.

El sistema dotal ha sido abolido de nuestro régimen, derogándose los arts. 2024 al 2050 del C.C. por la ley 10.783; ésta ha sido también la determinación del legislador español frente al antiguo instituto de tradición romana, al abrogar los arts. 1336 y ss. de su cuerpo legal. Empero, nada impide, de acuerdo con la doctrina más autorizada al respecto¹, que los contrayentes, o estos con los terceros, al pactar una liberalidad acuerden acogerla al estatuto de los artículos derogados, copiando su redacción en las capitulaciones -naturalmente, siempre que se respete en las mismas la igualdad de géneros, consagrada en el Uruguay por la ley de 1946-

- c) *los tipos intermedios entre los de comunidad y los de separación. de participación en las ganancias*, que consisten en mantener totalmente separados constante matrimonio los bienes de los cónyuges, y realizar al disolverse el mismo, un ajuste entre los cónyuges o sus herederos, computándose como ganancia de cada uno el exceso de sus bienes sobre los que llevaron al matrimonio o recibieron por título oneroso durante su vigencia.

Desde una perspectiva crítica, el sistema de participación de ganancias reúne las ventajas del de comunidad, que logra comunicar a la mujer los productos de la actividad adquisitiva del marido, y del de separación, que garantiza la intangibilidad de los bienes y ganancias de la mujer, asegurando su independencia económica. Sin embargo, es indudable que plantea problemas al momento de su liquidación. El régimen legal español, es el de gananciales -a diferencia del uruguayo-, mas el propio Código Civil en el que se desarrolla, establece las líneas directrices de los dos regímenes convencionales: el de participación de ganancias y el de separación absoluta de bienes (arts. 1411 al 1444).

La primitiva separación del Derecho Romano, como *praesumptio muciana*, por la cual las adquisiciones se presumen hechas por el marido, con la presencia fuerte del instituto de la dote, se observa más flexible en los regímenes germanos de unidad de usufructo y administración. Ambos ordenamientos se ven notoriamente influidos por el cristianismo, en el que impera la idea de la mujer como *socia et uxor*, que conlleva la igualación de las circunstancias económicas de los cónyuges régimen de comunidad. En España, el sistema de comunidad aparece en la *lex visigothorum* y en el Fuero Juzgo, donde se establece una comunidad de ganancias, que conservarán los fueros locales, las Partidas, y finalmente el Código Civil. La diferencia se presenta en los regímenes de Cataluña y Baleares en general, donde se consagra la separación como sistema legal.

El Código Civil español de 1889, recogió la tradición antedicha, con la instauración del régimen dotal *ad sustinenda, manus* administrativa del marido y sumisión de la esposa; la situación se corrige tímidamente en 1958 -se exige el asentimiento de la mujer para la enajenación de inmuebles y empresas gananciales- y luego en 1975. En la reforma de 1981 se igualan las facultades de los cónyuges para la administración, disposición y encudamiento de gananciales.

Nuestro sistema adopta una tendencia moderna, al instituir un régimen de participación de gananciales o de comunidad diferida, que funciona como separación, y se liquida como comunidad. Esto es consecuencia de la administración y responsabilidad separadas, por lo cual se advierten dos masas de gananciales bien diferenciadas, sin perjuicio de la eventual existencia de gananciales comunes². Este será el régimen de aplicación supletoria, ante la

1 *Lacruz Berdejo, de Asís Sancho Rebullida, Luna Serrano, Rivero Hernández y Rams Albesa. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, volumen primero. Tercera edición, José María Bosch editor. Barcelona, 1990.*

2 *Carozzi, Ema. Derecho patrimonial del matrimonio en los países del Mercosur, en R.U.D.F., número 13, página 161.*

falta de convención expresa, característica que prefiero diferir en su análisis para la sección de capitulaciones matrimoniales.

II. EL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

Interesante campo es aquel que regula las relaciones patrimoniales de cualquier matrimonio, con prescindencia del régimen específico que las rige. Se trata de un concepto doctrinario relativamente reciente, recogido en el Código Civil español por la reforma de 1981, en el capítulo primero del título del "régimen económico del matrimonio": *disposiciones generales*. Este es un índice más de la superioridad técnica de la obra, que sistematiza preceptos íntimamente vinculados al régimen patrimonial del matrimonio, y que se hallan dispersos en nuestro código, que sigue los lineamientos generales del Código Napoleónico, y éste, a su vez, del *Corpus Iuris* justiniano.

Mientras que las disposiciones generales del C.C. uruguayo, arts. 1938 al 1949, se reducen en su contenido a la implementación y forma de las capitulaciones matrimoniales, a la determinación de la residualidad de la sociedad legal y a la vigencia del régimen patrimonial matrimonial en el espacio, la sección del español reviste mayor amplitud. Por ejemplo, el art. 1323, se refiere a cuestiones de legitimación y a la influencia de la condición de cónyuges sobre las relaciones patrimoniales internas. Esta norma supone un cambio radical respecto al régimen anterior en España, así como, y es esto lo que a los efectos de este estudio realmente interesa, con relación a la situación del C.C. uruguayo.

A) Legitimación receptiva de los cónyuges

El C.C. español prohibía algunos contratos onerosos entre el marido y la mujer, siempre que el régimen de matrimonio fuera el de comunidad; especialmente se proscribía la compraventa, a la que la doctrina se encargó de asimilar otros contratos o pactos de igual función económica. Asimismo, se prohibían de manera concluyente las donaciones entre los cónyuges. Estas prohibiciones, tradicionalmente conocidas como incapacidades especiales, por el desconocimiento del codificador del concepto de legitimación, producto de posterior evolución científica jurídica³, se repiten en la redacción de algunas normas de nuestro Código Civil: el artículo 1675, en sede de compraventa -"e]s nulo el contrato entre cónyuges no divorciados ni separados de cuerpos"- , y el 1657 para donaciones -es nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio, salvo cuando se trate de regalos módicos para el regocijo de la familia.

Ambas prohibiciones aparejan nulidad absoluta -art.8 del C.C. uruguayo, criterio adoptado por Gamarra⁴ - y se extienden durante la existencia del vínculo matrimonial, excepto para la compraventa, en la cual cesa con la separación de cuerpos. Sin perjuicio de ello, no se distingue en ningún momento el régimen legal especial por el que estos cónyuges rijan sus relaciones patrimoniales, como sí hacía el código español. A pesar de esto, la reforma de 1981 vuelve a protagonizar el cambio en la materia.

Naturalmente, las posibles presiones domésticas -argumento que puede rebatirse, dada la relativa igualdad de oportunidades de géneros en la actualidad- y la utilización de estos negocios inter vivos como medio para defraudar a terceros, son el fundamento principal de su vigencia. Sin embargo, el artículo 1323 del Código español adoptó la tesis contraria⁵, al disponer que *el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*. La regla es clara, integra el título oneroso y el gratuito, y rectifica positivamente la legitimación de los cónyuges, a pesar de la larga tradición en contra.

Deben diferenciarse, empero, los negocios o convenciones dirigidos a estipular, modificar o sustituir total o parcialmente el régimen patrimonial del matrimonio, de los contratos traslativos o los contratos de cualquier clase, pues dada la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (en el régimen español), cualquier modificación deberá hacerse de acuerdo con la forma especial descrita por la ley (requerirá, obviamente, una publicidad adecuada).

Cabe agregar que, excepcionalmente, se ha considerado nula la compraventa de la hipotética participación que

3 Carmelutti; Tratado general del derecho, número 122, página 258.

4 Gamarra; Trat. der. civ. urug. Tomo tercero, volumen 1, páginas 193-96. Tomo sexto, pág. 111

5 La Ley de 2 de mayo de 1975 ya había suprimido las prohibiciones.

uno de los cónyuges tiene en un bien ganancial, dada la inexistencia de la cuota. Sin embargo, en la mayor cantidad de casos el problema no se llega a plantear, y la naturaleza privativa de la prestación corresponsiva -esto es la enajenación de un bien propio-, afirma la validez de la compraventa.

B) La potestad doméstica

A su vez, el artículo 1319 del código español sienta una excepción a la gestión conjunta impuesta por el 1375, pues cada cónyuge puede comprometer el patrimonio común realizando actos dirigidos a atender necesidades de la familia, o emplear dinero ganancial para extinguir cargas familiares, o bien dinero propio con la consecuente recompensa. La responsabilidad será solidaria entre los bienes comunes y propios del cónyuge que contrajo la deuda, y en subsidio sobre los propios del otro cónyuge. Los límites de esta competencia no son muy precisos y se diferencian de la nómina del artículo 1965 del código uruguayo -cargas y obligaciones de la sociedad-.

La responsabilidad es por lo tanto mucho más amplia, pues no sólo podrá el acreedor social o personal -pues las deudas son equiparadas- ir contra los bienes propios y contra los gananciales cuya administración le corresponda por ley o capitulaciones⁶, sino que podrá hacer efectivo su crédito -que es social, por la potestad doméstica- en la masa patrimonial común sin distinciones, y en la propia de quien adquirió la deuda -en forma solidaria-; además, lo que es realmente sorprendente, podrá subsidiariamente ir contra la masa propia del otro cónyuge. Naturalmente, se induce el sistema de administración conjunta impuesto para la sociedad legal en España, al que me dedicaré posteriormente.

Podría sostenerse, en nuestro sistema, la posibilidad de agresión de los acreedores sobre el patrimonio propio del cónyuge que incumplió con el deber de mantenimiento, alimentación y educación de sus hijos, en virtud del artículo 1994 C.C.u.. Esta interpretación no es aceptada en forma pacífica, estando en nuestro régimen prevista la responsabilidad separada; los acreedores, sociales o personales, podrán cobrarse, indistintamente, del patrimonio propio del deudor o de la masa de bienes gananciales por él adquiridos. Además, ambos institutos deben necesariamente distinguirse, en vista del artículo 1368 del C.c.e., correlativo al 1994 mencionado. El precepto del cuerpo legal español está referido específicamente a la posibilidad de agredir el patrimonio ganancial en virtud de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges con el objeto de cumplir con el "sostenimiento, previsión y educación de los hijos a cargo de la sociedad", en caso de "separación de hecho". Esta excepción al endeudamiento conjunto -*infra número IV, lit. A, 1-*, supone -en ambos regímenes-, una responsabilidad menos extensa que la consecuente del ejercicio de la potestad doméstica, por lo que este instituto estatuido en el régimen español puede discriminarse fácilmente.

C) La publicidad del régimen matrimonial

La trascendencia del asunto radica en la mutabilidad del régimen matrimonial dispuesto convencionalmente, característica que obliga, en protección de los terceros, a la instrumentación de un correcto sistema de publicidad registral, además de la participación judicial, como se ha consagrado en diversos países; todo aquello, sin perjuicio de la calificación de los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad legal y la subsecuente responsabilidad.

La Ley española ha escogido la opción de registro "hipotecario", esto es independiente para cada bien en el Registro de la Propiedad, tanto para aquél cuya categoría se infiera de las capitulaciones matrimoniales -art. 1333 C.C. español-, como de la situación emergente de la separación de bienes, en caso de inmuebles -art. 1436 del mismo cuerpo legal-, así como los bienes para el caso de los comerciantes -art. 21 del Código de Comercio español-. La anotación de las capitulaciones realizadas luego del matrimonio, deberá también constar en el Registro civil -art. 1436, ya mentado-. Claro está, ningún tercero será perjudicado antes de la fecha de inscripción, donde cesa la presunción de buena fe y comienza la oponibilidad absoluta.

III. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales es inequívoca en nuestro régimen, pese a los cuestionamientos que algunos autores han esgrimido de acuerdo con la posibilidad de ambos cónyuges de solicitar la separación

6 Ésta es una consecuencia de la administración dual, la separación de responsabilidades o irresponsabilidad por las deudas contraídas por el otro cónyuge, tal como sucede en el sistema de sociedad legal uruguayo y en el argentino.

judicial de bienes y retornar luego al régimen legal en cualquier momento durante el matrimonio, no pudiendo renunciar a tal facultad en las convenciones previas⁷ -arts. 1985 y 1986 del C.C.-. El artículo 1944 del C.C.⁸, dispone la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales; sin embargo, pueden verificarse casos jurisprudenciales en los que regímenes impuestos por capitulaciones han sido omitidos en sus efectos, sustentándose esta solución, en muchas ocasiones, en la presencia del cuasicontrato de enriquecimiento sin causa⁹.

El régimen español sigue la actual tendencia en derecho comparado¹⁰ desde el año 1975, al permitir las capitulaciones después de la boda; en la reforma de 1981, el legislador se encarga de confirmar esto con una norma permisiva concreta, el art. 1325. El precepto permite modificar o sustituir el régimen legal -que al igual que en nuestro derecho, es supletorio-, claro está, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros -art. 1317, "la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros". Por su parte, el art. 1326 reza: "las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio", precepto antitético al contenido en el art. 1942 de nuestro C.C.. Se acepta también, ya sin la inmutabilidad como posible argumento en contra, la estipulación matrimonial condicional y a término.

La regla de la mutabilidad nunca supone la afectación de terceros de buena fe que ya hubieran adquirido derechos en virtud del régimen anterior al modificado; si no fue el nuevo debidamente publicado, su existencia les será inoponible. La existencia de pactos modificativos deberá indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndose constar en las reproducciones expedidas por el notario.

La doctrina española también distingue al negocio del instrumento y los contenidos propios de las capitulaciones -estipulaciones capitulares- de los eventuales -atribuciones, como donaciones por causa de matrimonio, donaciones con plazo de muerte-. Las fiducias sucesorias se han convertido en contenidos naturales de las capitulaciones hechas durante el matrimonio -art. 831 del C.C. español¹¹, dada la determinación del régimen de mutabilidad ulterior al mismo; de otra manera resultaba difícil hallar supuestos de previsión para después de la muerte desde el momento de la celebración del matrimonio.

Al igual que en nuestro régimen, sus efectos se producen sólo durante el matrimonio -art. 1334 y 1392-1º del mismo código-. También en forma coincidente, su limitación se encuentra en la estipulación contraria a las leyes y a las buenas costumbres, así como la que vulnere la igualdad de derechos de los cónyuges; su exposición es sin dudas más general y no menciona específicamente la imposibilidad de determinar la forma de ejercer la patria potestad o de derogar los efectos personales del matrimonio. La doctrina española¹² entiende que la inclusión en las convenciones de cláusulas referidas a estos temas, no les quita validez, siempre que no puedan comprenderse como lesivas del ámbito permitido por la ley o contrarias al orden público previsto en la materia, esto es dentro del concepto de "pactos contra la ley" -art. 1328-.

Respecto de los sujetos, el principio "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*", del derecho romano, recogido por nuestro sistema -art. 1946 C.C.-, persiste en su fórmula atenuada en el derecho español, que también exige el asentimiento para su otorgamiento en caso de menores. Sin embargo, el artículo 1329 del código español, exonera de esta asistencia al menor cuya voluntad se limite a pactar el régimen de separación absoluta o el de participación en las ganancias. Por el artículo 46 del C.C.e., es preciso alcanzar la mayoría de edad en orden de contraer matrimonio válido; sin perjuicio de tal circunstancia, el Juez podrá conferir la dispensa del impedimento de edad a instancia de parte y con justa causa, en audiencia con los padres o guardadores -art. 48 C.C.e.-. En determinadas condiciones, un sujeto incapaz de contraer matrimonio podrá celebrar capítulos matrimoniales, como es el caso de aquel que aún no ha obtenido la liberación judicial de un impedimento diverso a la edad, como el parentesco dispensable.

A su vez, para la validez de cualquier modificación futura de las capitulaciones, es imprescindible la asistencia original hasta la muerte de quienes la otorgaron, si dicho cambio afectara los derechos a ellos concedidos. El art. 1331 C.C.e. representa una nueva norma de protección, impuesta en razón de la mutabilidad de los pactos matrimoniales.

Las capitulaciones otorgadas sin el consentimiento -son necesariamente acto complejo en caso del menor púber-

7 Carozzi, Emma; Manual de la Sociedad Conyugal. Montevideo, 1999, página 54, citando a Vidal Taquini

8 Además, el artículo 1942 exige que se hagan antes del matrimonio para que sean válidas.

9 Varela de Motta; Sentencia del TAC 3º, anotada en R.U.D.F., número 8, 1990.

10 Tomé, Miguel Ángel; Mutabilidad o inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, en R.U.D.F., número 9, páginas 139 y ss.

11 Lacruz Berdejo y otros; ob.cit., página 308.

12 Idem, página 318.

estarán afectadas por nulidad relativa -por lo cual serán consentidas si el interesado no deduce la acción impugnativa en cuatro años. Las reglas de nulidad comunes también rigen estos pactos en el derecho español -arts.1300, 1302 y 1355-.

La regla de representación para los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito -que pueden contraer matrimonio, nal 2° del art. 91-, se extiende a todos los incapacitados, pues la ley española admite el matrimonio para aquellos, en circunstancias especiales, con la voluntad del representante legal, y en su caso la autorización del Consejo de familia -art. 1320 del C.C.español-.

La solemnidad de las capitulaciones será la escritura pública en todo caso y no en forma alternativa como impone el art. 1943 del C.C.u., de acuerdo con el art. 1327 del código español.

Las capitulaciones matrimoniales en España, más allá de su mutabilidad y las precisiones antes desarrolladas, pueden asimilarse a las que el Código Civil uruguayo regula. Diferencias importantes muestra el sistema argentino, que impone forzosamente a los cónyuges el régimen legal. Las capitulaciones no cumplen así con su función típica, sustituir el régimen patrimonial conyugal, sino que se reducen a la de preconstituir prueba sobre el carácter privativo de los bienes aportados al matrimonio, independientemente de los contenidos no esenciales de estas convenciones¹³.

IV. RÉGIMEN ECONÓMICO LEGAL

Mientras que nuestro Código Civil se limita a establecer como norma de principio al artículo 1950, cuya redacción se muestra en extremo lacónica, el legislador español consideró necesario realizar ciertas precisiones. La norma del código uruguayo, simplemente establece que la sociedad verificada por el matrimonio, cuando no exista convención, queda sometida a las reglas que prosiguen en la redacción legal, que sí se encargan de describir el régimen. Además de introducir el carácter supletorio de la sociedad legal, invoca las reglas del contrato de sociedad en cuanto no se opongan a aquella. La última disposición fue suprimida del art. 1395 del código español, a pesar de que la doctrina entiende que esto no impide la aplicación analógica de las reglas societarias en caso de falta de norma específica.¹⁴

El artículo 1316 del Código Civil español, previene un régimen estándar para los novios o cónyuges -pues, como ya expuse, se admite el otorgamiento de las capitulaciones luego del matrimonio e incluso su modificación-, en caso de no existir estipulaciones convencionales. Se consagra, de esta forma, un sistema supletorio, que como el uruguayo, opera en ausencia de capítulos. Sin perjuicio de ello, la misma disposición dice que *a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces el régimen será el de sociedad de gananciales*.

Además, el artículo 1435-2°, expone que para el caso en el cual los esposos pactan simplemente el apartamiento de la sociedad de gananciales, sin especificar otro régimen sustitutivo en particular, procederá la separación absoluta de gananciales.

En España, a partir de la reforma de 1981, desaparecen las clásicas divisiones patrimoniales consecuentes de los institutos de la dote y los bienes parafernales. Cada cónyuge administra con libertad total sus bienes propios y, naturalmente, puede enajenarlos sin requerir la conformidad de su consorte. Los frutos y ganancias son, sin embargo, gananciales, y son administrados en común y con igual derecho por ambos cónyuges. Nuestro artículo 1970 muestra la diferencia frente a esta administración conjunta de los gananciales; establece la libertad sobre los bienes propios y los gananciales adquiridos individualmente, así como de sus frutos y el producto de la actividad particular, sin perjuicio de la limitación excepcional del art. 1971 y del posible fraude en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge.

Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, la posible confusión que estas masas pueden revestir durante la vigencia de la sociedad legal, no afecta su independencia; todas son autónomas e identificables en su composición, con mayor o menor facilidad¹⁵.

13 Carozzi, *Ena*; artículo ya citado, publicado en R.U.D.F. N° 13, página 162.

14 *Lacruz Berdejo...*; ob.cit., página 395.

15 *Idem*, página 345.

A) Principios del régimen legal

1. *El equilibrio obligacional y el desequilibrio real.*

Las diferencias del régimen legal español nuevamente se hacen presentes, ésta vez frente al contenido del numeral sexto del art. 1955 C.C.u., que reputa ganancial el aumento de valor de un bien propio adquirido por la anticipación de la sociedad o el aporte surgido de la actividad o industria de uno de los cónyuges.

Los artículos 1385, 1364, 1397-3º, 1398-2º y 1352 del Código español, confirman la regla del equilibrio obligacional, pues imponen el nacimiento de un crédito en el patrimonio que sufre un empobrecimiento en favor del otro¹⁶; este es el concepto de recompensa, por el cual se "compensa" con el ingreso de un crédito en una masa, el desplazamiento que empobreció a la misma en beneficio de la otra -es decir, de la masa común a la propia o viceversa-. Es la tradicional premisa *ubi emolumentum ibi onus*.

A pesar de lo antes descrito, el desequilibrio real que configura el régimen español es diverso a la situación regulada por la ley en nuestro país. Ningún aumento de valor de los bienes propios, sino se origina en la contribución directa del trabajo, es ganancial. Las plusvalías, que no pueden considerarse por sí mismas bienes, nunca serán bienes comunes, por lo cual el aumento de valor de un bien privativo siempre revierte en beneficio para el cónyuge propietario. Así lo entienden VAZ FERREIRA Y CAROZZI, distinguiendo la última entre las plusvalías monetarias -devaluación o depreciación de la moneda-, y económicas -aumento del valor venal de un inmueble por revalorización de la zona en la que se encuentra- de las *propias o voluntarias, que sí generan la ganancialización*¹⁷.

Sin embargo, en el código español, incluso los aumentos de valor de bienes propios provenientes del patrimonio de uno o del trabajo de uno o ambos propios, *no logran ganancializar dicho bien*, sino que crean también una recompensa en favor de aquel que vio reducida su masa. En la sentencia número 18, de febrero de 1941 -y la reforma mantuvo incambiado este aspecto- se confirma la tesis, al aclarar que las expensas o mejoras realizadas con fondos gananciales en la finca de un cónyuge, no limitan su facultad de disposición sobre el bien, que continúa siendo privativo. Podrá aducirse, y no sin razón, que se transcribe la regla del numeral 3º del art. 1965 del C.C. uruguayo, que hace nacer una recompensa por los reparos menores o de simple conservación; *pero la ley española*, no sólo no distingue la calidad de la inversión, sino que invierte la regla del inciso final del numeral 6 del 1955, como expongo inmediatamente.

La tesis de VAZ FERREIRA se denomina comúnmente como la de "ganancialización absoluta" del predio y el edificio que sobre el mismo se construye; esta teoría parece apegarse con mayor rigurosidad a la redacción del inciso segundo, numeral sexto del art. 1955. La doctrina exige, generalmente la independencia estructural de esta construcción, para diferenciarla de cualquier tipo de reparo o mejora, y acepta el origen de una recompensa por el valor del predio. La fórmula teórica deriva, lógicamente, en una nueva excepción a los principios de la accesión, como lo son el derecho de superficie o las reglas de la propiedad horizontal.

En el régimen español, la regla romana *superficies solo cedit* -recogida en el art. 748 C.C.u. y por el 358 del C.C.e.- se confirma en todos los supuestos de accesión producidos bajo el régimen matrimonial legal. Por el artículo 1346 y los que lo siguen -accesión económica-, el dinero común o propio empleado para mejorar un bien privativo o ganancial, siempre podrá ser recuperado -recompensa-, incluso cuando no se trate de una mera mejora, sino de la adquisición de un bien. El aportante tiene sólo derecho al reembolso, pero nunca adquiere una participación en el bien. *Las edificaciones, plantaciones o mejoras, adquieren la naturaleza del bien sobre el que se realizan o al cual afectan, sin perjuicio del reembolso por el valor satisfecho* -art. 1359 C.C.español-.

2. *Subrogación real.*

Las líneas directrices en materia de subrogación se hallan, en el sistema español, en los arts. 1346 y 1347. Las consideraciones de las normas nacionales -arts. 1958 y 1959-, imponen una serie de requisitos y distinguen especialmente los supuestos de subrogación -valor por inmueble, por mueble, inmueble por inmueble y producido de venta de inmueble propio por inmueble-, configurando su procedencia en términos restrictivos, en virtud de exigencias formales y de fondo referidas al acto de subrogación y a los bienes involucrados.

16 Art. 1969 C.C.u.

17 Carozzi, *Ena*; Manual..., páginas 84-86.

En el sistema español, por el contrario, la subrogación de un bien individualizado como privativo por otro es automática, no requiere formalidad, y se verifica, por ejemplo, en la permuta. La expresión positiva de lo antedicho se encuentra en la amplia redacción del artículo 1354, que dispone las recompensas correspondientes por los excesos generados en la sustitución real, sin distinguir si la parte aportada por la sociedad es pequeña o grande: *los bienes corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas* -el sistema uruguayo impone la ganancialización de la finca cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediese la mitad del precio de la finca que se recibe. art. 1959, inciso cuarto.¹⁸

La subrogación también será automática por el empleo o reemplazo de dinero privativo para la adquisición de bienes -para que sea admisible en nuestro régimen, debe haber sido destinado a tal fin en las capitulaciones o donaciones, art. 1957-. La subrogación genera, eso sí, problemas probatorios respecto de la naturaleza privativa de los bienes empleados o reemplazados. Nuestra ley siempre exige el ánimo expreso de subrogar.

Asimismo, el art. 1346-3º español establece que serán privativos los bienes adquiridos en sustitución de bienes privativos. Esta norma me parece sobremanera interesante, pues modifica la regla general que en nuestro código impone el primer numeral del art. 1955. Por ejemplo, los bienes muebles que suceden a otros aportados por un cónyuge -electrodomésticos, mobiliario-, aun cuando adquiridos con dinero común, continúan siendo privativos -subrogación por sustitución-.

Finalmente, el artículo 1356 C.c.e. plantea la adquisición durante la vigencia de la sociedad legal, por el empleo de dinero privativo, bastando que, aún en pago aplazado, la primera cuota tenga este origen para que el bien adquirido sea propio -empleo-.

3. El derecho preferente de suscripción de acciones.

Cuando se estudia el numeral primero del artículo 1964 C.C.U., se evidencia la existencia de ciertos conflictos en la categorización de bienes gananciales. Este es el caso de las participaciones en sociedades¹⁹, siendo uno de los problemas mayúsculos el que suponen las acciones emitidas a título gratuito o liberadas, como consecuencia de un aumento nominal del capital de una sociedad anónima -esto es, sin aportación real, sino por medio de la capitalización de otros rubros patrimoniales, como las reservas²⁰-. Estas reservas son, naturalmente, frutos de la actividad de la empresa o utilidades, de haber sido repartidas, por lo cual serían gananciales por la actividad de un cónyuge -art. 1955 nal. 2-. En mi opinión, esas acciones liberadas, en razón del mal llamado "pago de dividendos en acciones", deben considerarse como propias. En rigor, calificarlas como gananciales sería, además de distorsionar el carácter propio de la adquisición a título gratuito, ingresar en la voluntad de la sociedad comercial y permitir la injerencia en sus decisiones; todo esto sin perjuicio de las posibles vulneraciones del derecho al dividendo y, eventualmente, del fraude al otro cónyuge.

Pero, dentro del mismo tema, otro cuestionamiento aparece resuelto por la ley española, más adecuada a las prerrogativas del actual sistema societario mercantil; es el derecho preferente de suscripción, que junto con el de acrecer, permiten que el socio conserve su participación real en la sociedad ante un aumento real de capital -la emisión de acciones liberadas era suficiente para el aumento nominal, mas no en este supuesto-. La solución es aquí más radical. Al disponer el artículo 1352 del código español, *las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de otros privativos, también serán privativos, aun cuando se utilizaren fondos comunes para la integración, lo que genera una recompensa en favor de la sociedad* -esta norma si se opondría al primer numeral del art. 1955 del C.C.U. pues supondría una adquisición a título oneroso-. La previsión ha sido considerada como injusta por la doctrina española.²¹

4. La extensión del concepto de "título o causa" de los artículos 1961 y 1964 C.C.U..

Toda la problemática de este término posee sin dudas una razón más profunda, que en el derecho español no tiene incidencia alguna. Al tratar el alcance de estas nociones²², fue inevitable tratar el problema de la promesa de compraventa y de otras promesas anómalas en las que se adelantan prestaciones sustanciales, pero que no pueden considerarse,

18 Adquisiciones mixtas.

19 Carozzi, Ema; Ob.cit., página 96.

20 Rippe, Siegbert; Texto y contexto, Sociedades Comerciales. FCU, Mvdeo., página 128. El sistema confeccionado por la ley 16.060 no permite explicar por completo el aumento meramente nominal y regula el real, que es aquél que puede en definitiva perjudicar a terceros.

21 Lacruz Berdejo. Ob.cit., página 361.

22 Yglesias, Arturo; Sociedad Conyugal. Naturaleza de los bienes según la causa o título de adquisición., en R.II.D.F número 4, páginas 100-110.

como si la Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazos de la ley 8.733, títulos hábiles para adquirir el dominio. Esta última es la acepción que sostienen quienes esgrimen una tesis restrictiva de los conceptos -YGLESIAS-.

Pero si se analiza la creación de todos estos contratos, de naturaleza definitiva y función de cambio, e incluso la génesis de la promesa de enajenación de inmuebles a plazo y su efecto real, se halla la necesidad de proteger, además de al promitente adquirente -con el derecho real que le hace inoponible la enajenación de fecha posterior a la inscripción de la promesa-, al promitente vendedor, con el diferimiento de la traslación de la propiedad, ante la prohibición legal del pacto de reserva de dominio -art. 1732 C.C.U.-. En España esta prohibición no existe expresamente²³, y la compraventa resulta ser negocio eficaz para realizar estas transacciones, por lo que el art. 1357-1º del Código Civil estipula: "*los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, tendrán siempre carácter privativo aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial*". Se atiende a la voluntad negocial, como corresponde, generándose una recompensa en caso de que proceda.

Las anteriores precisiones explican el origen de la discusión, mas no resuelven la situación en nuestro régimen, que a diferencia del español, contiene una prohibición al pacto de reserva -lo cual, según expliqué, ha obligado a una evolución contractual particular-. No pretendo agotar la temática ni ingresar en la construcción y análisis de nociones confusas, ya que el asunto ha sido suficientemente debatido. Conviene, sin embargo, hacer referencia, sintéticamente, a las tres posiciones sustentadas en doctrina sobre la extensión del título o causa anterior.

La tesis restrictiva, defendida por YGLESIAS ya ha sido comentada oportunamente, y se resuelve en una acepción reducida del título anterior, que se concibe como aquél hábil para la transmisión del dominio, así como una conceptualización de la *causa possessionis* para los modos originarios de adquisición del dominio -es el caso del inicio, pretérito a la unión matrimonial, de la posesión pacífica de un bien, aun cuando se complete el término de la usucapión constante la vigencia de la sociedad legal-. Su rigurosidad es ostensible, y previene posibles enfrentamientos, pues su claridad desplaza toda ambigüedad del concepto; empero, aún valorando esta transparencia y univocidad, no debe aceptarse sin considerar previamente las otras opiniones al respecto.

Por su parte, la tesis amplia fue preconizada por la Dra. VARELA DE MOTTA en su actuación como juez²⁴, y puede explicarse como una noción extensiva, que concibe como "causa o título", no sólo los derechos anteriores al matrimonio, sino también las meras expectativas. Esta acepción ha sido criticada desde su argumentación, y tal vez no corresponda, estrictamente, a la fundamentación científica que se ha pretendido alegar²⁵; sin embargo, la labor jurisdiccional trasciende la abstracción legal y exige la adecuación oportuna al caso concreto. No se trata de desmerecer la certidumbre que nos ha legado el racionalismo en su exégesis, pero sí de reconsiderar las nociones más básicas del realismo jurídico y la participación del magistrado, ejerciendo el hábito de la justicia conforme a derecho y en armonía con otros bienes preponderantes en la sociedad, vale decir, en equidad. Es por ello que muchos fallos innovan y parecen, en una observación superficial, oponerse a la cadencia doctrinaria dominante.

Finalmente, CAFARO²⁶, con lucidez, se detiene en el significado específico de causa, y advierte su comprensión como razón eficiente u original de cualquier derecho. Esta expresión no debe constreñirse a ciertas figuras contractuales que permitan, acompañadas del negocio dispositivo correspondiente, transmitir la propiedad de un patrimonio al otro; esto no es más que una consecuencia de la herencia romana en cuanto al sistema para la traslación del dominio, y el carácter puramente obligacional del contrato; pero no tiene incidencia especial en este tema, pues las personas no sólo son titulares de derechos reales, que se transmiten por un título hábil y ulterior tradición o inscripción, sino también de derechos personales. Si los primeros resuelven la apropiación social e individual, los segundos son sustanciales en la existencia del tráfico jurídico. Tales consideraciones no son meras elucubraciones teóricas, ya que nuestro orden positivo las recoge especialmente. El numeral sexto del artículo 1961 dispone como privativo lo recibido en pago por capitales de créditos constituidos con anterioridad al matrimonio; el pago, como cumplimiento, no subvierte la naturaleza del derecho de crédito, personal, que será calificado como propio por haber nacido antes de la vigencia del régimen legal de bienes, esto es cuando se concluyó el mutuo. Nuestra doctrina mayoritaria

23 La ley española no impone la prohibición de dicho pacto, admitida por la Ley 50 de 1965. La doctrina la considera, pacíficamente, como cláusula que las partes pueden incluir, acorde con Carlos Vázquez Truzubieta, en el análisis del art. 1255 del C.C.e., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1992, páginas 1.818-19.

24 Comentario a la sentencia Nº 515 del 16/12/1983, en R.U.D.F. número 4, página 37 y siguientes.

25 Curso de Sucesiones de Irureta Goyena, Tomo II, Nº 210 y ss.

26 Cafaro, Eugenio. Promesa de compraventa y sociedad conyugal, en R.A.E.U., tomo 68, páginas 214-15.

admite una noción más o menos amplia del título y de la causa, y considera a la promesa celebrada antes del matrimonio, si el mismo conllevó la instauración de la sociedad legal, como un caso contenido en su extensión, sea ésta propia o impropia, inscrita o no -aun se ha asimilado al boleto de reserva, lo que supone una desnaturalización de los conceptos fundamentales del Derecho de las Obligaciones-.

No creo que el fin de este análisis comparativo sea pronunciarse sobre las definiciones antes desarrolladas, aunque su mención fuera imprescindible; el criterio de la certeza de la contratación ha motivado soluciones forzadas, que no comparto, admitiendo severas distorsiones jurídicas, como en el caso del boleto, que no puede considerarse ni siquiera un contrato preliminar de promesa. Resta, sin embargo, inclinarse por alguna de las tesis mencionadas, empresa muy sería que amerita un desarrollo expreso, el cual excede los límites del presente trabajo. La solución de Cafaro parece, en principio ajustada, pero entiendo merece ciertas observaciones, pues no es posible asimilar el cumplimiento de un contrato del que surge un derecho crediticio, mediante el pago, a la tradición como negocio dispositivo que integra uno más complejo por el cual se transmite el dominio. Considero que si bien los derechos personales no deben modificar su naturaleza, respecto a su titularidad, por la vigencia del régimen matrimonial de bienes, tampoco deben realizarse conclusiones apresuradas; si se celebra una promesa, propia, antes del matrimonio -aún cuando se inscriba y quede dotada de los efectos especiales prescriptos por la ley, que son ajenos al asunto-, los cocontratantes se obligarán a realizar un contrato definitivo, y ese es el derecho personal que se deduce -excepto cuando se adelantaran prestaciones sustanciales, situación que escapa de la hipótesis de promesa pura, que utilizo con fines descriptivos y técnicos-. Si ese derecho no se ha ejercido, no cabe duda que el cumplimiento debe ser exigido por su titular, aún durante el matrimonio -pues continúa siendo un derecho personal propio-, pero el negocio definitivo y la posterior tradición provocarán una adquisición a título oneroso constante el régimen legal y conllevarán la ganancialización. En este punto sí coincido con Yglesias, pues no sucede lo mismo con los títulos hábiles para transmitir el dominio anteriores al matrimonio, también integrantes de un negocio complejo.

B) Activo de la Sociedad Conyugal

1. Bienes gananciales.

El contenido del art. 1361 español es, sin dudas, muy similar al del 1964 en nuestro código. Ambos preceptos sientan una presunción de ganancialidad de estricto orden probatorio, y nunca sobre la naturaleza jurídica de los bienes²⁷. La norma uruguaya adelanta, a su vez, criterios para la determinación del carácter privativo de los bienes, a la hora de derribar esta presunción relativa o de *iuris tantum* -que nunca puede desvirtuarse por capitulaciones matrimoniales-. Según el art. 1324 del C.C.e., la confesión del otro cónyuge basta como prueba del carácter privativo de un bien del otro, aunque esta probanza no podrá oponerse a los acreedores o legitimarios.

La sociedad legal española es la de gananciales, definida en el art. 1344 C.C. como aquella por la que se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos constante matrimonio, que les serán atribuidos por mitades al disolverse la sociedad. Comienza al momento de celebrarse el matrimonio -art. 1345 C.C.e., art. 1948 C.C.u.-, o posteriormente, al tiempo de pactarse las capitulaciones.

El artículo 1347 español enumera de forma exhaustiva los bienes que integran el acervo ganancial, como lo hace el 1955 en nuestro código.

El primer numeral se ocupa de los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges²⁸.

El concepto de "industria" ha sido empleado en un sentido lato en este numeral, como cualquier actividad de un cónyuge encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en la masa común, cuando no ingrese en el sentido habitual de trabajo. Por ello, integran este concepto las adquisiciones por usucapación en las que la *causa possessionis* se halla durante la vigencia de la sociedad conyugal, así como todo bien adquirido por modos originarios, como la ocupación y la accesión. También se integra el concepto de "dones de fortuna", que prevé el artículo 1351 - numeral 3 del art. 1955 C.C.u.-, como ganancias obtenidas en el juego, o procedentes de otras causas que eximan la restitución.

Lógicamente, quedan fuera de la ganancialización los supuestos mentados de subrogación real, los de accesión en

27 Lacruz Berdejo; ob.cit., pág. 371. Carozzi, Ema; ob.cit., pág. 68.

28 La jurisprudencia española ha considerado como ganancial a la indemnización por despido del trabajador, aun cuando el titular de la empresa fuera la esposa. Sentencia 31 del Tribunal Central del Trabajo, de marzo de 1982. Citada por Carlos Vázquez Irubietta. Ob.cit., Madrid, 1992.

todo caso, como ya se observó (ut supra número IV, lit. A, 1), incluso por la parte que le corresponda del tesoro *iure soli* -art. 721 C.C.u.-.

El segundo numeral del art. 1347 coincide en sustancia con el cuarto numeral del 1955 uruguayo, al reputar como gananciales a los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. Al igual que nuestra doctrina, la española prefiere distinguir claramente el instituto del usufructo de esta norma, aun cuando las características de los frutos sí deban extenderse para su consideración. Prueba de esto es la descripción del 1349, que considera gananciales a los frutos de pensiones desde que se han devengado -art. 694 C.C.u.-.

A su vez, el artículo 1350 repite la previsión del 1964 C.C.u., referente a los frutos del ganado, al considerar gananciales las cabezas que, al disolverse la sociedad legal, excedan a aquellas privativas aportadas al momento del matrimonio.

Asimismo, el artículo 1348 del C.C.e., asume la misma conceptualización que informa el sexto numeral del artículo 1961 uruguayo, los pagos hechos constante matrimonio por capitales de créditos constituidos antes del mismo.

En adición a lo que se acaba de desarrollar, el art. 1355-1º del cuerpo legal español, admite la ganancialidad por voluntad expresa o presunta. *...podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquirieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga*-. Aparece aquí con claridad, el problema de la recompensa que surge al destinarse bienes o valores propios para el bien ganancial; en este caso siempre existirá por aplicación de los principios generales -art. 1358 C.C.e.-, salvo que se renuncie a la misma en forma expresa, disponiéndose como liberalidad.

Por último, el artículo 1353 C.C.e., establece que los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente se entienden gananciales si así lo afirman la voluntad del causante o donante y la de los causahabientes o donatarios. Normalmente, los bienes serían privativos por mitades a cada cónyuge si no hay parte determinada, que es la solución que otorga nuestro artículo 1953.

2. Bienes propios.

El artículo 1346 del código español singulariza los bienes de carácter privativo, de manera positiva, a diferencia de la fórmula escogida por nuestro codificador para el art. 1961.

Por el primer numeral, son privativos por el tiempo de adquisición, *aquellos que le pertenecían a un cónyuge al comenzar la sociedad* -nal. 1º del 1961-. Sobre la amplitud del término de título o causa y su relevancia en el sistema español, no corresponde ser redundante (ut supra número IV, lit. A, 4).

A su vez, son privativos por el modo de adquisición, *los que se adquirieran, aún después del matrimonio, a título gratuito* -art. 1346 nal. 2-, con la ya mentada excepción del artículo 1353, para las donaciones conjuntas -diverso a nuestro régimen, art. 1953-.

Son, por otra parte, *privativos por destino*, los supuestos que integran los numerales 7º y 8º del art. 1346, *las ropas y objetos de uso ordinario que no sean de extraordinario valor y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo que sean partes de un establecimiento o explotación de carácter común*²⁹. Estos últimos nunca perderán su calidad de propios, aunque se adquirieran con dinero ganancial, caso en el que se origina un crédito a favor de la sociedad -es la moderna doctrina italiana la que justifica esta norma, por tratarse de bienes dirigidos a la satisfacción de un interés estrictamente personal, no al goce común-. Contrariamente, las ropas y objetos de uso ordinario no generan recompensa, por surgir de los deberes de alimentación y auxilio recíproco inherentes al matrimonio -art. 127 C.C.u.-.

La regla del artículo 1355 C.C.e., es también aplicable a los bienes privativos, por lo cual su calidad podrá conferirse voluntariamente y por convención para cada caso específico, de acuerdo con los principios que rigen el reformado cuerpo legal (ut supra número IV, lit. B, 2).

A los criterios antes designados, debe agregarse el de los *derechos personalísimos*, contenidos en los nales. 5º y 6º del 1346 español. *Estos son los patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles por acto inter vivos, como los provenientes de daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos*.

El primero de estos numerales alude a los derechos de contenido patrimonial, según la doctrina española³⁰; es decir, que los bienes provenientes de la traducción de *obras intelectuales* en valores pecuniarios son gananciales, incluso cuando se vende luego de disuelto el matrimonio si la creación se produjo en su vigencia. Esta no es la

29 Esta norma expresa colabora con la determinación de la calidad del bien en la disolución. El caso del estudio profesional ha sido cuestionado. Véase sentencia anotada por Mabel Rivero de Arhancet, en R.U.D.F. número 10, páginas 49 y ss.

30 Lacruz Berdejo: ob.cit., página 409.

solución que el Código Civil argentino prevé especialmente, al considerar ganancial únicamente al producido de los derechos de propiedad intelectual *durante la vigencia de la sociedad conyugal* -art. 1272-.

VAZ FERREIRA³¹ atiende a la dualidad de carácter de los derechos intelectuales y recurre al tenor de la ley 9.739, en particular a su primer artículo, para argumentar la solución considerada por la doctrina española. Sin embargo, esta no sería la conclusión si nos redujéramos a una interpretación del segundo ordinal del art. 1955 *a contrario sensu*, como del art. 9 de la misma Ley de Propiedad literaria y artística -derecho de participar en la plusvalía de la obra sobre los beneficios obtenidos por los sucesivos adquirentes-.

Sobre el resarcimiento de daños, el código español instaura así un precepto específico, que se adecua al principio de reparación integral de la responsabilidad civil. Se ha incluido en esta categoría a las atribuciones *intuitu personae*, las jubilaciones y pensiones percibidas por el supérstite -no debe compartirlas con los herederos, por ejemplo-.

Por último, el quinto numeral del art. 1347 español, dispone la ganancialidad de las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno o cualquiera de los cónyuges a expensas de bienes comunes, correspondiendo la comunidad de tipo romano si concurren el capital privativo y común, de acuerdo a la regla del art. 1354 para adquisiciones conjuntas.

También se ganancializará el aumento de valor que proceda de inversión de fondos comunes o de la actividad de uno de los cónyuges -art. 1359 C.c.e., art. 1955 nal. 6-, como cuando se verifiquen incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento comercial u otro género de empresa art. 1360-.

Sobre la clientela, la doctrina española ha comprendido que se trata de un bien personalísimo y por ello no compartible; sin embargo, si la disolución de la sociedad se produce por la muerte del cónyuge, la misma conduce a una "despersonalización", que permite su ganancialización.

C) Pasivo de la Sociedad Conyugal

1. Deudas Sociales.

La regulación de las deudas sociales difiere en ambos regímenes -uruguayo y español- en virtud de la capacidad de endeudamiento de los cónyuges y de la administración conjunta por la que el sistema legal de España se inclina. Los cónyuges pueden, por regla general, endeudar el patrimonio social "conjuntamente" y en situaciones excepcionales -de lo contrario se paralizaría el funcionamiento de la sociedad-, endeudarlo individualmente. Esta última posibilidad se expone en el artículo 1365, en los supuestos de *ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales que por ley o capitulación le corresponda al cónyuge, o bien en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios*.

La referencia a la potestad doméstica -artículo 1319 C.c.e., *supra* número II, lit. B -, debe cenirse al ya mencionado alcance del instituto, excepcional a la administración conjunta -en el que la determinación de la responsabilidad se ve agravada notablemente-. Asimismo, entran en este campo las deudas provenientes de la práctica profesional de los cónyuges y los gastos de administración de los bienes privativos.

El sistema uruguayo impone legalmente la administración separada, permitiendo a los acreedores sociales o personales, atacar el patrimonio propio del deudor o los bienes gananciales por él adquiridos. Es esta misma previsión la que consideraba el reformado Código de Comercio español, aunque en forma más restringida, pues según su artículo 6, por las deudas comerciales del cónyuge, responde su patrimonio propio y los gananciales por él adquiridos a efectos mercantiles precisos -"adquiridos con esas resultas"-.

La situación de generalidad se observa en el art. 1367 del C.c.e., que dispone que los bienes sociales responden por las obligaciones adquiridas conjuntamente o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, como por ejemplo las cantidades donadas conjuntamente en las que no se hubiera pactado la satisfacción con bienes privativos.

Respecto a las obligaciones extracontractuales, el art. 1366 C.c.e. precisa la postura opuesta a la sustentada por el codificador uruguayo en el art. 1966 inciso 2º, pues aquél determina la *responsabilidad de la sociedad por las mismas, si el hecho que las provocó se suscitó como consecuencia de la actuación en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de sus bienes*. Esta regla encuentra excepción en caso de dolo o culpa grave del cónyuge deudor, esto es con intención de dañar a la sociedad o con una ligereza grave que la haya colocado en tal situación -no se examina el comportamiento en referencia al delito o cuasidelito-. La norma no se refiere a la responsabilidad por incumplimiento de contrato, que

31 Tratado de la Sociedad Conyugal, N° 170, páginas 375 y ss..

parece ser, como en nuestro país, una obligación personal, siempre que no se haya contratado conjuntamente -a diferencia de nuestro régimen, en el que serían responsables ambos cónyuges personalmente por mitades-.

El artículo 1362 del código español, enumera los gastos que son de cargo definitivo de la sociedad legal, como lo hace el 1965 en nuestro derecho. Así es que el primer numeral coincide con el quinto del segundo precepto: *el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes...*, como la de los hijos de uno sólo de los cónyuges... cuando convivan en el hogar familiar; en caso contrario serán solventados provisoriamente por la sociedad, pero con derecho de ser recompensada por lo desembolsado. La ley española, para evitar la distinción entre la naturaleza de la filiación de los hijos, se ha decidido por el criterio de la convivencia -no es un criterio justo finalmente, pues si un hijo legítimo de matrimonio anterior no convive con el actual, no será cargo de la sociedad, sin perjuicio de las obligaciones alimentarias del padre o madre-.

El artículo incorpora otros supuestos de cargo de la sociedad, como *la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges y la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge*. El código uruguayo utiliza una fórmula más amplia, para toda deuda contraída por los cónyuges durante el matrimonio.

El artículo 1371 se refiere especialmente a *lo perdido y pagado durante el régimen, en cualquier clase de juego*, imponiendo el mismo carácter de deuda social que el ordinal 7º del artículo 1965 del C.C.u., con la misma consecuencia: no disminuye su parte respectiva en los gananciales, eso sí, y como reza la misma norma *"siempre que el importe de aquella pérdida pudiese considerarse moderado con arreglo al uso y circunstancia de la familia"*; esto previene posibles injusticias, para cuya reversión el derecho uruguayo ha acudido al inciso 2º del 1969, compensación a la sociedad por dolo o culpa grave-. Sin embargo, el artículo siguiente dispone la responsabilidad exclusiva del cónyuge que perdió en el juego, en caso de que la ley confiera acción de reclamo para esa clase de actividad lúdica o azarosa, es decir, si genera obligaciones civiles y no meramente naturales.

2. La responsabilidad.

Los acreedores sociales podrán satisfacer su crédito en el patrimonio ganancial y en el propio de quien contra-jo la deuda, que responden solidariamente -art. 1369 C.c.e.-. Asimismo, podrán perseguir los bienes privativos del otro cónyuge en el caso excepcional, ya analizado, de la potestad doméstica.

3. Deudas personales.

Serán las obligaciones extracontractuales que escapan al mentado artículo 1366, o las que provengan de un incumplimiento contractual personal, las deudas contraídas antes del matrimonio -conforme al artículo 1966 de nuestro código-, las contraídas por juegos a los que la ley confiere acción para su cobro, como toda deuda que no pueda repetirse contra la sociedad o adjudicar por las reglas del 1373 C.c.e. -son en definitiva, las propias-.

Por el último artículo, los acreedores personales podrán, como medida cautelar, embargar bienes sociales, aunque el cónyuge no deudor puede, luego de ser debidamente notificado, exigir se sustituya el bien común por la parte del deudor en los gananciales, lo que conlleva la disolución de la sociedad legal.

D) La Administración de los bienes en la sociedad conyugal

1. Antecedentes.

Como expuse anteriormente, nuestro régimen de sociedad conyugal se define como una comunidad diferida o de participación en gananciales; el funcionamiento constante la vigencia de la sociedad será similar a una separación, pues cada cónyuge tendrá, en principio, total libertad para administrar sus bienes privativos y los gananciales por él adquiridos -las limitaciones existentes serán comentadas oportunamente-. Esta modalidad se observará en la administración llamada ordinaria la extraordinaria sobreviene en supuestos especialmente calificados por la ley-.

Antes de la promulgación de la ley 10.783, la administración era en todo caso unipersonal en nuestro sistema; el marido era el administrador ordinario de la sociedad legal (*antigua redacción del art. 1970*), es decir, de los bienes propios (maritales), de los gananciales en su totalidad y de los privativos de su mujer (dotales). Las limitaciones de la gestión del esposo sobre los bienes gananciales eran poco numerosas y profundas, y se podían resumir en las actividades en fraude a la ley o a la mujer y en los negocios de causa gratuita. A su vez, los poderes de administración sobre los dotales eran totales sobre muebles y restringidos a la autorización judicial y conformidad de la

mujer sobre los inmuebles -como contrapartida se disponía su irresponsabilidad-.

Por su parte, el Código Civil español de 1889 otorgaba plenas facultades administrativas al marido sobre todos los gananciales, aunque no hacía lo mismo con los propios de la mujer, sobre los que la misma disponía libremente -aunque la realidad histórica demostraba que estos bienes "parafernales", eran escasos o no existían y la gestión de la mujer se reducía al ámbito doméstico-. En 1958 se impone una traba a la absoluta libertad marital en la disposición de los bienes sociales, exigiendo el asentimiento de la mujer para la venta de inmuebles y establecimientos mercantiles. Por su parte, en 1975 se suprime el criticado deber de obediencia y licencia de la mujer para con el marido, mas persiste el régimen previamente explicitado.

La reforma de 1981 cambia de manera radical los preceptos vetustos y desiguales imperantes, estableciendo el principio de gestión conjunta, artículo 1375, como régimen regente en caso de no haberse modificado antes o después del matrimonio por capitulaciones matrimoniales. La doctrina española se ha preocupado ante la posibilidad de apartar convencionalmente tal premisa, inclinándose por la libertad absoluta de la voluntad para disponer la gestión disjunta, siempre que no sea depresiva o coactiva del otro.³²

No hay duda que la regla de cogestión es, aparentemente, más igualitaria que nuestro artículo 1970 -en su redacción actual cf. ley 10.783-, pero la dirección de la economía familiar en forma colegiada presenta grandes dificultades prácticas; en los regímenes de comunidad, el equilibrio entre la satisfacción del principio de igualdad y el gobierno ágil y diligente de los asuntos económicos familiares, puede lograrse mediante atenuaciones y excepciones a la administración conjunta. Asimismo, nuestro sistema de separación también halla restricciones, por lo cual es lógico encontrar ciertas coincidencias entre ambos regímenes, procedentes de la flexibilización de sus líneas rectoras en adecuación a la realidad material y concreta.

2. Diferencias de ambos regímenes: administración separada y conjunta.

La administración conjunta española tiene tres elementos destacables: *el carácter personalísimo e indelegable del consentimiento, la necesidad de la coposesión del bien y la colegitimación pasiva para declaraciones recepticias o demandas que se impetren contra los bienes comunes.*

Se han elaborado distintas tesis acerca de la naturaleza jurídica de la conformidad exigida por nuestro art. 1971 -la de VAZ FERREIRA, la de GAMARRA y la de AREZO PÍRIZ³³-. Si bien pueden hallarse aciertos y errores en todas ellas, la posición correcta será la que muestre concordancia con las consecuencias jurídicas que el defecto de la conformidad trae consigo, debiéndose en virtud de ello precisar los límites del instituto del asentimiento, sobre todo en el campo de la responsabilidad. La doctrina española también se ha ocupado del tema, llegando a conclusiones diversas, que pueden, sin embargo, concentrarse a efectos sintéticos. La posición de los cónyuges no es la misma que la de los copropietarios -ambos tienen derecho sobre el todo-, sino que, en los casos que el consentimiento se exige en nuestro régimen, regla en el español, la conformidad muestra un cariz especial. El artículo 1322 del C.C.e. presenta las consecuencias generales para la ausencia del consentimiento dual, la nulidad del acto para el que se omitió el requisito, sea a título oneroso o gratuito; la nulidad será del tipo de las relativas, pudiendo subsanarse por la confirmación posterior o la inactividad del legitimado para iniciar la acción de anulación en el término de cuatro años -art. 1301-.

No parece demasiado trabajosa la conceptualización de la conformidad en nuestro derecho, en el que cumple una función de protección del cónyuge administrador por imposición de exigencias legales -como también consideró la doctrina argentina al interpretar el art. 1277 de su C.C.³⁴-. Sin embargo, en el derecho español pueden advertirse dos tipos de consentimiento, el puramente contractual y el mero asentimiento al compromiso o acto de enajenación del otro cónyuge, que aplaza un impedimento o prohibición, o en el caso de este sistema europeo, cumple con un requisito. El primero supone una obligación común, por lo cual afecta el patrimonio ganancial y el propio de ambos cónyuges, mientras que en el segundo nunca podrá comprometerse la masa propia de aquél que tan sólo dio su asenso, siendo inoponible para quien lo negó, aun cuando el acto esté inscrito -art. 1377, *qui actor est se non obligat*-.

Por su parte, el hecho de que los cónyuges sean administradores lleva implícito el deber de cooperación para la administración de los bienes comunes; si un cónyuge se niega a prestar el consentimiento injustificadamente o se

32 Lacruz Berdejo, ob. cit., página 452 y Vázquez Irurzubieta, ob. cit., páginas 2.119-20.

33 Vaz Ferreira, Tratado de la Sociedad Conyugal, N°227, páginas 490 y 492.

Gamarra, Trat.der.civ.urug., tomo X, página 188 y ss.

Arezo Píriz, en Revista de la A.E.U., tomo 75 1-6, página 230.

34 Vidal Taquini. Régimen de bienes en el matrimonio. Buenos Aires, 1987, página 322.

encuentra impedido, el juez podrá suplirlo si encuentra una necesidad fundada -art. 1376 C.C.e.-. Los cónyuges deben informarse acerca de su actividad económica -art. 1383 C.C.e.-, pues el grave incumplimiento de esta obligación es causal de disolución de la sociedad -nal. 4 del art. 1393-. El artículo 1377-2º permite al juez autorizar uno o varios actos dispositivos por el interés de la familia.

Nuestra normativa civil impone la administración separada y libre sobre los bienes gananciales adquiridos independientemente, y limita la actuación de los cónyuges sobre los bienes administrados en ciertas ocasiones:

- a) *la actuación fraudulenta en perjuicio del otro cónyuge* -art. 1969 inc.2 y 1974 C.C.u.-;
- b) *la realización de negocios a título gratuito, excepto que sean para el establecimiento de los hijos o módicas en razón de socorro o beneficencia* -art. 1972-;
- c) *la disposición por testamento de más de la mitad de gananciales* -según el art. 1973, aunque es una prohibición cuyo cumplimiento sólo podrá corroborarse en el momento de la apertura y desarrollo de la sucesión del causante-. El Código Civil español se adelanta a la consideración de la disposición por testamento en el artículo 1380, determinando que la misma producirá todos sus efectos si el bien fuera adjudicado a la herencia del testador, o de lo contrario se entenderá legado el valor que tuviera el mismo al tiempo del fallecimiento -los herederos quedarán obligados-. Nuestra norma se repite en el art. 1379 -en nuestro régimen es consecuencia de la liquidación de la sociedad como comunidad-, pero esta es la única referencia concreta -la disponibilidad de la mitad de los gananciales- pese a que por el propio Código se puede alcanzar la misma solución -artículos 1151 y 2013, excepción al principio del art. 908-. Además, el precepto español no deja resquicio alguno para las dudas acerca de la extinción de la compensación al legatario en caso de que la disolución sea previa a la muerte, posición sostenida en nuestra doctrina por EMA CAROZZI.³⁵

Asimismo, conforme al artículo 1971 y el artículo 27 de la ley registral 16.871, se restringe la enajenación y afectación o imposición de gravamen sobre bienes inmuebles o vehículos automotores, como también la enajenación de los establecimientos comerciales, agrícolas, ganaderos y fabriles, siempre que no exista conformidad expresa de ambos cónyuges.

Los artículos 1377 y 1378 del código español imponen la administración conjunta necesaria para todo acto de administración y disposición. Se ha comprendido generalmente, que la administración es la actividad dirigida a la explotación y rentabilidad de los bienes, concedida individualmente a los cónyuges por los bienes puestos a su nombre -los sistemas se asimilan en los efectos de la actuación de administración de bienes y disposición de dinero o títulos valores por el cónyuge a cuyo nombre o posesión estos se encuentran, pues el art. 1384 C.C.e. le adjudica validez absoluta-.

A su vez, el cuerpo legal trata ciertos actos de manera específica:

- a) cualquiera de los cónyuges podrá realizar actos conservativos, es decir, la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción -art. 1385-.
- b) podrán realizar, indistintamente, gastos urgentes de carácter necesario, aún los extraordinarios -art. 1386-.
- c) los actos gratuitos, para los que se exige el consentimiento dual -art. 1378-, siendo nulo cualquier acto que por la omisión, contravenga dicha prohibición -art. 1322-. Respecto a estos actos, se manifiestan diferencias radicales de régimen respecto de los negocios a título oneroso³⁶, pues son siempre absolutamente nulos y no susceptibles de confirmación alguna, además de resultar inadmisibles la sustitución por el juez del consentimiento por negativa o imposibilidad del otro cónyuge -art. 1377-2º. Por el motivo que antecede es que no se admiten las donaciones de un cónyuge sin anuencia del otro para el establecimiento de su hijo (*expresamente admitido por el art. 1972 del C.C.u., remitiéndose al nal. 6 del 1965*), sino sólo las liberalidades de uso o de poco valor; se ha aceptado la donación de regalías o atribuciones exigidas por la actividad industrial de un cónyuge, incluso si fueran de gran valor -la doctrina no es, empero, conteste en este aspecto-.
- d) los actos mortis causa, cuya regulación ya fue estudiada (*ut supra número IV, lit. B, 1*).

35 Manual de la Sociedad Conyugal, página 225, párrafo cuarto y subsiguientes.

36 Me siento obligado a tomar partido, humildemente, en esta postura de la doctrina española -entre otros Lacruz Berdejo y Díez-Picazo-, en razón del asidero legal que ostenta. Ello no niega que se sostenga por prestigiosos juristas una noción opuesta y antitética. Singularmente, Vázquez Irizubieta (*ob.cit.*), cuyo libro se introduce con el prólogo de Díez-Picazo, argumenta la semejanza absoluta de los preceptos para todo tipo de negocios, onerosos o gratuitos -página 2.122-, viendo incluso como absurda la escisión que el legislador adoptó en estos dos artículos consecutivos -arts. 1377 y 1378 C.C.e.-.

3. *Gestión de los bienes propios.*

Cada cónyuge, tanto bajo las normas de nuestro derecho civil como por las del español, administra y dispone de sus bienes privativos, aun cuando, en ambos casos, los frutos verificados o devengados a partir de aquéllos constante la vigencia de la sociedad sean gananciales -art. 1347 nal 2 del C.C.e. y ordinal 4° del art. 1955 C.C.u.-. El art. 1381 del cuerpo legal español restringe la disposición de los frutos por el cónyuge propietario del bien, al "solo efecto" de su administración para la soportación de las cargas sociales. Los cónyuges deben ser diligentes en la administración de los frutos de sus bienes privativos y, pese a no existir una previsión particular como la de los frutos, en la de sus ingresos.

Los actos en fraude positivo de un cónyuge para lograr el beneficio o lucro exclusivo, o el ocasionamiento de daños a la sociedad, lo convierten en deudor de la sociedad y permiten impugnar el acto fraudulento si existiera mala fe en el tercero adquirente -arts. 1390 y 1391-. La solución es lógica y justa; nuestro derecho consagra la inoponibilidad del acto fraudulento al cónyuge perjudicado y a sus herederos -art. 1974-, y la posibilidad de reclamar daños y perjuicios de haberse realizado el acto con dolo o culpa grave -art. 1969 inc.2-. Pero las reglas del fraude siguen siendo las generales; el artículo 1991 del C.C.u. remite al 1296, referente a la acción de impugnación de enajenaciones hechas en perjuicio de los acreedores, tradicionalmente conocida como acción pauliana -si la enajenación fue a título gratuito bastará probar el fraude respecto del deudor-.

El derecho español también enarbola el deber de información de la actividad económica propia, en forma periódica y precisa -artículo 1383 C.C.e.-.

4. *Gestión individual de los bienes comunes.*

Como esgrimí al comienzo del capítulo sobre administración, la gestión colegiada sufre severas atenuaciones, en virtud de las necesidades propias de una dinámica realidad. Exigir un riguroso cumplimiento de la cogestión conllevaría la paralización de la sociedad conyugal. Este problema no se presenta en regímenes como el nuestro, de comunidad diferida.

Entre las posibilidades de administración individual de los bienes gananciales, cabe destacar:

- a) los anticipos o préstamos interinos -art. 1382- para su profesión, usos ordinarios de la familia y administración de sus bienes. Si bien no se exige el consentimiento, sí se impone la necesidad de que el otro cónyuge conozca el hecho. Esto último es sin dudas un giro eufemístico, pues conocer y callar es en resumidas cuentas consentir.
- b) los bienes cuya titularidad o posesión se ostenta por un solo cónyuge. Se admite una administración amplia -mera administración, según la categorización de Vaz Ferreira³⁷- y una disposición de dinero y valores, como ya fue expresado anteriormente (artículo 1384 C.C.e.).

5. *La administración extraordinaria.*

La administración extraordinaria, conferida a la mujer únicamente antes de la vigencia de la ley 10.783 -actualmente esto es absurdo-, procede en especiales circunstancias, determinadas en el artículo 1979 del C.C.u.. Para la misma se prescriben reglas exclusivas, que van de los arts. 1979 a 1984 del mismo plexo normativo. Las tres hipótesis en que operará serán la de la incapacitación de un cónyuge -art. 441 C.C.u.-, oposición a la misión en posesión interina de los bienes del ausente e impedimento de la administración -art. 62 C.C.u.- y por impedimento absoluto de administrar de un cónyuge³⁸.

La Ley española prevé dos hipótesis de transferencia de la administración:

- a) legal en el caso del cónyuge tutor o representante legal de su consorte -art. 1387 C.C.e.- y en el supuesto del ausente -art. 184 ordinal 1° C.C.e.-; b) judicial, en el caso de impedimento de prestar consentimiento, abandono de la familia o separación de hecho.

El artículo 1389 del C.C.e. otorga plenas facultades al administrador extraordinario, permitiendo al juez la imposición de cautelas; además, en todo caso, se exige la autorización judicial para la realización de los actos de disposición sobre inmuebles y muebles preciosos. Así se pronuncia el art. 1981 del Código Civil patrio, estableciendo la necesidad de venia judicial para enajenar o gravar inmuebles propios o gananciales de administración correspondiente del otro cónyuge, como para aceptar herencia sin beneficio de inventario.

37 Vaz Ferreira, en el A.D.C.U. tomo X, página 134. Citado por Ema Carozzi en su Manual de la Sociedad Conyugal, página 206.

38 Bagdasarian-Rasines del Campo. Administración extraordinaria de la Sociedad Conyugal, en R.U.D.F. n.° 8, página 157 y ss..

E) La Disolución de la Sociedad Legal y la Indivisión poscomunitaria

1. Causales.

Como es natural, algunas causales de disolución coinciden en ambos regímenes, tal como la que procede por disolución del matrimonio o declaración de nulidad del mismo -nales. 1º, 2º y 5º del art. 1998 C.C.u.; nales. 1º, 2º y 3º del art. 1392 C.C.e.-. El cuarto ordinal de la norma española menciona como causal la convención de ambos cónyuges de un régimen económico distinto.

La ley española, como fue explicitado, adhiere a la mutabilidad de los sistemas patrimoniales en el matrimonio, organizando a tales efectos un sistema de publicidad registral -sobre la base de tres registros, el del estado civil, el de la propiedad y el comercial-. Regula asimismo los posibles regímenes convencionales por los que las partes pueden optar: el de participación -arts. 1411-34 C.C.e.- y el de separación de bienes -arts. 1435-44-. Es, justamente, este último el contenido del tercer ordinal del art. 1998 de nuestro código, la resolución con la que culmina el procedimiento de separación judicial, que cualquiera de los cónyuges puede pedir en cualquier momento sin invocar causa alguna, y sobre el cual no es posible la renuncia anticipada -arts. 1985-97 C.C.u.-. Esta modalidad ha llevado a algunos juristas a sostener la mutabilidad de nuestro régimen, tesis que no resulta suficiente para explicar la realidad jurídica del mismo.

La separación sólo puede tener lugar judicialmente en nuestro sistema, inscribiéndose la sentencia y publicándose edictos para que se presenten los acreedores interesados, bajo apercibimiento de perder la masa ganancial como garantía para satisfacer su crédito, en caso de no apersonarse en el término sesenta días.

Además, el artículo 1393 español introduce otras causales, que pueden hacerse valer a petición de parte, como lo es

- a) la incapacitación, declaración de ausencia, quiebra o concurso, o declaración de abandono de familia;
- b) también por actuación fraudulenta en perjuicio de los derechos del otro en la sociedad;
- c) la separación de hecho por más de un año -si se trata de un mutuo acuerdo, cualquiera podrá requerir la disolución, mas no en caso de abandono-;
- d) por el incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre el desenvolvimiento de su actividad económica.

Por el Código civil español -art. 1395-, cuando la disolución esté causada por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges haya sido declarado de mala fe, el no culpable puede elegir la liquidación conforme la sociedad legal de comunidad o la de participación en gananciales, caso en el que el contrayente de mala fe perderá el derecho a participar de las ganancias obtenidas por el otro. Este es el mismo efecto que el artículo 211 C.C.u. en su tercer ordinal acuerda para el caso del matrimonio nulo con mala fe de una parte: pérdida de la mitad de gananciales, donaciones y ventajas matrimoniales.

2. La indivisión poscomunitaria.

Al igual que en nuestro sistema, a la disolución de la sociedad conyugal sigue una indivisión especial afectada al pago de las deudas sociales; este carácter la categoriza como comunidad de liquidación, ya que, a diferencia de aquellas constituidas para su repartición o conservación, será imprescindible su liquidación antes de iniciar la partición.

En esta etapa subsisten los bienes y deudas comunes, independizándose de los privativos y personales, como si existiera un *tabique impermeable*, de acuerdo con la terminología de Vaz Ferreira³⁹. Tal indivisión comprenderá una universalidad jurídica, y a pesar de no hallarse regulada en ninguno de los regímenes, su naturaleza y caracterización doctrinaria se asimila casi completamente.

Claro está, y esta diferencia es fundamental, la divergencia de modos de administración será evidente en esta fase de indivisión: los coindivisarios actuarán conjuntamente en todo caso. Lo antedicho supone una modificación radical frente al sistema de administración separada dispuesto para la participación de gananciales de nuestro Código Civil, pero aun posee consecuencias en el régimen español. Como expuse anteriormente, la gestión colegiada caracteriza el funcionamiento de la sociedad legal de bienes conforme la legislación española, aun cuando, en virtud del dinamismo real que existe en el comercio jurídico, mantener tal carácter con el rigor de su formulación conlleva una paralización absoluta de su operativa.

Esto hace que se impongan diversos supuestos de actuación individual, atenuaciones de este principio. Durante la indivisión poscomunitaria, la administración conjunta informa el derecho uruguayo, y continúa rigiendo para el español, en

forma absoluta y agravada, para todo acto y sin la posibilidad de suplir judicialmente el consentimiento negado injustificado del consorte.

A su vez, el artículo 1394 C.C.e., faculta al Juez para determinar la facción del inventario y para adoptar medidas necesarias de administración del caudal, requiriéndose venia judicial para cualquier acto que exceda la administración ordinaria; resulta sencillo observar la semejanza con nuestro régimen de administración provisional, acordado especialmente en caso de disolución por separación de cuerpos decretada judicialmente, en los artículos 157 y 158 C.C.u..

El artículo 1408 del C.C.e. prevé especialmente una circunstancia constante la comunidad posmatrimonial, el de los alimentos a cargo de los bienes comunes para los cónyuges e hijos mientras se realiza la liquidación, en la cual se rebajará del lote del beneficiario la parte que exceda los frutos y rentas.

3. La liquidación de la sociedad.

La indivisión poscomunitaria se inicia desde el cese de la sociedad legal, conservando cada cónyuge o ex cónyuge la titularidad parciaria que tenía, siendo deudor por las mismas deudas sociales que serán satisfechas por los bienes comunes. Los herederos asumirán la misma posición que correspondía al causante en la comunidad disuelta.

La liquidación insume el conjunto de operaciones necesarias para que se produzca el tránsito desde la indivisión orgánica a la titularidad concreta; por ser la comunidad posterior a la vigencia de la sociedad legal, una afectada a la extinción del pasivo social que accede, requiere la previa satisfacción de los acreedores sociales para la partición del fondo líquido ganancial por mitades entre los ex cónyuges o entre los herederos y el supérstite -arts. 2010 C.C.u. y 1404 del C.C.e.-.

Esta serie de operaciones se rige por las reglas procedentes para la partición y liquidación de la herencia, según disponen los artículos 1396 y 1410 del C.C.e.. Nuestra legislación también remite a las normas sobre partición de los bienes hereditarios -art. 2013 C.C.e.-. Los acreedores de la sociedad tienen en la liquidación los mismos derechos que la ley reconoce para las leyes de partición de herencias, en razón del artículo 1402 español. Tal precisión no debe considerarse superficialmente, y en la labor comparativa del actual trabajo, trasciende los límites que le son propios; la posición de los acreedores resulta especialmente atendida en la sección sobre la disolución y liquidación de la sociedad, y se presenta homogénea y elemental en su comprensión, planteando una diferencia, en el sistema uruguayo, para el caso de disolución basado en la separación judicial de bienes. Para ésta se prescribe un régimen de publicidad para los interesados, que según se presenten y opongan a la partición, conservarán o perderán su derecho de persecución de la masa ganancial y los bienes del cónyuge no deudor, viéndose notablemente perjudicados.

Composición de la indivisión.

El primer paso para la liquidación de la sociedad será la facción del inventario. Según nuestra normativa (art. 2000 C.C.e.), el inventario y tasación realizados sin solemnidad sólo tendrán valor en juicio contra las partes, sus herederos y los acreedores que lo hubieren aprobado y firmado. Esta desventaja podrá manifestarse en el momento en el cual un cónyuge pretenda oponer el beneficio de emolumento. Conforme la doctrina española, que debe analizar una disposición menos expresiva (art. 1396), la libertad de las formas será absoluta, mientras se conserven las garantías de autenticidad *inter pars*. Asimismo, el inventario siempre será eficaz para todos los partícipes que hayan concurrido a su levantamiento, así como oponible a todos los que hubieran sido debidamente citados y, aún así, no concurrieran.⁴⁰

El activo de la comunidad estará compuesto, de acuerdo con el artículo 1397 del C.C. español:

- A) por los bienes gananciales existentes al momento de la disolución -se trata de la presunción de ganancialidad del art. 1964 C.C.u. (ut supra número IV, lit. B, 1) que en la referencia del 1361 español no se restringe al momento de la disolución.⁴¹
- B) el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados. Este es el contenido del segundo inciso del art. 2003 C.C.u., que dispone la colación ideal de estos negocios -en U.R.- en caso en que la real no procediera. Las fórmulas de inoponibilidad del negocio

40 Lacruz Berdejo. Ob.cit., página 495.

41 El artículo 2002 del C.C.u., instituye severas sanciones civiles para aquél que oculte o distraiga dolosamente un bien a la sociedad, la pérdida de su porción en dicho bien y la obligación de restituir el duplo.

fraudulento al cónyuge perjudicado concuerdan con esta disposición, que alude a una colación imputable con posterioridad al lote del cónyuge donante, que cobrará de menos. Esta colación será real, de ser posible, como expresa CAROZZI en su manual, y a cargo del donante: la colación que procede en las donaciones hechas a legitimarios es ideal, pues con la agregación se constituye el acervo imaginario, y sólo se constatará realmente en caso de reducción de donaciones por inoficiosas -esto es afección de la legítima-.

En resumidas cuentas, en caso de realizarse una colación de valores, estos serán expresados en unidades reajustables; la norma española menciona el factor de actualización.

- C) *el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo de un sólo cónyuge y en general las que constituyan créditos de la sociedad contra éste.* Se trata de las recompensas o créditos en favor de la sociedad, adeudados por los cónyuges. A éstas hace referencia el inciso 1º del art. 2003, estableciendo como forma de extinción la de la colación; lo adeudado por un cónyuge se agregará al activo de la sociedad, imputándose luego en la partición al lote del mismo. El estado de los cónyuges respecto de la sociedad se asimila al de una cuenta corriente, correspondiendo finalmente un resultado deudor o acreedor; en caso de créditos en favor de la sociedad, el código prevé la extinción por colación, exigiendo el pago para las recompensas debidas por la sociedad, como para los créditos en favor de terceros. En términos jurídicos puede explicarse la situación como una compensación de obligaciones, o incluso como una confusión -se confunden la calidad de deudor y acreedor-.

El pasivo de la sociedad estará conformado, en el régimen español (art. 1398):

- A) por las obligaciones *pendientes a cargo de la sociedad*;
- B) *el importe actualizado de los bienes privativos cuando su restitución debiera hacerse en especie monetaria, por haber sido gastados en interés de la sociedad* (es sin dudas el bien privativo enajenado, cuyo producido fue invertido en la sociedad sin operar la subrogación, lo que origina una recompensa, aquí especialmente calificada, en favor del cónyuge, como también alude el art. 1959 C.C.u.).
- C) *el importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyen créditos contra la sociedad.* Con este elemento se cumple con el requisito de inventario completo, y disipan las dudas que pudieran existir sobre la necesidad de incluir dichas recompensas en el pasivo en este momento. Esta discusión, que no tiene cabida en el derecho español, y a mi entender tampoco en el nuestro -conforme la opinión de CAROZZI-, ha dado ocasión a sentencias antitéticas.⁴² El artículo 1321 del C.C.e., dentro de las disposiciones generales, instaura la regla del art. 2004 del C.C.u., al disponer que los bienes que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común se entregarán al que sobreviva sin computárselo en su haber -esto no sucede con las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

Situación de los acreedores.

Mientras que el artículo 2006 no hace distinciones entre los acreedores de la sociedad, la legislación española predisponen un orden de pago en el correlativo artículo 1399, prefiriendo las deudas en favor de terceros, primero las alimenticias, luego las comunes. Por lo demás, ambas normas remiten a la observación de las reglas sobre concurrencia y prelación de los créditos, especificando el art. 1400 del C.C.e., la primordialidad del pago en metálico, o por la adjudicación de bienes gananciales, si los acreedores consienten.

El Código Civil español detalla la liquidación de los créditos recíprocos que existan entre la sociedad y los cónyuges, en los artículos 1403 y 1405. De acuerdo con nuestro sistema, y la ley 16.603, todos los acreedores de la sociedad se hallan en pie de igualdad; el primero de los artículos mencionados coloca a los créditos en favor de los cónyuges en un segundo orden en la liquidación, disponiendo el pago como forma para su extinción, sin perjuicio de la eventual compensación con recompensas debidas. A su vez, se permite que, en caso de que un cónyuge resulte acreedor personal del otro, pueda exigir la satisfacción de su crédito con la adjudicación de un bien común.

Los acreedores personales únicamente podrán agredir el patrimonio del deudor, los bienes privativos o los que sean adjudicados para su lote. En caso de que realice un embargo, durante la indivisión, éste será ineficaz si el bien

42 La profesora Carozzi describe tales cuestionamientos y cita la sentencia del TAF 2º del 20/9/94, publicada en la LJU n.º 12.882. Ob.cit. páginas 403-13.

concreto no es adjudicado a la hijuela del deudor. Diferente será la situación del acreedor que inscribe su embargo antes de la disolución de la sociedad conyugal por separación de bienes; en virtud de la redacción del artículo 1993 C.C.u., los derechos adquiridos por los acreedores con anterioridad a la disolución serán preservados.

Los acreedores sociales los no perjudicados en el ya mentado supuesto de disolución por separación judicial de bienes- podrán perseguir todos los bienes de la masa, o los propios de ambos cónyuges si se partió la masa indivisa sin guardar las normas de liquidación previamente descritas; en tal caso, el cónyuge no deudor sólo responderá hasta el límite de los bienes que le fueron adjudicados -*beneficio de emolumento, artículo 2014 del C.C.u.*-. Cada cónyuge será responsable de la totalidad de las deudas sociales por él contraídas -art. 2015-, aunque conserva la acción de reintegro por la mitad contra su cónyuge, ex cónyuge o causahabientes -tanto el beneficio de emolumento, como esta segunda circunstancia, se encuentran previstas en el artículo 1401 del C.C.e.-.

Lo antedicho no niega la posibilidad que normalmente poseen para oponerse a la partición hasta tanto no se les pague o afiance; esta caución podrá implementarse aún en caso de una deuda sometida a plazo o condición -esto es no exigible al momento de la liquidación-, mediante la formación de una hijuela a tales efectos.

4. La partición de los bienes.

Como expuse anteriormente, la partición y división se rigen en lo aplicable por las reglas referentes a la indivisión hereditaria -art. 2013 C.C.u. y el correspondiente 1410 C.C.e.-.

El remanente restante, hechas todas las reducciones, será el haber de la sociedad de gananciales, el fondo líquido para nuestro codificador, que se divide por mitades según las reglas que preceden.

Sin perjuicio de esta norma de principio -con todas las implicancias que pueden tener las recompensas debidas y los bienes donados en fraude-, el derecho español concede legalmente a cada cónyuge un *derecho de atribución preferente* para su lote en la partición. Estos bienes serán: *los de uso personal, la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo, el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, y, en caso de muerte, la vivienda donde tuviese la residencia habitual* -art. 1406 C.C.e.-.

Según LACRUZ BERDEJO, el asunto de la *vivienda habitual y el derecho de predetracción*, se han vuelto una obsesión en el derecho de familia, como es lógico en vista del problema que representan.⁴³

En el artículo 1407 del cuerpo legal español, el codificador se pronunció a favor de las situaciones más "intimistas", según la ocurrente terminología de VÁZQUEZ IRUZUBIETA⁴⁴. Si la adjudicación es imposible -de acuerdo con el derecho de atribución preferente- en los casos del local de ejercicio de la profesión y de la vivienda habitual, el cónyuge puede pedir se le permita seguir utilizando los inmuebles constituyéndose a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de estos derechos superara al de la parte correspondiente, deberá abonarse en dinero al otro cónyuge, y si no pudiera perdería definitivamente esta posibilidad.

Frente a la solución que antecede, conviene explicitar la conferida especialmente por nuestro derecho a través de la ley 16.081 del año 1989, modificativa del art. 881 del Código Civil. La norma consagra una ventaja en favor del cónyuge supérstite sobre el inmueble destinado a vivienda que hubiera constituido el hogar conyugal, instaurando por imperio legal un derecho real de habitación gratuita y vitalicia. Además, en defecto de este inmueble, la ley obliga a los herederos a proporcionarles otro de su conformidad. Se observa una cabal intención equitativa del legislador. ♦♦

43 Ob.cit. página 501.

44 Ob.cit. página 2.163.

BIBLIOGRAFÍA

BAGDASARIAN-RASINES DEL CAMPO. Administración extraordinaria de la Sociedad Conyugal. *R.U.D.F. número 8, página 157.*

CAROZZI, EMA. Derecho patrimonial del matrimonio en los países del Mercosur. *R.U.D.F., número 13, página 161.*

Manual de la Sociedad Conyugal. *FCU; Montevideo, 1999*

GAMARRA, JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomos III, IV y IX.

LACRUZ BERDEJO, DE ASIS SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ Y RAMS ALBESA. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, volumen primero. *José María Bosch editor. Tercera edición; Barcelona, 1990.*

RIPPE, SIEGBERT. Texto y Contexto, Sociedades Comerciales. *FCU; Montevideo, 1999.*

TOMÉ, MIGUEL ÁNGEL. Mutabilidad o inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. *R.U.D.F. número 9, página 139.*

VAZ FERREIRA. Tratado de la Sociedad Conyugal.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS. Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil. *Editoriales de derecho reunidas; Madrid. 1997.*

YGLASIAS, ARTURO. Sociedad Conyugal. Naturaleza de los bienes según causa o título de adquisición. *R.U.D.F. número 4, página 100.*



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

- *Publicaciones jurídicas del IEEM*
- *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*
- *El Derecho de la Integración del Mercosur*
- *Anteproyecto de Ley de Concursos*
- *Contratación Administrativa*
- *Antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales*
- *Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario*
- *Estudios sobre Derechos Humanos*
- *Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*

Publicaciones jurídicas del IEEM

El Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (IEEM) fue fundado en el año 1986 y desde entonces desplegó una importantísima labor académica en el área del Derecho, entre la que se destaca una serie de publicaciones jurídicas de reconocida valía e importancia.

Entre la creación del IEEM y el momento en que se erige la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, vieron la luz 10 libros relativos a distintas ramas del Derecho, muchos de los cuales tuvieron varias ediciones y otros se encuentran actualmente agotados, sin perjuicio de poderse consultar en las principales Bibliotecas del país.

La nómina de dichos libros es la siguiente:

- 1) DELPIAZZO, Carlos; CAJARVILLE, Carlos; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio.

Recursos administrativos y acción de nulidad

Montevideo, IEEM, 1987

63 págs.

- 2) OLIVERA GARCÍA, Ricardo

Manual de Derecho Bancario Uruguayo, tomo I

Montevideo, IEEM, 1989

237 págs.

- 3) OLIVERA GARCÍA, Ricardo; RIPPE, Sieghert

Evolución y panorama del derecho comercial uruguayo

Montevideo, IEEM, 1989

125 págs.

- 4) DELPIAZZO, Carlos E.

Derecho Informático Bancario

Montevideo, IEEM, 1990

125 págs.

- 5) GROS ESPIELL, Héctor

Mercosur. El Tratado de Asunción

Montevideo, IEEM, 1991

88 págs.

- 6) DELPIAZZO, Carlos E.

Manual de contratación administrativa, 2 tomos

Montevideo, PRONADE - IEEM, 1991

Tomo I, Parte General, 302 págs.

Tomo II, Parte Especial, 320 págs.

- 7) OLIVERA GARCÍA, Ricardo

Banca off-shore en el Uruguay

Montevideo, IEEM, 1991

154 págs.

- 8) FERRERE, Daniel M.

Régimen jurídico de las exportaciones

Montevideo, IEEM, 1992

167 págs.

- 9) BRITO, Mariano R.; CELORRIO, Hernán; DELPIAZZO, Carlos; HALPERIN, David; HUTCHINSON, Tomás; OLIVERA GARCÍA, Ricardo; RUOCO, Graciela; SIENRA, Jorge; VÁZQUEZ, Cristina.

La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur

Montevideo, IEEM, 1993

146 págs.

Montevideo, IEEM, 1993

146 págs.

- 10) COUSILLAS, Marcelo J

Evaluación del impacto ambiental. análisis de la ley

16.466 del 19 de enero de 1994

Montevideo, IEEM, 1994

141 págs.

El primero de dichos libros recoge las conferencias de los Profs. Horacio Cassinelli Muñoz, Juan Pablo Cajarville Peluffo y quien estas líneas escribe, pronunciadas pocos días después de la aprobación de la ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987, relativa a los recursos administrativos y la acción de nulidad. Fue, en su momento, la primera publicación referida a la nueva ley, consecuente al primer evento científico relativo a la misma, realizado en los salones de la Cámara Nacional de Comercio.

El segundo libro constituye la primera obra nacional orgánica en materia de Derecho Bancario, siendo la Parte general de un Manual sobre la materia de más largo aliento, encarado por el Prof. Ricardo Olivera García, primer Catedrático de la asignatura.

El tercer libro publicado por el IEEM fue el resultado del trabajo conjunto de los Profs. Ricardo Olivera García y Sieghert Rippe, reseñando la «Evolución y panorama del Derecho comercial uruguayo».

El cuarto libro, de la autoría del firmante de esta recordación de la producción bibliográfica del antecesor de la Universidad de Montevideo, fue la primera obra nacional de Derecho Informático -novísima disciplina jurídica en esa época- referida específicamente al ámbito de la actividad bancaria, en la cual la Informática tuvo una significativa presencia desde la década de los años ochenta y operó una verdadera transformación operativa.

El quinto libro fue la primera publicación urugua-

ya sobre el Tratado de Asunción, constitutivo del Mercosur, recogiendo la ilustrada exposición que realizara el Prof. Héctor Gros Espiell pocos días después de la celebración de dicho acuerdo internacional de integración de los países de la región.

En sexto lugar, los dos tomos de mi «Manual de Contratación Administrativa» fueron la concreción de una rica experiencia docente desarrollada en el Master respectivo. Merced a una feliz iniciativa del Cr. Alberto Sayagués Areco, entonces Director del recordado Programa Nacional de Desburocratización (PRONADE), se celebró un convenio entre el IEEM y dicho Programa, en virtud del cual éste grabó, desgrabó y publicó las clases de mi curso de Contratación Administrativa. Como resultado del ordenamiento de dicho material, se generó la Parte analítica de cada uno de los volúmenes (el primero referido a los aspectos generales del tema y el segundo centrado en el estudio de los contratos en particular), a la que se agregó una Parte normativa construida a partir del material recopilado en los Repartidos preparados para cada clase.

El séptimo libro fue «Banca off shore en el Uruguay» del Prof. Ricardo Olivera García, también pionero en un tema novedoso sobre el cual, hasta ese momento, prácticamente no se había trabajado entre nosotros.

El octavo libro, «Régimen jurídico de las exportaciones», escrito por el Prof. Daniel Ferrere, fue también

el producto de su curso de Comercio Exterior en el Master del IEEM.

La novena publicación recogió las conferencias pronunciadas por los Profs. uruguayos Mariano Brito, Cristina Vázquez, Graciela Ruocco y quien ésto escribe, y por los Profs. argentinos Hernán Celorio, David Halperin y Tomás Hutchinson, en el marco de las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo (las primeras se habían cumplido en la ciudad de Buenos Aires) organizadas conjuntamente por el IEEM y el Instituto Rioplatense de Derecho Administrativo.

El décimo libro también incursionó en un tema original y de alto interés. Se trató del primer comentario a la ley relativa a «Evaluación del impacto ambiental», y fue producido por el Prof. Marcelo Cousillas, docente del Instituto y especialista en la materia.

La apretada reseña precedente es más que ilustrativa para mostrar no sólo la fecundidad bibliográfica en materia jurídica del IEEM en sus primeros años, sino para advertir lo novedoso de los temas y enfoques abordados por los calificados autores de los mismos.

Seguramente, esa labor inicial ha sido uno de los resortes que ha impulsado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo a continuar en la seria y calificada línea editorial comenzada por su predecesor.

Carlos E. Delpiazzo

Derecho Administrativo de la Regulación Económica

Mariano R. Brito-Carlos Delpiazzo.

Universidad de Montevideo - 1998; 182 págs.

Con base en la realidad, con sus presupuestos socio-económicos, políticos y culturales, y en juicios de valor, determinantes de una concepción de la persona humana, del Estado y las instituciones intermediarias, con sus respectivas misiones, los autores efectúan un interesante análisis de los temas involucrados en el título.

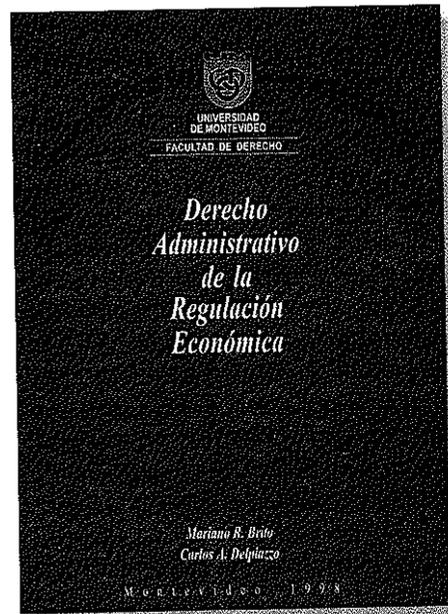
Brito trata las "bases fenoménicas", a saber, *estabilidad política* que permite que la democracia se arraigue; *crecimiento económico*, que determina a la regulación en el sector su movilidad esencial; *mercado*, operador del crecimiento en libertad económica, cuya regulación es precisa para su salvaguarda y potenciación; *transparencia del mercado*, respecto al cual precede considerar las motivaciones humanas y, así, la eticidad de las conductas; el *desempleo y subempleo*, la *revolución tecnológica*; la *solidaridad*, nuevo nombre de la igualdad.¹

También "el nuevo orden económico" mundial y nacional, que lleva a desdibujar las "precisiones de la planificación y dirección (estatal) de la economía"; y los condicionamientos externos del crédito al Estado deudor.

Como "consecuencias" se destacan la alteración de las bases y operaciones del Estado benefactor y la relación de la economía y la moralidad, con el sistema económico de libre empresa y su enjuiciamiento desde la moralidad. La improcedencia de la imposición de un modelo universal en la materia y formas de actuación tales como coordinación, participación personal y social, audiencia pública, apertura a y de la información, etc.

A continuación trata de las "bases constitucionales" de este Derecho. Él se mueve entre los parámetros de la libertad y la autoridad; la cual -a su vez- se legitima por su *finalidad*, por lo mismo, debe procurarse la acción recíproca entre mercado y Estado, para fomentar el desarrollo. Subraya -con razón- que no se trata de elegir entre la intervención estatal y el *laissez faire*, en tanto el mercado que funcione en régimen de libre concurrencia exige un marco regulatorio que precede del Estado, cuya presencia no es de mera sustitución.

El análisis se concreta en el régimen nacional y así en: los *principales a los que se remite orden constitucional*; la di-



mensión *creadora del hombre singular*, que no es sólo administrado, usuario o funcionario (allí efectúa un "reproche" a la generalización de personas públicas no estatales para actividades económicas, al margen de la participación de los interesados y con exclusiva participación estatal), la *inviolabilidad de la dignidad humana*, la cual se relaciona con el siguiente aspecto, la *inviabilidad de técnicas de manipulación genética*.²

También, que *la ley no es soberana*, comentándose el art. 85 ord. 3 de la Constitución en base a J. Jiménez de Aréchaga: la ley es una disposición del poder público que contiene una norma general, pero establecer estas normas de esa índole implica efectuar un juicio sobre si ellas se dirigen realmente a los objetos previstos por esa disposición. Generalidad, pues, de la ley, pero *no universalidad* de materia para la ley. Asimismo los *derechos adquiridos*, incorporados al patrimonio, en virtud de un acto jurídico estatal (ley, sentencia, acto administrativo) y la *preservación de la libertad*, concebida en el régimen nacional como "querer hacer lo que se debe", y -por otro lado- articulada en la persona con su referencia al otro y otros.

Entre las "precisiones consecuentes" menciona la dimensión subsidiaria del Estado, con cometidos de fomento, ayuda, coordinación, pero también el protagonismo estatal, en especial respecto del "establecimiento de reglas operativas del mercado en libertad", con ejercicio del po-

1 De acuerdo con Dromi, de los hombres entre sí, del género humano con la naturaleza, del Estado con otros Estados y sus instituciones sociales. Importa -por tanto- el para que de la regulación económica.

2 Cita a R. Andorno, según el cual a través de esas técnicas se sustituye la procreación humana por la producción humana y la persona viene a resultar un «objeto producido».

der público, en diversas dimensiones, incluso limitadoras, sancionadoras y coactivas.

El Prof. Delpiazzo trata -luego- de la reforma del Estado, precisando que éste es un "ser cometido". En cuanto a su reforma, más adelante aclara que no es una mera reducción, sino un repensar sus relaciones con la sociedad, fortaleciéndose al Estado "en lo que le es propio (particularmente, la fijación de políticas sectoriales y la regulación y control de la actividad privada), y encarar el desafío de la integración".

Entre los "supuestos conceptuales" considera 1= la *privatización*: pasar cosas o actividades del sector público al privado, en el primer caso mediante transferencia de dominio, de su desmembramiento u otras formas, como arrendamiento; en el segundo, a través de supresiones de monopolio, concesiones, etc. 2= la *desestatización*: pasar algo del ámbito estatal al no estatal, lo que no implica necesariamente privatización, como -por ejemplo- a través de la configuración de personas públicas no estatales o la enajenación de empresas nacionalizadas. 3= la *desburocratización*, dirigida a un más eficiente funcionamiento de la Administración, que permita que el público sea realmente el destinatario de sus servicios o prestaciones. 4= la *desregulación*: como conjunto de decisiones y acciones tendientes a dar valor a las reglas del mercado y de la competencia, eliminando normas que obstan a libertad de decisión y comportamiento de los agentes privados. El autor aclara que la normativa constitucional impone mínimos de intervención estatal en la actividad económica. 5= la *descentralización*, entendida en sentido amplio, y no en el estrictamente jurídico, según las normas introducidas en la reforma constitucional vigente desde 1997.

Luego estudia las "técnicas" para la reforma y así las supresiones, concesiones, transferencias (totales o parciales), desmonopolizaciones, fusiones, asociaciones (de origen contractual o no; aplicación del art. 188 de la Carta u otras), transformaciones como las derivadas de la separación entre la actividad prestacional y la de control, que dan lugar a órganos reguladores a los que se trata más adelante.

En otro Capítulo de la obra, el Dr. Delpiazzo considera las transformaciones en la organización de los entes públicos y, con ello, los tipos posibles en virtud del régimen jurídico (público o privado) o de la pertenencia o no a la organización jurídica de la colectividad (estatal o no). Cabe destacar, entre ellos, el de las "entidades privadas estatales", en las que se da una presencia del Estado en sentido amplio, «cualquiera sea el quantum de su aporte».

Distingue las especies de regulación, a saber de *fomento* o *desarrollo*; de *control* o *prevención* (para "impedir la conducta abusiva de quienes producen determinados bienes

o prestan ciertos servicios"); de *solidaridad*, con acciones asistenciales para sectores que lo requieran. Las políticas de desregulación se dirigen a eliminar o atenuar las regulaciones de fomento, por su parte, los órganos reguladores tratan de promover la competencia, asegurar las prestaciones y proteger al usuario mediante fiscalizaciones, sanciones, régimen tarifario, reglamentaciones de seguridad, control y uso de medidores, calidad de prestaciones, entre otras, resolución de controversias, etc.

A posteriori analiza la ubicación orgánica de esos órganos en el régimen nacional, generalmente insertos en el sistema orgánico Poder Ejecutivo, pero con autonomía técnica; la excepción está constituida por el Banco Central del Uruguay, por su carácter de "ente regulador" personificado.

Vuelve sobre el tema en el Capítulo relativo "Perspectiva del usuario", del cual se destaca la mención de principios que rigen la relación de aquél -en amplio sentido- con los entes prestadores privados: obligatoriedad, igualdad, continuidad, regularidad, adecuación al interés general y el examen de medios de tutela, entre los cuales de parte del proveedor el deber "positivo de dar información y consejo", y el "negativo de no guardar silencio sobre situaciones o detalles".

Brito tuvo a su cargo el Capítulo sobre "Transformaciones en la actividad de los entes públicos". Al aludir a la reforma del Estado en este punto, se halla en juego "el restablecimiento del ámbito de la libertad de la persona humana y la proyección necesaria de ésta en el quehacer económico", el papel subsidiario de aquél, pero también "otra piedra angular: el fin público del Estado y sus entes (...) para satisfacer necesidades de la comunidad de los ciudadanos y de las instituciones intermedias".

Se pregunta si cabe la regulación de derecho privado para los entes públicos. Luego de un interesante análisis, teórico y de derecho positivo; de marcar que el ámbito del derecho privado supone la libertad de la persona humana, mientras que el Estado es un ente servicial para el bien colectivo, que nunca puede hallarse en situación de libertad, expresa que "las suyas serán situaciones jurídicas de deber en orden a la consecución de los fines públicos -bien de la comunidad- a su cargo".

A continuación considera la clasificación de los cometidos del Estado en la reciente legislación nacional, señalando que ella no trastorna la tradicionalmente utilizada, con especial origen en el Maestro Sayagués Laso.

De lo expuesto se desprende la riqueza conceptual de la obra y la trascendencia de sus temas, a los que se suma la inclusión de un Apéndice Legislativo de utilidad.

El Derecho de la Integración del MERCOSUR

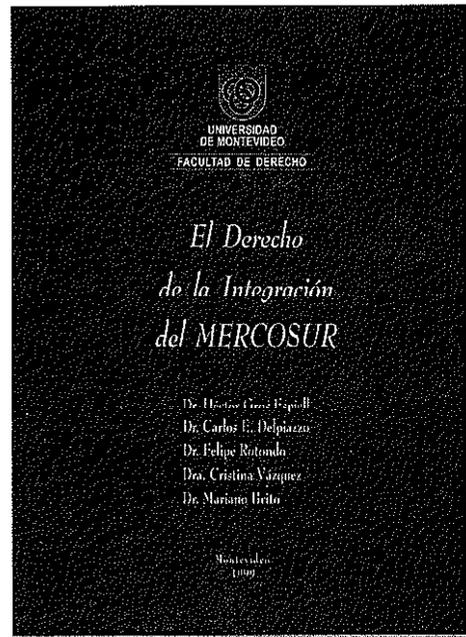
Héctor Gros Espiell - Carlos Delpiazzo - Felipe Rotondo -
Cristina Vázquez - Mariano R. Brito
Universidad de Montevideo - 1999; 230 págs.

En agosto de 1999 la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO publicó el libro EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR. En 230 páginas, cinco autores de primera línea abordan diferentes puntos vinculados al tema del título.

En el Capítulo 1, el autor aborda el tema referido al PROCESO QUE CONDUJO AL TRATADO DE ASUNCIÓN.

Testimonia el autor, que la finalidad del trabajo es relatar el proceso, recordando el trabajo cumplido hasta el momento de la ratificación uruguaya del Tratado de Asunción. Se trata de un resumen cronológico del referido proceso, en la perspectiva uruguaya, comentado por uno de sus principales protagonistas. En primer término, se releva la evolución de la integración subregional, en el período previo a la firma del Tratado de Asunción, ingresando luego al análisis del accionar Gobierno uruguayo. Luego, se destaca la importancia del Comunicado conjunto de Brasilia, emitido por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de Chile, Argentina, Brasil y Uruguay. Asimismo, destaca como antecedente relevante hacia el acuerdo cuatripartito, la reunión de Buenos Aires del 5 y 6 de setiembre de 1990. La nota histórica nos ubica luego en las negociaciones que llevaron a la redacción y firma del Tratado, su aprobación legislativa y la entrada en vigencia.

En el Capítulo 2, el mismo autor analiza la NATURALEZA JURÍDICA DEL TRATADO DE ASUNCIÓN Y DE SUS PROTOCOLOS. El punto de partida de este análisis jurídico esta constituido por la consideración que el Tratado del 26 de marzo de 1991 estableció el embrión de la organización del Mercosur, la que se completa y perfecciona por los protocolos posteriores y el Derecho emanado del accionar de los órganos del sistema, en un proceso que se mantiene abierto. Señala luego los puntos de contacto entre el Tratado de Asunción y el Tratado argentino-brasileño de 1988, dejando planteada una cuestión para la polémica (jurídica y extra jurídica), esto es, la derogación del tratado bilateral, por el Tratado de Asunción. Breve y contundente cuando el autor analiza el Tratado, la soberanía y la independencia de los Estados Partes, afirma: La independencia requiere, para ser real, fundarse en le



desarrollo económico, social y cultural. Un país es más independiente y más soberano cuando tiene una economía sana en proceso de expansión y crecimiento. Un pueblo es más libre, cuando su vida se funda en una situación social que abre perspectivas de una vida mejor. El nacionalismo de hoy se funda necesariamente en la lucha por el bienestar del pueblo, por el fortalecimiento de sus elementos constitutivos y por la afirmación de su cultura. Y todo esto requiere bases económicas, en que se asiente la prosperidad y la perspectiva de una vida plena.

Analiza el objeto y fin del Tratado de Asunción partiendo de la consideración que el Mercado Común es un concepto económico. Toda integración económica se origina y fundamenta en un proyecto político. El Tratado de Asunción adelanta y ahonda el proceso de integración y en la perspectiva de uruguaya implica la aplicación del artículo 50 de la Constitución. Es un tratado internacional cuyo objeto es a creación de un mercado común. El trabajo aborda la cuestión referida a la estructura institucional y la institucionalización definitiva del Mercosur. Señala las consecuencias del reconocimiento de personalidad jurídica del Mercosur como sujeto de Derecho Internacional. Aborda luego diversos temas puntuales, tales como el Derecho de Mercosur, la Aplicación interna del Tratado de Asunción, y las vinculaciones entre este tratado con ALADI y con el GATT. El trabajo culmina con el desarrollo de las características formales del Tratado de Asunción y aspecto de su interpretación.

Los Capítulos 3 y 4 del libro corresponden a trabajos del Dr. Carlos E. DELPIAZZO.

En el primero de ellos refiere al Derecho de la Integración frente a la Constitución uruguaya, comienza con el análisis del art. 6 como base constitucional de la integración, desarrollando luego las Proyecciones de la «cuestión constitucional». En el final de este primer capítulo del autor, se realiza la Prospectiva, en la que se parte de la constatación que al presente no es posible afirmar la existencia de un Derecho comunitario del Mercosur, resultando preferible hablar de un Derecho de la integración en función de la menor intensidad del proceso de integración económica regional.

En el segundo capítulo del mismo autor (Capítulo 4 de la obra) se aborda el análisis de las FUENTES DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN.

El desarrollo del llamado Derecho de la integración en el ámbito del MERCOSUR ha aparejado un aporte creador de normas jurídicas constitutivas de un ordenamiento jurídico nuevo, es lo que el Dr. DELPIAZZO denomina el Mercosur como creador de Derecho.

El Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, establece el primer enunciado del ordenamiento de fuentes del Mercosur, a partir de allí el autor detalla la construcción del nuevo ordenamiento jurídico.

Dentro del fenómeno de la producción del Derecho se aborda el estudio sintético de las diferentes fuentes: Tratados, Decisiones, Resoluciones, Directivas, otras fuentes. Seguramente, para marcar su importancia, el autor deja para el final el análisis de los Principios Generales de Derecho. Tal percepción se corrobora con la lectura del último párrafo del numeral siguiente de la obra, en el que se afirma que los Principios Generales de Derecho participan de la máxima jerarquía normativa. De singular importancia resulta el último numeral de capítulo, referido a la aplicación de las normas en estudio, plantándose la cuestión del relacionamiento jurídico del Mercosur y el Derecho interno de cada uno de los países participantes, lo que enfrenta al intérprete a la denominada "cuestión constitucional"

En el quinto capítulo de la obra el Dr. Felipe Rotondo encara el tema referido a la organización del Mercosur.

Entre los temas a estudio, incluye el de la personalidad jurídica del Mercosur. En segundo término se incluye un muy interesante análisis de sus órganos, clasificándolos en función de diversos criterios. En primer lugar los clasifica "Por sus funciones", luego "por la generalidad o especialidad de la competencia", "por la posición institucional", "por la Proyección de su acción", "Por su forma (es decir por la exterioridad o apariencia de los órganos)", "por la forma de creación", "por si son necesarios o facul-

tativos", "por si son órganos ordinarios o extraordinarios".

A continuación aborda el análisis de la integración de los órganos del Mercosur, la cual, según el autor, condice con su naturaleza, en cuanto no son órganos supranacionales. Uno a uno se describe la integración de todos sus órganos: El Consejo, el Grupo Mercado común, la comisión de comercio, la Comisión Parlamentaria conjunta, el Foro Consultivo Económico-Social, la Secretaría Administrativa y El Tribunal Arbitral. Por último se estudia la distribución de la competencia.

La participación del Dr. Rotondo en este trabajo conjunto, se complementa con el trabajo sobre responsabilidad del capítulo 8, que veremos más adelante.

El sexto y séptimo capítulo corresponden a la autoría de la Dra. Cristina Vázquez, ambos refieren a la ACTIVIDAD DEL MERCOSUR.

Siguiendo la estructura de la teoría de la actividad, en el capítulo sexto se aborda el estudio de las funciones, cometidos y fines. Aborda en primer lugar el concepto de funciones jurídicas y sus diversas especies, para luego analizar, las funciones a cargo de los órganos del MERCOSUR, encarándose el estudio según las funciones de cada uno de los órganos. En el numeral siguiente estudia los cometidos, abordando su concepto y describiéndose, luego, las diversas categorías. Dentro de los cometidos del Mercosur se estudian los Cometidos esenciales, los Servicios públicos, los servicios sociales y la Actividad económica. En el último numeral del capítulo sexto, la Dra. Vázquez aborda el tema de los fines. El término fin, expresa la autora, aparece como una noción metajurídica, que plantea una perspectiva casi filosófica, vinculándose a logros últimos que las entidades se proponen en función de determinadas concepciones. Y agrega: la concepción adoptada acerca de los fines determina la extensión de los cometidos que el Derecho asigna a las entidades. El estudio incluye también, un breve análisis de "Las libertades fundamentales": Libre circulación de bienes, Libre circulación de personas, libre circulación de servicios.

En el capítulo séptimo, siguiendo el mismo criterio (teoría de la actividad) se estudian los procedimientos y los contratos.

El estudio se divide entre el Procedimiento general y Procedimiento especiales. Dentro del primero se estudian los Principios generales del ordenamiento aplicables al procedimiento administrativo; entre ellos: Debido procedimiento o derecho de defensa, derecho al honor y a la dignidad y presunción de inocencia, imparcialidad, seguridad, buena fe y presunción de verdad salvo prueba en contrario. Dentro de los Principios propios del procedimiento administrativo se tratan el legalidad objetiva Verdad material, impulsión de oficio delegación material.

Los Procedimientos especiales analizados en este trabajo son: el Procedimiento de solución de controversias y el Procedimiento para asegurar la vigencia simultánea de las normas en los Estados Partes.

Siguiendo el estudio del Protocolo de Brasilia se analizan dentro de los Procedimientos de solución de controversias: el procedimiento de solución de controversias entre Estados partes, el procedimiento de reclamos de particulares, y las reclamaciones ante la Comisión de comercio del MERCOSUR. Concluye el análisis de los procedimientos, con el destinado a asegurar la vigencia simultánea de las normas en los Estados Partes.

El último numeral refiere a la Contratación, formulándose consideraciones y estudiando particularmente la Contratación pública.

En el capítulo 8 el Dr. Felipe Rotondo, agrega un trabajo sobre Responsabilidad en el MERCOSUR. Expresa el autor que la responsabilidad es un instituto que atraviesa todo el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, también el derecho de la integración y el comunitario. El estudio parte de la constatación que en el Mercosur existe una adhesión a los principios del Estado de Derecho y este comprende la responsabilidad de todos los sujetos intervinientes.

En primer lugar se analiza la solución de principio en la materia, en particular el Principio de Responsabilidad desarrollado en el Protocolo de Brasilia, y el desarrollo de dicho responsabilidad, con la normativa del Tratado de Ouro Preto, como consecuencia del reconocimiento de la personería jurídica.

En segundo lugar, el Dr. Rotondo el estudio de los medios con que se desarrolla la responsabilidad. En virtud de la naturaleza de los sujetos de derecho de que se trata - expresa el autor - cabe en primer lugar la responsabilidad del derecho internacional público, la cual se regula esencialmente por los tratados que se celebren entre ellos. En cuanto a la eficacia de del derecho derivado, entiende que los particulares sólo podrían quedar afectados por el derecho interno de un Estado miembro, al in-

corporar una norma del Mercosur. Se destaca, asimismo que la responsabilidad del Estado puede configurarse por actos u omisiones de cualesquiera de sus órganos, en ejercicio de diversas funciones jurídicas. El trabajo finaliza con la perspectiva uruguaya de la cuestión, en aspectos relacionados directamente con la legislación y jurisprudencia.

El Dr. Mariano Brito aborda la cuestión referida a la Solución del controversias en el Mercosur.

El estudio inicia con una delimitación conceptual de base. La primer interrogante que se plantea es si puede estimarse que el Tratado de Asunción y sus Protocolos y Acuerdos complementarios instauran un régimen jurídico supranacional y un derecho comunitario de la región. Para ello plantea y da respuesta a otras interrogantes: qué se entiende por supranacionalidad y qué por Derecho Comunitario. Concluye que el Mercosur no constituye un orden jurídico supranacional.

En la segunda parte del trabajo, en un encuadre de proyección jurídica, el objeto de la investigación es el ámbito material o de derecho sustantivo. Señala el Dr. Brito que no existe en el Tratado de Asunción ni en los consecuentes (Acuerdos y Protocolos) un órgano jurisdiccional habilitado para decir el derecho con fuerza de verdad legal y autoridad de cosa juzgada. El sistema carece de un tribunal de justicia. Y agrega: En el ordenamiento jurídico del Mercosur el derecho derivado no podrá ser objeto de aplicación directa. Antes de desarrollar la conclusión de la investigación, el autor refiere a las dos especies de "Solución de controversias" contempladas en el Protocolo de Brasilia: las que surgen entre los Estados partes y las que resultan de reclamos de particulares.

El capítulo 10 se incluye un apéndice de normas fundamentales: Tratado de Asunción, Protocolos de Brasilia de Ouro Preto y de Ushuaia, y el Reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias.

Manuel Javier Paolino

Anteproyecto de Ley de Concursos

Ricardo Olivera García

Universidad de Montevideo - 1999; 444 págs.

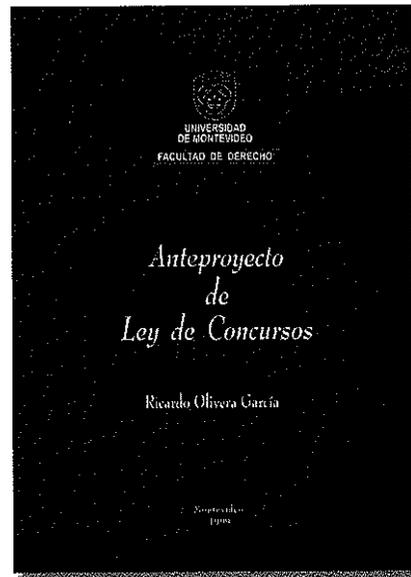
La materia concursal ha tenido muy pocas actualizaciones o modificaciones en la historia del derecho comercial uruguayo. Luego del régimen del Código de Comercio de 1867, modificado en sus aspectos sustanciales en el año de 1900 – alcanzando tanto a la quiebra como al concordato – y en el año de 1916 – en relación con el procedimiento de concordato preventivo –, se puede identificar el agregado de dos procedimientos característicos de concordatos en el año de 1926, como lo son el concordato privado y el concordato de liquidación. En todo el resto del siglo XX no existió reformas consistentes del sistema concursal.

Estudiando derecho comparado se puede apreciar que en la mayoría de los países dicha reglamentación ha sido periódicamente actualizada desde los primeros textos del siglo XIX. Es muy distinta la situación en el Uruguay. A pesar de las diversas propuestas que han existido durante el siglo veinte no se ha llegado a actualizar sustancialmente la materia. La Ley N° 17.292 de 25 de enero de 2001 ajusta algunos aspectos en procura de un mayor dinamismo en la aplicación de la normativa, pero tampoco atiende a fondo la solución de los problemas del sistema concursal nacional.

En el marco de las propuestas desarrolladas por expertos en materia concursal se encuentra el trabajo del Dr. Ricardo Olivera García, publicado en definitiva por la Universidad de Montevideo en el año de 1999. Se trata del producto de una actividad contratada por el Poder Ejecutivo por resolución N° 1813/997 del 30 de abril de 1997 cuyo objeto fue la preparación de un Proyecto de Ley de Quiebras y Concordatos Preventivos para el Uruguay. Dicho proyecto se realizó en el marco del Programa de Reformas del Sector de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas (Préstamo BID 704/OC-UR).

El autor toma por antecedentes su experiencia en dos trabajos anteriores: en 1981 preparó conjuntamente con el Dr. José A. Ferro Astray un Anteproyecto de Ley de Concurso Preventivo, que luego fue tomado como base al Proyecto de Ley presentado al Consejo de Estado; en 1993 realizó un trabajo de investigación encargado por el Centro de Estudios de la Realidad Económica y Social (CERES) sobre el funcionamiento de los procedimientos concursales en la realidad judicial de nuestro país.

La experiencia de tales investigaciones, además del constante estudio del autor como abogado de nuestra plaza y profesor de derecho comercial, dieron pie para imaginar



planificar e implementar el completo estudio y propuesta en el que consiste la publicación que comentamos.

El estudio se divide en cuatro partes: I. Análisis de la realidad uruguaya en materia concursal; II. Análisis de la regulación concursal en el derecho comparado; III. Principios y bases del proyecto de reforma; IV. Exposición de motivos y anteproyecto de ley.

La primera parte, de análisis de la realidad uruguaya en materia concursal, recoge y actualiza el trabajo realizado en el año de 1993, ya mencionado. Consiste en un diagnóstico de la situación nacional en cuanto a los procedimientos en materia de concordatos y quiebras. Comienza por un estudio conciso de la situación normativa vigente a la época, para luego analizar los tiempos que toma el efectivo cumplimiento de los plazos y etapas judiciales. Se toma para dicha comparación cinco momentos: antes de 1933, de 1933 a 1972, de 1972 a 1989, de 1989 a 1992 y de 1993 a 1996. Se agrega además un estudio cuantitativo y cualitativo de la experiencia de aplicación del régimen de concordatos y quiebras en materia comercial.

La segunda parte, plantea un análisis de la regulación concursal en el derecho comparado. Dicho trabajo se realiza a partir de una selección de textos legales, algunos vigentes y otros en proyecto, de regímenes representativos que cubren la situación latinoamericana, europea y de Estados Unidos de Norteamérica. Los textos legales vigentes analizados son de los siguientes países:

1. Alemania, "Insolvenzordnung" (Ordenanza de Insolvencia) del 5 de octubre de 1994;
2. Argentina "Ley de concursos y quiebras" N° 24.522 de 18 de agosto de 1995;

3. Brasil, Decreto-ley N° 7.661 de 21 de junio de 1945 "lei de falencias";
4. Colombia, Ley N° 222 del 20 de diciembre de 1995;
5. Chile, Ley N° 18.175 de 13 de octubre de 1982;
6. Estados Unidos de Norteamérica, "Title 11" del United States Code;
7. Francia, Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984, sobre prevención y composición amigable de las dificultades de la empresa, Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 sobre saneamiento y liquidación judicial de las empresas, y modificativas;
8. Italia, Real Decreto Número 267 de 16 de marzo de 1942 sobre la disciplina de la quiebra, del concordato preventivo, de la administración controlada y de la liquidación forzosa administrativa y Decreto ley Número 26 de 30 de enero de 1979, convertido sucesivamente en ley, que reglamenta las administraciones extraordinarias de las grandes empresas en crisis;
9. Paraguay, ley de quiebras N° 154 del 9 de diciembre de 1969;
10. Portugal, Decreto-ley 132/93 de 23 de abril de 1993.

Se contempló el estudio de tres proyectos de ley que sitúan al lector claramente en las tendencias modificatorias de la época:

1. Proyecto de ley brasileño, Proyecto de Ley N° 205 de 1995, en versión del 4 de diciembre de 1996;
2. Proyecto de ley español, del Dr. Angel Rojo;
3. Proyecto de Convenio de la Unión Europea, relativo a los procedimientos de insolvencia.

En relación con esta documentación se analizaron muy diversos aspectos, que incluyen -en cuanto a la quiebra: datos generales comparables como denominación, órganos existentes y su regulación, presupuestos, juez competente; aspectos de procedimiento como la legitimación, contenido del auto declaratoria de la quiebra, efectos de la declaración, composición de la masa activa y de la masa pasiva en cada caso, regulación de la liquidación y sus alternativas; alternativas no liquidatorias a la quiebra; suspensión; rehabilitación del fallido; calificación de la conducta del quebrado; regulación de la quiebra internacional. En cuanto a los sistemas preventivos se comparó: diversos aspectos de la presentación de la propuesta; efectos de la presentación; procedimientos; verificación de los créditos; intervención; mecanismos de adhesión de los acreedores; diversos contenidos de la propuesta preventiva; efectos del incumplimiento; y previsiones sobre el agrupamiento de sociedades. Toda esta información aparece analizada esquemáticamente por texto legal, así como condensada en un estudio de derecho comparado que contrasta todas las soluciones.

La tercera parte del libro se ocupa de los principios y bases del proyecto de reforma. En esta instancia se presen-

tan y justifican las grandes opciones que luego aparecen en la propuesta de reglamentación. Los principios sobre los que se edifican las bases que dan lugar al anteproyecto presentado incluyen los siguientes: unificación de los procesos civiles y comerciales, procedimiento único con diferentes alternativas, facilidad y temporaneidad de acceso al concurso, rapidez de los procedimientos, mantenimiento de la actividad económica viable, adjudicación de la empresa en marcha, reducción de los privilegios y creación de la categoría de créditos subordinados, calificación del concurso sin figuras penales específicas para los deudores, mantenimiento del acuerdo extrajudicial, liberación del deudor luego de un período de suspensión, regulación de los pequeños concursos, necesidad de especialización de magistrados y auxiliares.

Finalmente, la cuarta parte, presenta la exposición de motivos y el anteproyecto de ley de concursos, desarrollado en quince títulos y doscientos cincuenta y cinco artículos, en los cuales se recogen los lineamientos sustanciales y procedimentales más modernos en la materia, adaptados a la realidad nacional y regional.

Es de destacar que tanto las bases como el anteproyecto se discutieron con prestigiosas figuras del ámbito económico y jurídico, tanto nacionales como internacionales. El Dr. Olivera realizó consultas a efecto con: el Dr. Angel Rojo Fernández Ríos, profesor de derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid; los economistas Rafael Laporta Drago y Florencio López-de-Salinas, profesores de la Escuela de Economía de la Universidad de Harvard; el Dr. Ernesto Talvi, uruguayo y director de CERES; Dres. Héctor Alegría, Edgardo Marcelo Alberú y Efraín Hugo Richard, profesores argentinos de derecho comercial; y el Dr. Luis Torello, profesor de Derecho Procesal en la Universidad de la República, exPresidente de la Suprema Corte de Justicia y coautor del Código General del Proceso.

El trabajo terminado fue presentado al Poder Legislativo en el año de 1998, cumpliendo con el cometido de interés nacional que le dio origen. Sin perjuicio del destino que finalmente tenga, su difusión cumple, en nuestra opinión, una indudable función doctrinaria y cultural. La función doctrinaria se hace evidente en cuanto constituye un valioso apoyo para el estudio del derecho concursal moderno: el lector podrá encontrar diversos regímenes de derecho comparado analizados y verá la justificación de diversos institutos en cuanto a su posible adopción para la realidad nacional. La función cultural implica el acercar argumentos de reflexión y discusión acerca de un tema de tanta relevancia para la vida empresarial y para las inversiones nacionales y extranjeras que merece que algún día sea atendido suficientemente por el legislador uruguayo.

Beatriz Bugallo

Contratación Administrativa

Carlos E. Delpiazzo

Universidad de Montevideo - 1999; 544 págs.

El autor es profesor de Derecho Público de la Universidad de la República y de Derecho Informático en la misma Universidad y en la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga. Es asimismo director del Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo y profesor de la materia "Contratación Administrativa"

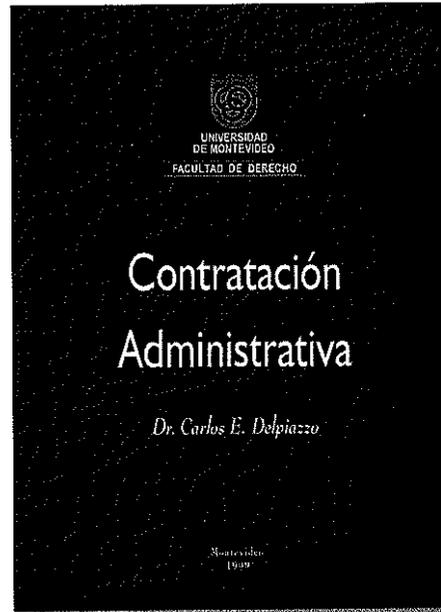
Su extenso conocimiento del Derecho Administrativo se nutre no sólo de sus prolongados y activos antecedentes académicos, sino además de una prolongada experiencia en el asesoramiento de empresas en temas de Derecho Administrativo, y en el desempeño de cargos dentro de la Administración, incluyendo la titularidad del Ministerio de Salud Pública.

En el año 1991, el autor publica el tomo I del "Manual de Contratación Administrativa", editado por el Programa Nacional de Desburocratización. Se trata de una versión de las clases sobre la parte general del curso "Contratación Administrativa" dictado en el Master de Derecho de la Empresa del entonces Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo IEEEM (actualmente Universidad de Montevideo). La versión de dichas clases fue enriquecida por el autor con profusa bibliografía tanto general como especial en cada capítulo y un amplio anexo normativo referido a los temas tratados en la obra. Este primer tomo fue objeto de dos ediciones posteriores.

En 1993, el autor publica el tomo II del citado manual, siguiendo la tradición del primer tomo, incluyendo las clases referidas a la parte especial del curso "Contratación Administrativa", con referencia a los contratos especialmente considerados. Este segundo tomo cuenta, como el anterior, con una abundante bibliografía tanto general como especial, y un completo apéndice normativo referido a los temas comprendidos en la obra.

En 1999, el autor publica la obra "Contratación Administrativa", editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Si bien la citada obra incluye los temas tratados en los dos tomos del anterior Manual de Contratación Administrativa, no se trata de una simple recolección del material incluido en los mismos.

Desde la publicación de las obras anteriores se produjeron cambios tales como la reforma del Estado y



los progresos del Mercado Común del Sur, así como también como cambios en la órbita académica que refieren a la creación del Master en Derecho Administrativo Económico en la Universidad de Montevideo.

Todos esos fenómenos, son procesados en la visión atenta del autor, dando como resultado una obra que recoge dicha dinámica y se enriquece de la misma, adquiriendo aún mayor actualidad.

Se trata de una visión comprensiva, sistemática y ordenada, (características connaturales al autor), del fenómeno de la contratación en la que intervienen las distintas Administraciones.

En lo que se puede clasificar como la parte general de la obra (capítulos I al VII), el autor analiza los siguientes temas:

- Los elementos esenciales del contrato;
- La formación del contrato, con especial análisis de las normas vigentes sobre la forma de celebración del mismo y de la licitación pública como requisito necesario para ciertos contratos;
- La ejecución del contrato con sus caracteres, eventuales vicios e impugnación de los administrativos dictados en la fase de formación así como de ejecución del contrato, explicando las tesis de los actos separables y coligados, y la procedencia de la impugnación de actos contrarios al contrato, entendiéndose a éste como regla de derecho.

Se incluyen como novedad en la parte general del presente trabajo, apéndices referidos a temas de extrema actualidad:

- que refiere a la probidad en la contratación admi-

nistrativa. Este apéndice incluye la Convención Interamericana contra la corrupción y la Ley 17.060 anticorrupción (también denominada "Ley Cristal");

- Apéndice al capítulo sobre los elementos esenciales del contrato, que refiere a la contratación con funcionarios dependientes: uno de los mecanismos de la reforma del Estado. Este apéndice analiza la excepción al artículo 43 del TOCAF (sujetos con los que no puede contratar la Administración), prevista en el artículo 13 de la Ley 16.736.
- Apéndice al capítulo de formación del contrato, que se refiere a la contratación administrativa en expediente electrónico, tendiente a lo que se ha dado en llamar la "despapelización" de la Administración.
- Apéndice al capítulo de licitación pública, referido a la negociación en la contratación administrativa tanto en la fase preparatoria con potenciales oferentes, como en la fase esencial mediante las negociaciones reservadas y paralelas previstas en el artículo 57 del Tocaf, y como en la etapa de discusión del contrato concreto.
- Apéndice al capítulo de procedimiento licitatorio, referido a la distinción necesaria entre "oferta admisible" y "oferta conveniente" y la necesidad de la distinción clara que las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones deben realizar a este respecto.
- Apéndice al capítulo de ejecución del contrato, referido a la consideración del contrato de la Administración como regla de Derecho, con especial referencia a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 490 del 24/11/1966, que declaró inconstitucional el artículo 345 de la Ley 13.318, y a la posterior jurisprudencia (a partir de la Sentencia N° 250 de 30/10/85) de la Suprema Corte de Justicia, que en fallos de Casación sobre temas diversos, apoya la tesis amplia de "Regla de Derecho" comprensiva de los contratos.
- Apéndice a la extinción del Contrato, referido al arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur, con referencia tanto al panorama regional como al patrio.
La parte especial de la obra referida a los contratos de la Administración comprende el tratamiento de:
 - Obras Públicas, incluyendo dentro de dicho capítulo al contrato de obra pública y al contrato de concesión de obras públicas, con un apéndice referido a las obras públicas en las economías integradas y en especial a los aspectos jurídicos de las obras binacionales.
 - Contratación de suministros, que incluye como apéndice al pliego Único de bases y condiciones generales para los contratos de suministro y servicios no personales.
 - Contratación de servicios no personales, con especial tratamiento del contrato de concesión de servicio público y las responsabilidades emergentes del mismo y de otras modalidades de contratos, así como al análisis de los monopolios y su extinción.
 - Contratación de servicios personales, tales como los de consultoría, y función pública.
 - Contratación de medios económicos: contrato de préstamo y empréstito, incluyendo un apéndice sobre contratación administrativo internacional.
 - Contratos asociativos, incluyendo sociedades de economía mixta y otras formas asociativas, así como un apéndice sobre el procedimiento para la selección de socios.

En suma, se trata de un valioso aporte a la bibliografía nacional, una obra obligada de la biblioteca administrativa, y una herramienta muy valiosa por lo comprensiva y minuciosa para quienes estudian y para quienes practican el Derecho Administrativo.

José Luis Echevarría Petit

Antecedentes, Fuentes y Concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales

Ricardo Olivera García, Dante Barrios, Beatriz Bugallo, Mariela Castaño, Enrique Falco, Marcelo Lasowski.
Universidad de Montevideo - 1999; 237 págs.

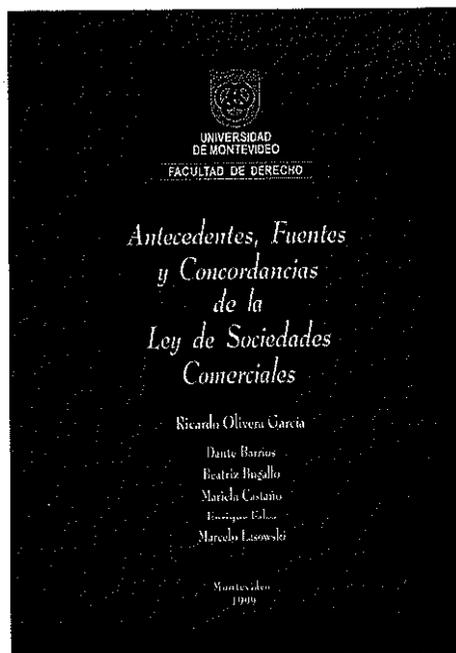
La reforma del derecho societario uruguayo era un problema de solución ineludible en la década de los ochenta del siglo XX. La normativa vigente en la época estaba sustentada en el texto original del Código de Comercio de 1867 y complementada por numerosas disposiciones posteriores, tales como la ley que introdujo en el derecho uruguayo la sociedad de responsabilidad limitada y las que iban agregando o modificando sucesivamente aspectos relacionados con la sociedad anónima. Este conjunto de disposiciones dispersas no podía acompañar ya el desarrollo comercial del Uruguay.

En este contexto, luego de varias iniciativas e instancias de intercambio entre los sectores interesados, es aprobada la ley N° 16.060, que reforma integralmente la regulación jurídica de las sociedades comerciales, presentado una sistematización adecuada, modernizando aspectos de estructura y funcionamiento de las sociedades comerciales e introduciendo la regulación de figuras asociativas como grupos de interés económico y consorcios en nuestro derecho.

La aparición de la nueva ley dio lugar a profundas reflexiones en la doctrina uruguayo. Del derecho societario de base decimonónica se pasa a normas actualizadas para cuya formulación el legislador recurrió a diversas fuentes contemporáneas. El estudio de las nuevas normas y su interpretación, resulta ardua por la variedad de referencias para el estudio y por la complejidad de la temática que enfrenta el operador jurídico no habituado a la investigación en derecho comercial.

En este contexto aparece el estudio publicado por la Universidad de Montevideo, como una forma de contribuir a una aplicación sistematizada y más sencilla para el intérprete del derecho societario uruguayo.

Estamos ante una obra colectiva, cuyo objetivo es presentado por su director, el Dr. Ricardo Olivera García, cuando explica que "pretende poner a disposición del intérprete de la Ley de sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios (N° 16.060 del 4 de setiembre de 1989) una serie de elementos necesarios para una correcta comprensión y aplicación de la misma".



El trabajo se plantea en dos partes.

En primer lugar, se encuentra una obra doctrinaria cuya autoría corresponde al Dr. Olivera, en el cual presenta y analiza diversos elementos para la interpretación de la Ley de Sociedades Comerciales. El autor comienza explicando los diversos métodos de interpretación de la norma jurídica en general, recurriendo a autores clásicos en la materia como García Maynez, Radbruch, Geny, Saleilles, Kelsen y Cossio. Seguidamente analiza el método de interpretación normativa que establece el derecho uruguayo, acompañando las opiniones de Eduardo Jiménez de Aréchaga y Enrique Véscovi. Finalmente, he aquí su aporte más innovador, dimensiona la labor de interpretación normativa a la materia societaria.

De esta forma, afirma que la interpretación consistirá "en la determinación del sentido de la ley, de la ratio legis, en el marco metodológico establecido por las normas", marco que deberá ser determinado acudiendo "a. Al tenor literal de las normas. b. Al contexto normativo. c. A la historia fidedigna de la sanción." A efectos de facilitar el recurso a tales factores, explica sus lineamientos generales tratando particularmente el marco normativo anterior a la ley, el proceso de sanción de la ley y las fuentes de la ley. Resulta, asimismo, particularmente destacable el análisis que acompaña de los principios generales de la nueva ley: decadencia del contractualismo, desmistificación de la personalidad jurídica, am-

pliación de la comercialidad, conservación de la empresa, protección de las minorías, previsión de los procesos de concentración empresarial y los comentarios correspondientes a la aplicación del concepto de orden público en el marco de la ley N° 16.060.

Concluye el Profesor que "la utilización de una adecuada metodología interpretativa resulta esencial para una correcta y eficiente aplicación de la Ley de Sociedades Comerciales."

En segundo lugar, se encuentra la investigación propiamente dicha sobre los antecedentes, fuentes y concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales. El trabajo consiste en la identificación de los antecedentes de discusión parlamentaria, las fuentes y los artículos concordantes en los demás países del Mercosur de cada uno de los artículos de la Ley de Sociedades Comerciales.

En cuanto a los antecedentes de discusión parlamentaria, se ubica por su número de carpeta y página el tratamiento de cada tema en la Comisión Especial de la Cámara de Representantes creada especialmente para tratar el proyecto de ley, así como en la Comisión del Senado y los plenarios de Cámara de Representantes, Cámara de Senadores y Asamblea General. En este elenco documental se encuentra la historia fidedigna de la sanción de la norma, elemento clave para la interpretación normativa según nuestro sistema legal.

Las fuentes que se atribuyen a cada artículo derivan, no solamente de las afirmaciones realizadas en la Exposición de Motivos de la ley, sino también de la búsqueda realizada por los investigadores en los textos societarios más señeros. Entre las fuentes citadas destacan por su frecuencia las leyes argentinas de sociedades, la ley bra-

sileña de sociedades anónimas, el proyecto de ley del Prof. Sagunto Pérez Fontana, la legislación societaria española y la legislación francesa, pero también - en alguna ocasión - se encontró la fuente de las disposiciones societarias nacionales en el Codice Civile italiano, la "Aktiengesetz" de 1966, o la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades comerciales de Montevideo, 1979. Asimismo, es de destacar que en varias ocasiones se mantuvo soluciones nacionales, ya consagradas en la legislación vigente hasta la época y que, en numerosas ocasiones, la solución definitiva fue originaria de los legisladores nacionales.

Es particularmente destacable el trabajo realizado en torno a las fuentes en tanto verdaderas "llaves" para el estudio del instituto correspondiente, dado que su individualización permitirá recurrir oportunamente a la doctrina apropiada en búsqueda de la mejor aplicación de la norma nacional.

Por su parte, las concordancias de los diversos artículos con la legislación de los países del Mercosur, considerado éste en su más amplia extensión (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, más Bolivia y Chile), facilitan al profesional la búsqueda de información correspondiente en los países de la región.

En definitiva, el libro publicado constituye una herramienta dinámica tanto para el investigador de derecho comercial como para el profesional consultante o litigante, quienes disponen de una guía eficiente de los elementos necesarios para la interpretación de la ley N° 16.060.

Beatriz Bugallo

Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario.

Ramón Valdés Costa

Universidad de Montevideo - 1999; 63 págs.

Resulta un honor para mí el haber sido encomendado para comentar la publicación de referencia, la cual, por su parte, constituyera el homenaje póstumo que la Universidad de Montevideo dignó realizarle a la figura humana, profesional, académica y docente del Dr. Ramón Valdés Costa.

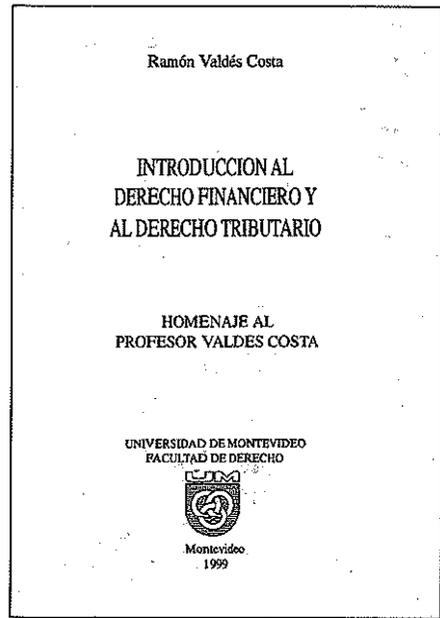
Esta publicación recoge la versión de las dos últimas clases dictadas por Valdés Costa en el año 1997, en las cuales abordara aquellos temas fundamentales que presidieron su pensamiento jurídico: (a) la reivindicación del fenómeno financiero como objeto de la ciencia jurídica, y (b) muy especialmente la defensa del Derecho Tributario Material como rama jurídica autónoma, en cuyo marco reivindica los tres principios fundamentales de esta rama, el de legalidad, el de igualdad y el tutela jurisdiccional (aunque en estas clases el Prof. Valdés Costa se refirió solamente a los principios de legalidad y tutela jurisdiccional).

Como afirma su colega, discípulo y amigo Dr. Juan Carlos Peirano Facio en la semblanza que oficia de prólogo de la obra que comentamos, desde 1946 bajo la influencia del Maestro italo-argentino Dino Jarach, Valdés Costa sintió la necesidad de profundizar el estudio del aspecto jurídico de la actividad financiera diferenciándolo del análisis que corresponde al ámbito de la economía financiera y la política financiera. Profundamente convencido de este punto, hizo de su especialidad una ciencia jurídica.

Respecto del Derecho Tributario Material como rama jurídica autónoma, Valdés Costa resultó ser tal vez su más destacado defensor dentro del concierto latinoamericano, reivindicándole para sí la existencia de institutos, principios y conceptos propios. Fuertemente influido por las enseñanzas del jurista francés Trotabas, Valdés Costa reivindicó la no sumisión de esta rama jurídica respecto del Derecho Civil, en especial al momento de la interpretación, integración y calificación de la norma tributaria material.

Sus postulados en este tema fueron reconocidos de inmediato por la doctrina latinoamericana mas recibida, siendo recogidos en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Montevideo en 1956.

Del mismo modo, su concepción autonomista se



refleja en el Modelo de Código Tributario para América Latina y en todas las legislaciones tributarias nacionales inspiradas en dicho modelo, siendo nuestro Código Tributario un fiel ejemplo de ello.

En cuanto a la defensa de los principios fundamentales del Derecho Tributario, la labor de Valdés fue muy vasta, la cual viera su punto mas alto en lo que muchos consideran su obra cumbre "Instituciones de Derecho Tributario" publicada en 1992.

En esta "Introducción al Derecho Financiero y al Derecho Tributario" se puede percibir como el Prof. Valdés Costa hacía gala de su vasto conocimiento en la materia, brindando a sus alumnos un pormenorizado análisis respecto del contenido y los antecedentes históricos en que se fundan los principios de legalidad y tutela jurisdiccional.

Con la calidad que lo destacaba, Valdés Costa consideraba al principio de legalidad como un límite fundamental a la potestad tributaria que debe imperar en un Estado de Derecho, por el cual todos los aspectos relativos a la estructura y cuantía del tributo solo pueden ser regulados por la ley.

Respecto del principio de tutela jurisdiccional, el mismo informa el derecho que tienen las partes integrantes de una relación jurídica tributaria de dirimir sus contiendas ante tribunales independientes, imparciales y especializados.

Como afirmaba Valdés, en materia tributaria, esta garantía de tutela jurisdiccional tiene una especial tras-

endencia, por cuanto aquí el Estado aparece en su triple condición de: creador de la obligación tributaria (función legislativa), acreedor de la misma (función administrativa), y juzgador de las controversias que se puedan plantear con los particulares a raíz de dicha obligación (función jurisdiccional).

Sin perjuicio de destacar el invalorable aporte académico contenido en esta publicación, cuya sucinta referencia de los temas principales formuláramos precedentemente, corresponde resumir aunque mas no sea muy brevemente el legado que le dejó al mundo jurídico el Prof. Ramón Valdés Costa.

Su profusa obra docente y académica se inicia en el año 1946, en oportunidad de su vinculación a la cátedra de Derecho Financiero, asumiendo de inmediato la titánica tarea de reformar el contenido de la asignatura. Dicho afán motivó el inmediato surgimiento de las versiones corregidas de sus clases magistrales y de una numerosa cantidad de artículos que sentarían las bases de sus futuras obras que lo consagrarían como una de las principales figuras de Derecho Tributario tanto a nivel nacional como internacional.

En 1950, junto con otros colegas de similar empuje, fundó el Instituto Uruguayo de Derecho Tributario, que en el año 1976 se transformara en el Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios al permitirse cabida a los profesionales de ciencias económicas, del cual fuera designado posteriormente Presidente Honorario.

Su invalorable ambición académica motivó a que en 1956 convocara a especialistas de derecho tributario de latinoamérica a una reunión en Montevideo para lo que sería la citada Primera Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario, a los efectos de analizar aquellos temas fundamentales del Derecho Tributario.

Es en dicha reunión que se resuelve la creación del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario ("ILA-DT"), el cual fuera formalmente creado en 1958. El invalorable aporte humano y académico de Valdés al ILA-DT, motivó a que en 1983 fuera designado Presidente Honorario del mismo.

Otro mojón trascendente en la carrera del Prof. Valdés Costa lo constituyó su designación en 1964, junto

con el Prof. argentino Carlos María Giuliani Fonrouge y el Prof. Brasileño Rubens Gomes de Souza (en el marco del Programa Conjunto de Tributación dirigido por la OEA y el BID) para la elaboración del Modelo de Código Tributario para América Latina. Este Modelo constituye la base de aproximadamente una decena de los códigos tributarios nacionales actualmente vigentes en América Latina.

Asimismo, la figura del Prof. Valdés Costa traspasó las fronteras de nuestro continente para tener un alcance mundial. A principios de la década del 60 se vincula a la International Fiscal Association ("IFA"), en donde propone y logra organizar en Montevideo en el año 1968, el primer congreso de esta organización que se realizó fuera del viejo mundo. En 1984 fue distinguido al designársele miembro honorario de la IFA.

El legado escrito que dejó Valdés es tan vasto como valioso. Más de un centenar de publicaciones, entre libros, estudios y artículos. Entre sus libros, hay tres que merecen especial destaque: el "Curso de Derecho Tributario" de 1970 (que en 1996 actualizó y amplió, siendo reeditado en el año 2001); el "Código Tributario comentado y concordado" cuya primera edición data de 1975, en el que contó con la colaboración de su hija la Dra. Nelly Valdés de Blangio y el Dr. Eduardo Sayagués Areco; y el antes mencionado "Instituciones de Derecho Tributario" escrito en 1992.

Citando nuevamente al Prof. Peirano Facio, Valdés Costa fue un hombre de consulta y de consejo y hasta el final de sus días continuó siendo profesor efectivo.

Quiso sabiamente el destino despedir la vida docente del Maestro reservándole sus dos últimas clases universitarias para exponer precisamente sobre aquellos temas a los que dedicó gran parte de su vida profesional.

Como uno de los últimos discípulos del Prof. Ramón Valdés Costa, agradezco a la Universidad de Montevideo la oportuna y generosa idea de haber publicado estas clases, las que, sin perjuicio del importante aporte académico que las mismas poseen, son una muestra fiel de una vida dedicada al estudio y la docencia del Derecho.

Sebastián Arcia

Estudios sobre los Derechos Humanos.

Adolfo Gelsi Bidart

Universidad de Montevideo - 1999; 51 págs.

Esta oportunidad que me brindan los Organizadores de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, me es doblemente grata, y ello porque se trata de la posibilidad de referirme al Profesor Adolfo Gelsi Bidart, y al libro editado por la Universidad de Montevideo en su memoria.

Decía entonces que es la primera oportunidad que en forma escrita puedo recordar a quién fuera mi maestro en una disciplina jurídica cuyo desarrollo y consolidación en nuestro país es de su única y exclusiva autoría (v.g. el Derecho Agrario).

Pero el Prof. Gelsi Bidart fue algo más para todos los que tuvimos la oportunidad de conocerlo personalmente y convivir algunas horas de su larga y fructífera vida.

Fue un hombre cálido y sensible, que tuvo el tiempo suficiente para escucharnos a todos y ayudarnos con serenidad y sabiduría, en los momentos de alegría y tristeza.

Ese don de gente, creo que nos marcó en forma indeleble, al igual que a todos aquellos que tuvieron oportunidad de conocerlo.

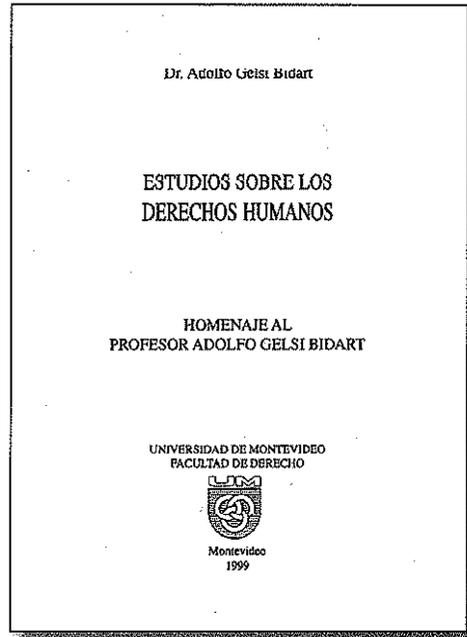
Innumerables conceptos elogiosos hemos escuchado del Prof. Gelsi Bidart, pero creo que su concepción de la vida ha sido la lección más importante que nos ha dejado a todos, y en este momento recuerdo un pensamiento de Confucio que marca un estilo de vida que de alguna forma se acerca a esa filosofía de vida. El célebre pensador chino decía: "Cuando tu naces todos ríen y sólo tú lloras, vive de tal forma, que cuando tú mueras, sólo tú rías y los demás lloren."

Pues bien, creo todos aquellos que conocimos en mayor o menor medida al Prof. Adolfo Gelsi Bidart, sentimos su ausencia y lamentamos no tenerlo con nosotros.

Con relación al libro editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, considero que nada más adecuado para un homenaje al Prof. Gelsi Bidart que el tema seleccionado para su publicación.

Los derechos humanos fueron una constante preocupación y toda su profusa obra de alto contenido filosófico y jurídico se encuentra impregnada de esa visión humanista que siempre lo caracterizó.

El primer Capítulo es una parte de su obra "Los derechos y deberes del hombre y del ciudadano común", don-



de desarrolla en un marco de serena reflexión y planteos excitantes al intelecto y a lo cotidiano, aspectos trascendentes acerca de la noción, trascendencia y vigencia de los Derechos naturales o fundamentales o básicos o universales, etc., y su complementariedad con los deberes del hombre y del ciudadano.

Una mención especial corresponde al estudio de las garantías para alcanzar y asegurar la vigencia de esos Derechos humanos y los Deberes correlativos, donde el autor destaca la necesidad de la existencia de un "ambiente básico común, que es el Estado de Derecho, un Estado no arbitrario, con un clima de acatamiento a la ley y eliminación de los abusos, tanto de la autoridad como de los ciudadanos".

En un plano más específico se desarrolla el Segundo Capítulo de la obra, donde el enfoque de quién fuera uno de las más distinguidos procesalistas a nivel nacional e internacional, ensaya desde lo genérico a lo específico la valorización del Derecho y la Justicia en la superación de la violación de los Derechos Humanos.

La anécdota final de este Capítulo representa la esencia del planteo, donde lo importante es "lo humano" por sobre todas las cosas.

En el último Capítulo, se aborda un tema de actualidad y trascendencia (v.g. Ambiente y Naturaleza) sobre la base de la complementariedad existente, y sabiamente desarrollada por el autor, entre los Derechos y los Deberes humanos.

La naturaleza es esencial para la vida del hombre, y su relación con ella por medio del respeto, no sólo es un tema para las generaciones actuales, sino que representa las posibilidades ciertas para las generaciones futuras.

El pensamiento del Prof. Gelsi Bidart con relación a los Derechos, Deberes y Garantías del hombre común, se encuentra incluido en toda su obra y ha sido objeto de escritos particulares como los Capítulos que hemos comentado, pero considero interesante recordar una frase

del Profesor Gelsi Bidart en su libro "De Derechos, Deberes y Garantías, del Hombre Común", que es una clara demostración de todo lo que hemos expresado y aquello que nos faltó decir: "Es un libro escrito con pasión, ¿cómo, si no escribir - y de estas cosas?, - con el cuidado reflexivo que imponen la filosofía y la ciencia, - sin ilusiones, pero tratando de mantener, en alto, la esperanza."

Jorge Fernández Reyes

Internet, Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual

Beatriz Bugallo Montaña

Universidad de Montevideo - 2000; 219 págs.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo ha editado esta excelente obra, donde la Profesora Dra. Beatriz Bugallo Montaña, distinguida especialista en el área de la Propiedad Intelectual, egresada del Magister Leyes de la Universidad de Alicante (España), realiza un estudio detallado del impacto que las nuevas tecnologías están produciendo en el campo del Derecho.

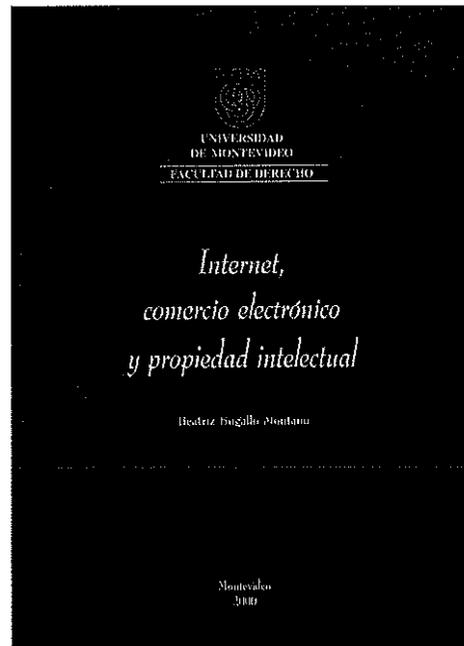
Aborda los temas propuestos desde la perspectiva de la inserción en la Sociedad de la Información, aunque señala de inmediato que lo visiblemente preocupante de este fenómeno radica en la circunstancia de que aún no tenemos clara la verdadera dimensión tecnológica de una expresión que usamos cotidianamente para definir el mundo en el que vivimos.

Por lo señalado, a lo largo de toda la obra se refleja la inquietud de la autora de tratar meticulosamente distintos temas a los efectos de que el lector pueda determinar el alcance real de aquella denominación y en especial acercarse desde un ángulo científico al considerado paradigma de la Sociedad de la Información: Internet.

De modo ameno, ágil y sencillo analiza un fenómeno singularmente complejo como es el de la denominada red de redes, desde su nacimiento hasta nuestros días, a los efectos de introducirnos en el conocimiento del fenómeno técnico, para así poder luego incursionar con mayor detenimiento y rigor científico sobre aspectos tales como el de la incidencia que este fenómeno produce y seguramente producirá en el campo del Derecho.

Esta nueva frontera del Derecho al decir del maestro italiano Vitorio Frosini supone el encuentro entre dos ciencias aparentemente distantes entre sí, como son la Informática y el Derecho y ello plantea nuevos problemas y distintas dificultades jurídicas aún de difícil solución y ese es el desafío que valientemente encara la autora en el desarrollo de su obra, presentando un abanico de los problemas jurídicos relacionados con la Propiedad Intelectual y planteando las soluciones que entiende aplicables para cada caso concreto.

El plan del libro responde básicamente a cuatro



grandes unidades temáticas: Internet, Comercio Electrónico, Aspectos de la Propiedad Intelectual en Internet y Defensa de los Derechos de la Propiedad Intelectual en el Ciberespacio.

La primera parte de la obra la titula Internet y en ella desarrolla una serie de definiciones técnicas inherentes al funcionamiento de esta red mundial, desde la correspondiente a la Internet propiamente dicha a la de la Web quizás más conocida como telaraña mundial, pasando por la de las URLs, la de los hipervínculos o links, la de los Metatags y muchas más, enumerando siempre sus orígenes y la función que cumplen, logrando que aun el lector más desprevenido comprenda las dimensiones de este fenómeno. Analiza los contenidos de Internet y las características más salientes del ciberespacio, definiendo y clasificando los Nombres de Dominio, para luego estudiar los mecanismos de asignación de aquéllos y la colisión de los derechos de Propiedad Intelectual con los Nombres de Dominio.

En la segunda parte del libro aborda el Comercio Electrónico partiendo nuevamente del encuadramiento técnico del fenómeno para luego abordarlo desde la perspectiva del jurista. Analiza con suma precisión la búsqueda de seguridad, elemento considerado esencial para lograr la imposición definitiva de las transac-

ciones electrónicas, especialmente la encriptación y la Firma Digital, así como la incidencia de normas y principios jurídicos preexistentes a los denominados contratos electrónicos, al derecho de la competencia y a la protección al consumidor, describiendo las iniciativas legislativas específicas para estimular el desarrollo del comercio electrónico.

La tercera parte denominada Propiedad Intelectual en el Ciberespacio supone al decir de la autora un acercamiento a los bienes de Propiedad Intelectual en Internet, particularmente las Marcas, para luego incursionar acerca de las semejanzas y diferencias de aquellas con los Nombres de Dominio y en especial estudiar algunos de los conflictos típicos del derecho de marcas como por ejemplo la piratería de marcas por medio de Nombres de Dominio, así como el linking, el framing y otros.

La cuarta parte titulada Defensa de los Derechos de la Propiedad Intelectual en el Ciberespacio, traduce la

inquietud de la autora en la necesidad de imponer el respecto a los derechos de propiedad intelectual mediante su observancia en la autopista de la información. En esta parte se detiene en el estudio de la Responsabilidad de los Sujetos que actúan en Internet o ISP, y en la determinación de tres aspectos básicos para una correcta aplicación de las debidas garantías de todo ciudadano, aún la de aquéllos que se consideran integrantes de una Comunidad Virtual: Jurisdicción competente, Ley aplicable y observancia de las Resoluciones Judiciales.

En definitiva, estamos ante una obra de lectura obligada para aquéllos que quieran incursionar en el apasionante mundo de las Nuevas Tecnologías de la Información, guiados por el conocimiento y puntos de vista de esta brillante especialista que se reflejan a lo largo y ancho de este magnífico libro.

Alvaro J. Eirin



Facultad de Derecho • UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
www.um.edu.uy