



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

"Cuatro nociones entrelazadas"

DOCTRINA

BOTTA ROCCATAGLIATA, José

"¿De nuevo la igualdad en los concordatos?"

GREIF, Jaime

"Algunas peculiaridades del proceso concursal: partes, competencia, fuero de atracción, cúmulos"

LANGON CUÑARRO, Miguel

"¿Es discriminatoria la legislación anti-discriminación?"

LISA, Federico José

"La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos"

MANGARELLI, Cristina

"La vuelta al Derecho común o civil. ¿La crisis del particularismo del derecho del trabajo?"

SOSA VALERIO, Martín

"La obligación de transferir el dominio emergente de la promesa de enajenación de inmuebles a plazos y la categoría legal de las obligaciones indivisibles en el pago"

Carla SPAGNUOLO, Virginia D' ISABELLA, Pedro BORREA y Hugo COSTA

"El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo"

TÜLLMANN, Norbert

"Balance y perspectivas del Mercosur: mirada desde el año 2007"

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DELPIAZZO, Carlos E.

"La responsabilidad de ser universitario"

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

16 de octubre de 2003

DELPIAZZO ANTON

Gabriel - "Censura de la huida del Derecho Administrativo a través de sociedades comerciales"

INFORMACIONES

Jornada sobre nuevo régimen procesal penal

Novedades 2008

ALAI 2007

Reportaje

TESINAS DE MASTERS

Karen L. SEOANE PETITO

"El endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores"

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

Alejandro REY

"El interés general. Argumento para limitar derechos individuales"

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Código Penal", tomo II

anotado por Miguel Langón Cuñarro (por Gonzalo Aires)

"De profesor a profesor

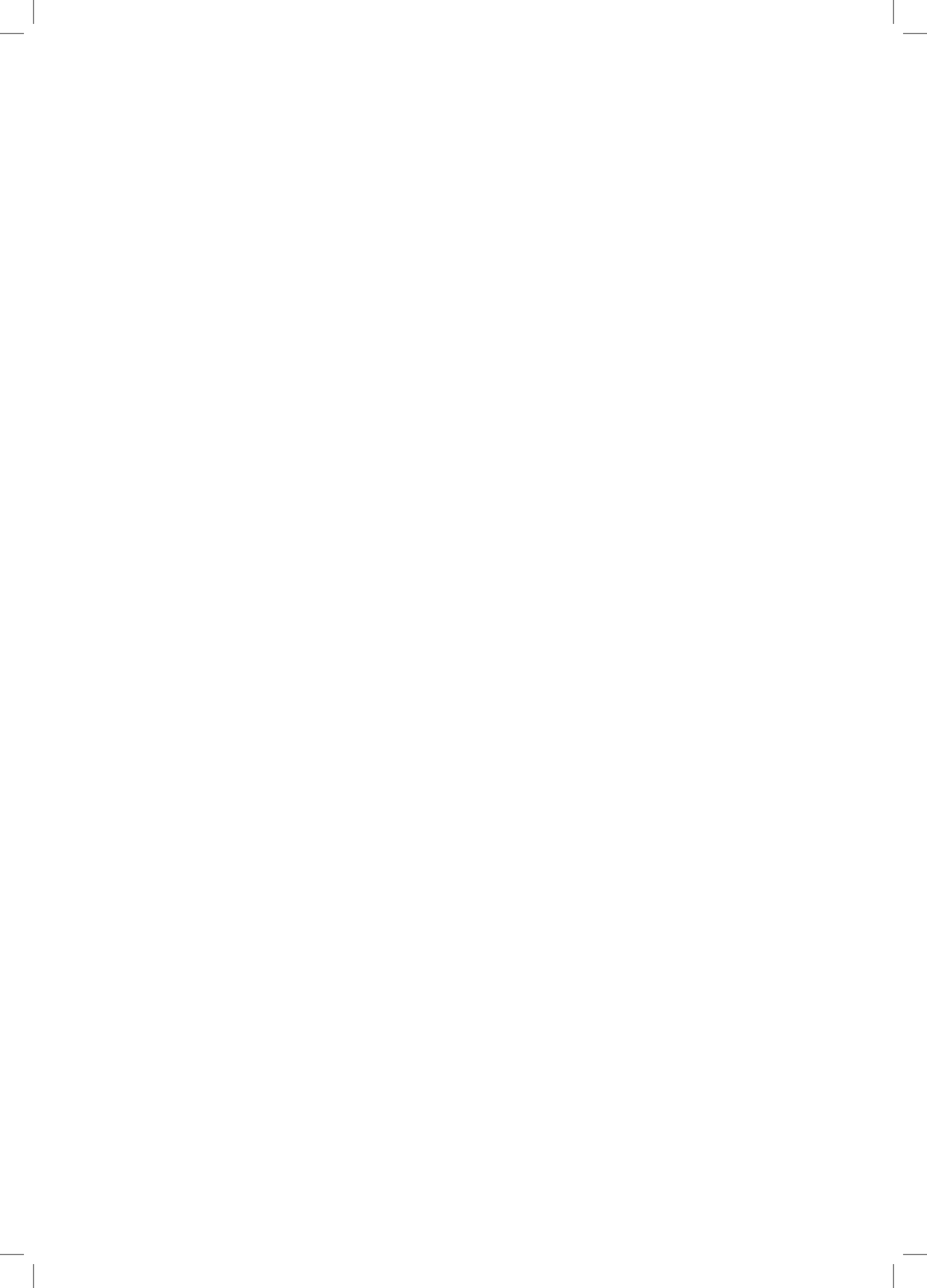
Diálogo sobre la educación universitaria", de María de las Mercedes Rovira Reich (por Carlos E. Delpiazzo)

"El hilo conductor"

de Sergio Abreu (por Carlos E. Delpiazzo)

"Dereito"

Revista Xuridica de Universidade de Santiago de Compostela, Nº 16 (por Beatriz Bugallo)



MENSAJE DEL DECANO

Cuatro Nociones Entrelazadas

Decía Ortega y Gasset en Mirabeau, una de las partes de su Tríptico:

“El magnánimo es un hombre que tiene misión creadora: vivir y ser es para él hacer grandes cosas, producir obras de gran calibre. El pusilánime en cambio, carece de misión: vivir es para él simplemente existir él, conservarse, andar entre las cosas que están ya ahí, hechas por otros... El pusilánime, por sí, no tiene nada que hacer; carece de proyectos y de afán riguroso de ejecución... Sólo actúa por intereses subjetivos – el placer y el dolor. Busca el placer y evita el dolor... No advierte que el primer pintor famoso no se pudo proponer ser un pintor famoso, sino exclusivamente pintar, por pura necesidad de crear belleza plástica...”

Me parecen adecuadas estas palabras a la hora de resumir lo que creo se pretende transmitir en y partir de esta Universidad: esto es, una relación muy estrecha, hermanada, entre los siguientes conceptos: una cultura del trabajo – una cultura del servicio – los modelos de referencia y el liderazgo.

Cultura del trabajo, para profundizar en esa revolución pacífica y silenciosa que transforme la mentalidad de nuestros ciudadanos y les haga comprender la riqueza, el sentido y la importancia del trabajo bien hecho. Encarado no como castigo o camino por el que hay que inexorablemente transitar para poder sobrevivir dignamente, sino como algo mucho más ambicioso y trascendente: el medio de nuestra realización (en todos los sentidos del término) como personas y como criaturas de Dios, haciendo en el tiempo y en la forma debida lo que tenemos que hacer.

Cultura de servicio, pues nuestro trabajo, sea cual sea, desde el más encumbrado hasta el más oculto e intrascendente, debe tener una finalidad de servicio a los demás. Si de nuestras aulas emergieran estudiantes altamente capacitados pero desinteresados y prescindentes de las necesidades de quienes los rodean, habríamos fracasado. La vocación de servicio a la sociedad en general y a los más próximos en particular, debe ser una consigna permanente de todos los que de una forma u otra estamos allegados a esta Universidad.

Los modelos de referencia, pues nos guste o no, quienes tenemos por tarea la docencia estamos permanentemente, por activa y por pasiva, dando ejemplos de conducta. Y muchas veces, la mayoría, formamos mucho más a nuestros estudiantes con nuestros ejemplos y actitudes que con nuestras clases y discursos.



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

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

*

Redacción y suscripciones

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

Impresión

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

Deposito Legal 333.107 / 04
Edición amparada en el decreto
218/996 (Comisión del Papel)

ISSN: 1510-5172

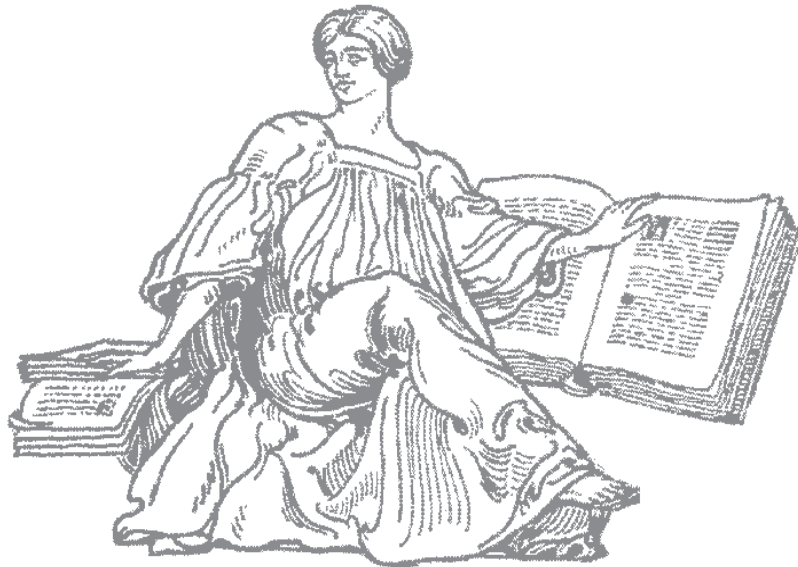
Las expresiones y opiniones vertidas
por los autores de cada obra
publicada
en esta Revista, son de su exclusiva
responsabilidad

Año VII (2008), N° 6

Liderazgo por último, porque pretendemos que de estas aulas surjan muchos líderes positivos, que contagien y arrastren a otros en la aventura de promover un país cada vez más justo, solidario, laborioso y eficiente. Tarea apasionante y nunca terminada, pues como el pintor de Ortega y Gasset, pintamos sin cesar las mentes y el espíritu de cientos de jóvenes, observamos a la distancia nuestra obra, y siempre nos quedamos con la sensación de poder hacer algo mejor, de retocar y embellecer el cuadro.

De eso se trata, nada más y nada menos.

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

BOTTA ROCCATAGLIATA, José

“¿De nuevo la igualdad en los concordatos?”

GREIF, Jaime

“Algunas peculiaridades del proceso concursal: partes, competencia, fuero de atracción, cúmulos”

LANGON CUÑARRO, Miguel

“¿Es discriminatoria la legislación anti-discriminación?”

LISA, Federico José

“La responsabilidad hacia la Administración Pública: responsabilidad y deberes públicos”

MANGARELLI, Cristina

“La vuelta al Derecho común o civil. ¿La crisis del particularismo del derecho del trabajo?”

SOSA VALERIO, Martín

“La obligación de transferir el dominio emergente de la promesa de enajenación de inmuebles a plazos y la categoría legal de las obligaciones indivisibles en el pago”

Carla SPAGNUOLO, Virginia D' ISABELLA, Pedro BORREA y Hugo COSTA

“El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo”

TÜLLMANN, Norbert

“Balance y perspectivas del Mercosur: mirada desde el año 2007”



¿DE NUEVO LA IGUALDAD EN LOS CONCORDATOS?

JOSÉ BOTTA ROCCATAGLIATA

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN

SUMARIO

Hace ya algún tiempo preocupado por lo que entendía una incorrecta aplicación del principio de Igualdad en los Concordatos preparé un artículo intitulado “Reordenación conceptual en el Tratamiento de los acreedores en el concordato preventivo” publicado en La Justicia Uruguaya¹. En forma más que casual y ya puesto el punto final a ese trabajo, autoridades de la Universidad de Montevideo me propusieron realizar una disertación sobre el mismo tema la que tuvo lugar en dicha casa de estudios. Al finalizar la disertación se me sugirió plasmar dicha exposición en un artículo para esta revista.

Este es el producto y espero que no sea idéntico al trabajo referido, pero si homogéneo en sus contenidos. También quiero señalar algunos aspectos que están presentes en mi espíritu al momento de encararlo. Siempre pensé complementar este tratamiento muy teórico del tema con algún comentario sobre producciones jurisprudenciales con lo que pondría en acción los principios que propugno, teniendo presente una referencia fáctica y una sentencia que ponderar y mantengo ese propósito.

Quiero también destacar la circunstancia que en estos momentos se sustancia una maravillosa polémica alrededor de un tema que presenta muchos puntos de contacto con los expuestos en este trabajo. Tiene como partes a los distinguidos profesores Juan E. Blengio, Santiago Carnelli y Oscar Sarlo que polemizan alrededor del tema “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad...”²

Al leer este trabajo se darán cuenta que está pensado y desarrollado en el marco del derecho concordatario. Es polémico, y por tanto, plantea matices interpretativos con autores de la especialidad. Desde ya que usamos como uno a los elementos centrales el principio de igualdad. Pero hay un enfoque y un horizonte diversos. Del debate de referencia soy espectador. Siempre sentí que la visión comercialista de los temas de derecho de concordatos tiene un estilo, a lo que hay que adicionarle las concepciones y los propósitos del autor. Tanto en el acierto como en el error, está es mi visión de un aspecto muy característico y exclusivo del derecho concordatario. Nuestros confesos propósitos apuntan a precisar que es la “Par conditio creditorum” expresión en latín que hace referencia a la igualdad entre los acreedores en un concordato.

Muchos han enunciado ese principio y en especial en nuestro medio se lo ha invocado, pero nadie en concreto ha determinado sus valencias dentro del sistema concordatario. Quizás porque lo consideraron obvio –que lo es- pero no fijaron sus valencias. Quizás porque la obvia solución no está expresada en las normas sobre concordatos sino que se encuentra en las normas constitucionales.

Y está allí, llamativa y rotunda desde el año 1830, esperando desde hace 177 años que se la convoque para entregar sus valencias al sistema concordatario. Deseamos precisar que es esa igualdad en función de la cual los acreedores van a cobrar en un concordato. Pues bien, a todo eso nos dedicaremos de aquí en adelante.

Pretendo nada más y nada menos que determinar como la igualdad, un viejo, vital y memorable principio constitucional, cargado de glorias y siempre invocado en verbos que exaltan los valores de la convivencia, ingresa al sistema legal concordatario. Si, a ese escenario donde las normas jurídicas luchan por regular y ordenar un conflicto plurilateral de intereses económicos donde todos los involucrados están embanderados del concepto más que egoísta del “primero cobro yo”. Esta rama del derecho que pretende

1 LJU T. 136, 2, 81

2 Ver anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo XXVII pág 395; XXXI pág. 597; Tomo XXXIII pág. 571 y Tomo XXXIII pág 481.

organizar ese caos, para que aunando esfuerzos y soportando en común los daños, entre los acreedores y el deudor, intenten superar la situación.

Como hemos señalado no nos satisfacen las construcciones de otros autores. Algunos sólo lo sobrevuelan haciendo referencias muy genéricas.

Otros están confundidos por la dinámica turbulencia de luchar todos los días con los rapaces intereses en juego. Otros sólo conocen el mundo de la teoría sin haber ensuciado sus zapatos en el barro de la realidad.

Los diversos actores que participan en un concordato tienen necesariamente que saber diferenciar, por un lado el trámite que la ley confiere a cada tipo concordatario y por el otro al verdadero epicentro de ese negocio jurídico que como tal se nutre exclusivamente por los sujetos de derecho que tienen en juego sus bienes en la medida que están pre-relacionados obligacionalmente.

Esos obligados (deudor y acreedores quirografarios) actúan sobre bienes y relaciones jurídicas que de acuerdo al derecho privado, y respaldados por el principio constitucional de libertad, son de su libre disposición. En ese ámbito siempre serán prevalentes sus decisiones en tanto y en cuanto respeten las limitaciones y los trámites que les fijan las leyes.

Los otros partícipes deberán asumir su rol secundario, respetando los principios constitucionales y los preceptos de derecho privado que elevan a primer plano las decisiones de las partes. Por ello deberán utilizar los poderes o facultades, entendiendo que les son conferidos con la finalidad específica de que los utilicen en tutela de las normas jurídicas, comprendiendo que no son, ni más ni menos, que parte de las formalidades del negocio jurídico concordato.

CAPÍTULO II.- LA IGUALDAD, LA LIBERTAD Y OTROS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN AL DERECHO PRIVADO

Sección I.- Los principios constitucionales

Tras las expresiones “Par conditio creditorum”, o la también muy reconocida autonomía de la voluntad, se esconden o mimetizan grandes principios de nuestro ordenamiento jurídico. Los de la libertad y el de igualdad que tienen rango constitucional, lo que naturalmente lo ubican en el vértice de la pirámide con la que normalmente se representa el orden jurídico. A modo de explicación quiero dejar debidamente expresado que voy a necesitar por razones atinentes al tema que trato, referenciar esos dos principios constitucionales. A esta altura de mi formación no pretendo al momento de incursionar en el Derecho Público y de enfrentar la utilización de conceptos que han merecido la atención de grandes pensadores, otra cosa que delimitar lo más claro posible, las valencias de esos grandes institutos a través de las visiones de los especialistas.

No pretendo estudiar o marcar facetas ni de la igualdad ni de la libertad. Necesito poder operar con sus contenidos para la recta interpretación y aplicación de esos principios. Quiero que los lectores puedan conocer cuáles son los supuestos de mi razonamiento; están en juego el método expositivo y la cristalinidad.

Supongo que estos trabajos los leen gente del oficio que naturalmente han estado en contacto con esos principios y a ellos les muestro un supuesto de mi razonamiento.

Para otros que por curiosidad o compromiso recorren estas líneas lo dicho sobre esos temas será una instrumental introducción. Entonces voy a relatar sobre los conceptos de igualdad y libertad para que sepan lo que estoy diciendo. Pero no puedo ni quiero más.

Sección II.- La Igualdad

Este principio ha tenido acogida en nuestra carta magna desde 1830³ en los arts. 132 y el 131; en la reforma de 1918 fue en los arts. 148 y 147. Finalmente en el año 1934 adquirió tanto el número como la redacción que hoy ostenta en el artículo 8.

Podemos afirmar que tanto por la circunstancia netamente posicional de ser parte de la Constitución, conjunto de normas de máximo rango dentro de nuestro sistema legal, como por la dimensión que ostenta el concepto, se nos representa como un principio general que proyecta sus contenidos a todo el sistema jurídico en forma conceptualmente asimilable a como el sol que proyecta sus rayos sobre la tierra. Con acierto se ha dicho⁴ que actúa como un derecho relacional porque carece de contenido propio y pondera con sentido de evaluación dos entidades.

Nosotros a los efectos de dar un ejemplo de lo que decimos pensamos en el signo de igualdad que se representa por dos rayas paralelas que ocupan el espacio de una letra y que están precedidas y sucedidas por dos valores que se consideran equivalentes. Como prueba de esa equivalencia si invertimos esos dos valores de forma que pasaran cada uno a ocupar la posición que originariamente ocupaba el otro, también se mantendría la igualdad. Desde ya, y para evitar confusiones, debemos aclarar que estamos tratando de destacar la naturaleza ínsita en el concepto de ser una comparación entre entidades y que de ninguna manera estamos afirmando que la igualdad constitucional sea atinente o conlleve la idea de igualdad "matemática". Como veremos más adelante, si algo está presente en el concepto, es que lleva encarnado hasta la médula que tanto los talentos como las virtudes generan distinciones entre los hombres, y que el ámbito en que esas personas se desarrollan también incide en la diferenciación vista como resultado.

Según este principio todos tienen derecho a recibir el mismo tratamiento del legislador, de la misma forma que otras personas que están en la misma situación⁵.

Tiende a asegurar contra el tratamiento discriminatorio o arbitrario, idea naturalmente opuesta a la de equivalencia entre situaciones que describíamos cuando le atribuimos el carácter de derecho relacional.

Para saldar este aspecto se nos ocurre destacar que los intelectualmente muy refinados hombres de la revolución francesa sentían agredidos sus conceptos y su forma de relacionarse con los otros miembros de su especie, en tanto y en cuanto, existieran algunos que ostentaban categorías diferenciales fundadas en blasones hereditarios o títulos nobiliarios. Por ello exigieron e impusieron como principio la igualdad. Pero como eran inteligentes no podían aferrarse a la idea de que todos fueran iguales como idénticos. Sólo mirando apreciaban que había altos y bajos, hombres y mujeres, y eso los alentó e impulsó a entender que sustancialmente los hombres como especie se diferencian entre sí por su alma. Pero ese Elam es de difícil aprehensión por lo que entendieron que era más rotundo a su necesidad legítima de invocar la expresión externa y tangible, lo que lograron razonablemente a través de palabras similares a las maravillosas que edicta el artículo 8 de la Constitución "no reconociéndose otra distinción entre ellos sino la de los talentos o las virtudes".

Las normas de la Constitución que invocan principios son especialmente descarnadas o sintéticas. Los que conviven con ellas y que en ellas se fundan para organizar la convivencia social, deben necesariamente interpretarlas. En un interesante fenómeno de interacción tanto la jurisprudencia como la doctrina han elaborado alrededor de esas dos palabras de la Constitución "talentos y virtudes" el concepto de igualdad. Es así que hoy no puede dejarse de lado una serie de ideas que materialmente han delineado la igualdad. Todas esas ideas-concepto apuntan a diferenciar, o mejor dicho a resaltar como los "talentos y las virtudes" son la apertura hacia muy sutiles concepciones que permiten incorporar realidad y el sentido común sin alterar el principio de referencia. Es así que se afirma que la causa de distinción entre las personas ha de ser razonable y objetiva, y que no puede implicar el tratamiento desigual a quienes se encuentran en igualdad de situación.

En todo caso la finalidad de la distinción ha de ser legítima. También deber ser racional, entendida como relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados.

Incluso se entiende que la igualdad ha de consistir en la ausencia de prerrogativas salvo que una ley específica las establezca.

Desde ya les adelantamos que todos estos conceptos van a ser aplicables cuando en el ámbito del derecho concordatario pretendamos entender qué dijo el legislador del año 1893, cuando exigió para el pago de los acreedores en un concordato "la perfecta igualdad".

3 Puede verse con mucha utilidad para entender afirmaciones realizadas en Esquema de la Evolución Constitucional del Uruguay de Héctor Gros Espiell, Montevideo 1966 así como Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 del Dr. Alberto Pérez Pérez, Montevideo 1967.

4 Fernández Sagado Francisco. El sistema jurídico español Madrid 1992 pág. 144. Puede verse con mucho provecho Derecho Constitucional T. III de Martín J Risso Ferrand, Ingranusi Ltda. año 1998

5 Concepto que enseñaba Justino Jiménez de Aréchaga en "La Constitución Nacional" T. I pág. 364.

Sección III.- La Libertad

El otro principio a considerar también nos acompaña desde 1830 y ha tenido en las distintas constituciones presentación y lugar distintos. Hoy se concreta en los artículos 7 y 10. En esas dos disposiciones se reconoce un derecho preexistente a la libertad.

Justino Jiménez de Aréchaga⁶, aceptado todavía hoy como primero entre sus pares, por su solidez intelectual, decía que la libertad supone un principio irreducible de contenido variable para cada derecho o régimen legal. Para él actúa como un límite cierto frente a la eventual invasión del derecho. El hombre que ejerce la libertad no lesiona los derechos ajenos y los actos mediante los cuales se pone en ejercicio la libertad no serán pasibles de sanción.

A la libertad así concebida se le señalan algunos límites. Uno estaría constituido por el orden público y otro sería por la propia convivencia en cuanto la libertad de cada sujeto termina cuando empieza el derecho de los demás.

¿Por qué hemos traído a colación la libertad? Porque ese principio tal cual surge de los artículos 7 y 10 de la Constitución están en la base y es el respaldo del negocio jurídico.

Tomando y utilizando los criterios de recibo para nuestra actual cultura jurídica podemos distinguir entre hechos, hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos.

En la base tanto de los actos jurídicos, como de los negocios jurídicos está la libertad prevista y reconocida por la Constitución. Ese cuerpo de leyes en algunos casos se ha reservado específicamente la tarea de regular la libertad, como sucede con algunos aspectos muy complejos de la actividad que tiene por fin seleccionar las autoridades que rige el gobierno. Y es así que estatuye muchos aspectos esenciales de la forma de votar, en las elecciones nacionales o departamentales.

Pero en otros aspectos como los referidos a los contratos o a los concordatos, ha derivado al derecho común la regulación. La denominada autonomía de la voluntad, es una manifestación específica del derecho a la libertad con relación al ámbito de la regulación normativa de intereses privados.

Arribados a este punto debemos señalar a vía de ejemplo que el Derecho Privado ha regulado esa libertad, y por ella, reconoce a los sujetos de derecho la calidad de impulsores de la actividad y para ello les confiriéndoles el poder facultad de proponer, obligarse o disponer de los bienes integrantes del patrimonio.

Y nadie pierda de vista que en un concordato se toman decisiones alrededor de obligaciones civiles y comerciales. Ese vínculo jurídico está enraizado en el principio de la autonomía, tan característica del derecho privado. Esta denominada autonomía privada es una de las expresiones de la libertad constitucional. El derecho común (para diferenciarlo de las normas constitucionales) adecua o relanza ese principio.

Suele entenderse que esa autonomía se le reconoce a las personas en el entendido que nadie conducirá sus intereses como el titular.

La libertad constitucional como dijimos está respaldando el concepto teórico de negocio jurídico. Este se asienta y respira a través de la autonomía que se le reconoce a las personas y una de las categorías del negocio jurídico es el concordato.

En el proceso o en el trámite de un concordato, la actuación de cada uno de los sujetos participantes en él se asentará en el principio de libertad de rango constitucional expresada como autonomía de la voluntad. Si no se entiende debida y armónicamente esta verdad, aquellas palabras de Justino Jiménez de Aréchaga resonarán fuertes y diáfanos desde el pasado descubriendo errores y actos contrarios al principio de libertad. El gran Profesor decía que la libertad actúa como un límite cierto frente a la eventual invasión del derecho. Y nosotros parafraseando ese concepto señalamos, aunque resulte obvio, que también ese principio de libertad se interpondrá como un dique a las interpretaciones del derecho que por abstrusas, imperitas o interesadas, no ponderen, debidamente que las normas constitucionales sobre la libertad señalan los poderes de las partes. Y los que no son parte del negocio jurídico concordato necesariamente deben saber entender su rol de tuteladores de la legalidad. Y ni los jueces ni los técnicos asesores o ejecutores de tareas, son partes.

⁶ Justino Jiménez de Aréchaga ob. cit. pág. 235

Sección IV.- De la constitución al derecho privado

Hemos insistido en la necesidad de entender el método expositivo. Como primera premisa de los razonamientos describimos los principios de igualdad y libertad. Inmediatamente nos estamos planteando la aplicación de los principios constitucionales. Al encarar este tema busco determinar y dar pautas a los fines de resolver ese relacionamiento que se genera al aplicar los principios constitucionales a las relaciones intersubjetivas. Los propósitos de este trabajo nos exonera de encarar una teoría o serie de teorías. Pero no voy a dejar de señalar cuidadosamente los supuestos o estructura de los valores que pondré en juego al razonar hacia mi solución del tema.

Para empezar a enunciar esa serie de ideas hay una que entendemos que por ser una “verdad” no discutida puede mostrarse en este primer lugar. La Constitución está en el vértice de la pirámide a través de la cual se expresa gráficamente la idea que son el conjunto de normas de mayor jerarquía dentro de nuestro régimen legal. Al aceptar esa afirmación es fácil agregar otro razonamiento que se funda en esa afirmación. El resto de las normas que por definición carecen de rango constitucional deberán adecuar sus términos y disposiciones a la Constitución.

Pero la Constitución está integrada por muchos artículos. A los fines que nosotros buscamos, queremos traer a colación la distinción que toma en consideración para clasificar las normas entre aquellas que se corresponden con el concepto de norma jurídica tal cual lo concibe la teoría general de derecho y las que no tienen esa estructura. Las primeras son aquellas que contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en los artículos 15 a 17 que regulan el instituto de “habeas corpus”.

A su vez hay en la Constitución, disposiciones que contienen principios, categoría en la que justamente se ubican las que estamos tratando de integrar en el marco general del derecho. Esas normas no están organizadas o estructuradas como las que acabamos de referenciar. Son sin duda una modalidad o contienen una estructura diversa pese a ser igualmente artículos de la Carta Magna. Están configuradas en mandatos muy sintéticos, por lo general, compuestas por la tipificación de un valor contenido en una sola palabra. Transmiten o enuncian ese valor o bien jurídico que proclama tutelar en forma más que aséptica. Ejemplo de lo que decimos son los ya invocados artículos 7 y 8. Sin duda a un técnico en derecho le resulta más fácil explicar normas de la estructura de los artículos 15 a 17 que dar sentido y contenido a algunos de los principios que hemos señalado⁷.

En ese proceso de aplicar los principios Constitucionales parece oportuno reconocer que ha acompañado esos esfuerzos, el criterio o técnica de la ponderación, criterio que entiende que esos principios y su valoración o conceptualización han de ser permeables a la recíproca evolución del pensamiento social.

También se han formulado diversas teorías que hemos calificado como dogmático-principistas. Estas teorías pretenden dar una única y exclusiva valencia para precisar la interrelación entre los principios constitucionales y las relaciones intersubjetivas.

En ese camino hay quienes entienden que los principios constitucionales sólo operan a nivel de las normas inferiores a ellos, expresando su jerarquía a través de disposiciones de la declaración de inconstitucionalidad.

En el mismo sentido hay otras concepciones que postulan la aplicación directa de las normas que enuncian principios al propio terreno de las relaciones intersubjetivas. La enunciación de estas teorías, que por supuesto son muy sofisticadas, pero que las abordamos bajo los supuestos instrumentales ya establecidos, nos da pie para señalar algunas apreciaciones que se nos presentan como importantes al momento de seguir adelante en este propósito de estructurar ideas básicas.

Considero que el Derecho es un producto de los hombres, y como él, también es imperfecto. En la génesis de los textos legales, que es a lo que me refiero, están presentes las miserias, las virtudes, el poder y el miedo. Al leer los artículos se notan los tropiezos, las esperanzas y las ideologías. Sin duda incide en esos textos la vocación del redactor, sus aciertos y sus equivocaciones. En esta lista enuncié sólo algunos factores para ejemplificar lo que digo, dejando a la enunciación del lector tantos otros que inciden de igual forma en cada texto. Las normas de derecho, por las razones expresadas, en cuanto a la génesis, no conforma un sistema absolutamente lógico, y menos aún, perfecto o de redacción armónica y unívoca. Por ello no admite un régimen interpretativo que pondere una sola y única valoración que parta de una premisa única. Cuando pretendo precisar, para nuestro país, la incidencia de la igualdad, no puedo afirmar que sólo es un marco conceptual y que actúa como un límite a la legislación ordinaria. Esa es una solución irreal porque tropieza con la redacción o texto, tanto de la Constitución, como de la ley ordinaria. Como prueba de lo que afirmo traigo

⁷ Con mucha utilidad puede verse en CARLOS E. GUARIGLIA “El conflicto entre los derechos fundamentales” editado por AME año 2007.

a colación el artículo 29 de la ley N° 2230, que al establecer perfecta igualdad para el pago en un concordato, está exigiendo para su comprensión el concepto de igualdad que se elabora en la Constitución.

Todo el Derecho está cargado de principios, pero también se nutre de un profundo pragmatismo funcional, por lo que el camino a recorrer deberá partir de analizar la Constitución para entender y comprender los principios, para de allí en más, apreciar como inciden específicamente en la ley, y a ella le ponen coto o la nutren. Asimismo, y al mismo momento debemos recorrer el mismo camino en sentido inverso analizando la ley para ver cómo coordina sus valencias con la Constitución e incluso cómo le reclama contenidos. Para llevar adelante esa tarea se deben abandonar los preconceptos y las ideologías para focalizar el análisis en las disposiciones específicas. Así podremos apreciar la simbiosis que conlleva las respectivas incidencias.

Para finalizar me parece útil efectuar una reflexión que puede considerarse como una modesta conclusión a esta sección del trabajo dedicada a precisar las vinculaciones entre las normas de un sistema jurídico dado.

Tiene poco sentido centrar nuestra atención en tratar de resolver abstractamente si los principios constitucionales pueden incidir en las relaciones intersubjetivas. Cuando se plantean así las cosas se da cabida indebida a ideologías no jurídicas dejando de lado la máxima valía del derecho que es la organización de la sociedad. La verdadera dimensión del conjunto de normas que componen el Derecho para cada país se ha de deducir de los textos a través de su interpretación. El conjunto de normas es creado para ordenar el relacionamiento, y al jurista le corresponde iniciar su labor a partir de esas disposiciones para develarnos su contenido. No puede dejarse de lado en estos considerandos lo señalado precedentemente sobre los orígenes de cada ley, que como labor del hombre, carga en su texto los pecados y las virtudes de él.

Cuando perdemos de vista estas premisas actuamos fuera de ese marco, le negamos sentido a la función social del derecho, como en cascada descontroladamente caemos hacia el desconocimiento de las normas jurídicas que nos imponen así proceder. Le quitamos sentido a la función social del derecho, como el mejor sistema hasta hoy creado para convivir en sociedad. Finalmente confundimos los roles de los hombres de derecho. A nosotros nos corresponde interpretar la partitura, a los legisladores crearla.

CAPÍTULO III.- LA IGUALDAD EN EL CONCORDATO PREVENTIVO. UNA VIEJA DEUDA QUE PRETENDEMOS PAGAR AL DESPEDIRLO

Sección I.- Primeras apreciaciones

El título hace referencia a que vamos a iniciar el análisis de las disposiciones específicas que regulan el concordato buscando entender cómo se trata en ellas a la igualdad. Y decimos que es una vieja deuda porque el punto de arranque está en el lejano año 1893, y sorprendentemente este enfoque está pendiente desde esa época.

Para rastrear las pistas de ese principio entre la tupida maleza de la legislación del concordato vamos a recorrer la legislación vigente. ¿Y cómo se recibe el concepto de igualdad? Aunque parezca algo extraño en una sola oportunidad se emplea esa palabra, y ello acontece en el marco de la ley N° 2230 de 2 de junio de 1893. Sorprendentemente en el conjunto de disposiciones que introdujo el concordato preventivo en nuestra legislación aparece esa palabra, que después y hasta la ley N° 17292 de 25 de enero de 2001, -última de las aprobadas sobre esta materia-, nunca más volvió a los textos legales.

En otras disposiciones veremos palabras o referencias que pueden ser entendidas como atinentes al concepto. Si nos animamos a hacer una afirmación de muy fácil comprobación. En las normas sobre concordatos no se ha fijado o establecido la extensión o el contenido de la igualdad. Al no existir un concepto directo, poco a poco y con el transcurso del tiempo, que lo hubo bastante, se fueron consolidando ideas no ordenadas. De esas ideas se pasó al siguiente estamento, y se empezó a estructurar un valor, el "valor igualdad", una abstracción que es una entidad en si misma de contenido impreciso por carecer de tipificación. Para colmo de males se le ha incorporado la calificación de ético. Así resulta que es una entidad tosca e imprecisa. Que como igualdad tiene el estatuto de principio. Le atribuyen el poder de modelar todo el "sistema concursal". Para rematar lo potencian con la valoración no jurídica de atribuirle connotaciones éticas. Hasta aquí el tema sería de dimensiones hermenéuticas. En alguna concepción la interpretación implica la investigación con la finalidad de comprender el sentido y alcance de las normas. Pero ya dijimos antes que el derecho como obra de los hombres es muy imperfecto, por lo que estudiarlo como objeto y aislarlo de su verdadero fin es irreal por utilizar un calificativo objetivo y aséptico.

Pretendo atribuirle significado a las normas y apreciar su extensión precisa, con el objetivo de su aplicación a situaciones sociales a regular. Porque el derecho como ente separado de su esencia real, que es regular la convivencia entre los hombres, es una supuesta ciencia poco atractiva. Y en ese enraizarse ineludiblemente con la organización de la convivencia está su sentido. Y en ese enfoque, el único y verdadero del derecho, es que debemos ver cómo han aplicado el principio de igualdad. Y en ese intento de capacitación de la actuación de ese concepto en la regulación de las relaciones intersubjetivas generadas ha consecuencia de un concordato vemos que se ha desarrollado, poco a poco el vicio de utilizar el "título abstracto de principio de igualdad" como fundamento de situaciones muy dispares. Por ejemplo, se sostiene que por el principio de igualdad sólo puede establecerse en un concordato el pago a prorrata o proporcional a los capitales que tiene cada acreedor. Que cualquier solución que se apartara de esa sería contraria a la "par conditio creditorum", y se debería rechazar negando ese concordato por esa causa". También es asombroso que se utilice ese mismo "título abstracto intitulado igualdad" para doblegar o dejar de lado los términos expresos de un texto concordatario que adquirió fuerza vinculante, para que en función de él –si del principio de igualdad- se resuelva que se pague a un acreedor su crédito en forma preferente a todos los otros. Y ello por una decisión que no proviene de las mayorías calificadas de los acreedores y del deudor. Debemos aceptar como una realidad que a éste momento se ha generado una ideología con soportes no jurídicos, y por tanto ambiente extremos tan erráticos como los señalados. Por ello se nos representa como una muralla. No nos intimida y estamos seguros que pertrechados del arma del razonamiento lograremos una brecha a través de la que ingresará la verdadera concepción del principio de igualdad en los concordatos.

Sección II.- Evolución de la doctrina

Como hemos dicho el instituto del concordato irrumpió en nuestro medio en el año 1893 y sustancialmente, queda delineado en todo su potencial en el año 1926, y no registramos estudios expresados en obras hasta la tercera década del siglo XX.

Hemos agrupado los trabajos que estudian el concordato en tres estamentos para asomarnos a la forma en que han tratado en ellas la igualdad.

Las elaboraciones intelectuales así como las ideas son intemporales, pero hemos notado una tendencia que nos permite hacer una clasificación y ella además resultará instrumental y dará respaldo a la conclusión que efectuamos en la sección IV del último capítulo de este artículo. Es así que distingo tres grupos. Uno integrado por los clásicos Emilio Escarano⁸ y Enrique Sayagues Lasso⁹. El primero un italiano egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma que no se sintió a gusto con el régimen político de la época y emigró a nuestro país donde revalidó su título.

El otro es Sayagues un nombre que empleado así sólo, expresa la excelencia de sus creaciones en el Derecho Administrativo. Como un homenaje a su padre, distinguido profesor de derecho comercial, escribió un libro sobre concordatos que ya muestra a quien lo lea que la profundidad y el talento se denota en la medida que el titular de esas cualidades se enfoque en una tarea. Pues bien, estos dos autores no se sintieron tentados por la cuestión de la igualdad a la que no le prestaron atención.

El segundo grupo está integrado por personas que han tenido una larga y proficua trayectoria en la docencia del Derecho Comercial y la integran Sagunto Pérez Fontana¹⁰, Rodolfo Mezzera Alvarez¹¹ y Nuri E. Rodríguez Olivera¹². En general estos trabajos no centraron su atención en forma especial en el punto. Con mesura sostienen que la igualdad es un presupuesto, en algunos casos citan autores extranjeros como respaldo de esa afirmación, pero ni citan la legislación para encontrar la dimensión del concepto, ni lo hacen actuar para mostrar sus valencias en la acción.

8 Autor de "El concordato privado y de liquidación". Claudio García y Cía. Mont. 1937. El concordato preventivo Extrajudicial igual editor y año. El concordato preventivo judicial igual editor y año.

9 Autor de "El concordato" publicado por Biblioteca de Publicación de la Facultad de Derecho 1937.

10 Sagunto Perez Fontana en Revista de Derecho Comercial y de la empresa T. 33-35

11 Rodolfo Mezzera Alvarez Autor de "Concordatos" obra que ha tenido varios editores y que ha recibido aportes de otros distinguidos profesores que incluso lo actualizaron o aportaron capítulos como José A. Ferro Astray y Siegbert Rippe.

12 Autora de varias versiones del tema la última en colaboración con el Dr. Carlos E. López Rodríguez. Regímenes Concursales editado por FCU año 2003.

Finalmente queremos referirnos al tercer grupo integrado por los muy actuales Adriana Bacchi¹³ y Camilo Martínez Blanco¹⁴. Estos distinguidos profesores han dado el paso adelante en el tema. Ellos en trabajos que razonablemente apuntan en el mismo sentido y conjugan argumentos equivalentes, son los abanderados de la corriente de opinión que citando una serie de artículos parecen entender que la igualdad en el concordato sólo se logra con el pago a prorrata –Martínez Blanco- o el pago con perfecta igualdad –Bacchi-. Pero ninguno de los dos explica que es la igualdad en el sistema concursal. No obstante, sostienen un criterio integrador de la igualdad tanto para la quiebra como para el concordato.

Todos comprenderán que es muy difícil resumir en pocas líneas la labor y la obra de tantos autores que han abordado los temas del derecho concordatario. Desde ya que las citas permitirán al lector recorrer esas páginas para sacar sus propias conclusiones, y desde luego, que será en todo caso muy formativo.

Sección III.- Apreciación crítica

Se ha ido generando una conceptualización que se expresa a través de la idea que las quiebras (en nuestro medio además liquidación judicial y concurso de acreedores¹⁵) y los concordatos integran el Derecho Concursal y partiendo de esa plataforma se arriesgan a sostener que la igualdad campea en todo ese territorio.

Sería conveniente acordar sobre ciertos puntos para referirnos a los mismos conceptos. No tenemos duda que es perfectamente posible denominar a los efectos docentes una rama del derecho comercial que estudia las situaciones de los deudores que enfrentan dificultades económico-financieras normalmente con una pluralidad de acreedores como Derecho Concursal y allí mostrar y enseñar la quiebra y el concordato. Pero es inaceptable que a través de esa verdad se esté fomentando la similitud conceptual entre esos institutos, y desde allí, se sostenga que la igualdad campea en el Derecho Concursal porque eso no es cierto. Actuando así se induce a error a las personas en general jóvenes estudiantes que con el deseo de aprender, y sin formación, ingresan al tema por esas versiones.

La expresión Derecho Concursal es una buena denominación que cubre dos grandes grupos de leyes, que delinean dos institutos que son absolutamente diversos en su concepto y en su regulación.

Una de esas afirmaciones la vamos a demostrar ya, nos referimos a la diferencia entre los conceptos de quiebra y de concordato. A la otra dedicamos nada más ni nada menos que al resto del artículo.

De cara a la diferenciación entre quiebra y concordato, el lector se preguntará si no es un exceso de preciosismo dedicar renglones a una visión teórica de esos conceptos; a lo que respondemos que de ninguna manera. Las diferencias en la tipificación de los institutos necesariamente tiene su fuente en la legislación de donde surgen los caracteres que permiten efectuar la abstracción, que eso es el concepto de un instituto. Y a su vez la abstracción conceptual permite si es válida y conforme a derecho, entender muchas normas que en buena mediada están relacionadas a esa estructura.

La quiebra es un proceso de ejecución colectiva. Como trámite se inicia con una solicitud planteada ante el Juez competente por el propio deudor un acreedor, o incluso de oficio por el propio Juez. En todos los casos, ante una supuesta cesación de pagos. La quiebra sólo existe en la medida que una resolución judicial la declare. Todo lo que antecede a esa sentencia conforma la etapa previa. De la declaración en más, se avanza en el trámite sin participación del quebrado. Se debe conformar y depurar tanto la masa activa (integrada por los bienes que se afectan al proceso) y la masa pasiva (conformada por créditos de los acreedores). Todo ello con la finalidad de llegar, a través de ese proceso, al desenlace que es el pago a los acreedores. Para ello normalmente, pero no necesariamente, se venderán los activos para pagar a prorrata a los acreedores quirografarios.

Hay un pensamiento que entendemos atinente y por tanto lo consideramos como un aporte a lo que estamos diciendo. El satisfacer a prorrata es adecuado a un sistema como el de la quiebra, en el cual el interés de los acreedores es el único a tutelar al momento del pago. Tanto la actividad como el patrimonio del quebrado están desapareciendo en función de abonar los créditos pendientes.

13 Autora del artículo intitolado "El principio par conditio Creditorum" ante situaciones que ponen en peligro la vida de un acreedor del deudor concordatario, Rev. de Derecho I de UCUDAL.

14 Autor de "Manual Teórico-Práctico de Derecho Concursal" publicado por Universidad de Montevideo.

15 En lo sucesivo salvo aclaración cuando decimos quiebra nos referimos también a la liquidación judicial y al concurso de acreedores.

El concordato es una de las categorías de los negocios jurídicos, la calificamos como de segunda generación, la mejor denominación que encontramos para indicar que este negocio jurídico tendrá por fin modificar la forma original de cumplir las obligaciones ya existentes entre el deudor y sus acreedores. Este negocio jurídico se inicia con las adhesiones de los acreedores a una propuesta que formula el deudor referida a la satisfacción de esas obligaciones preexistentes. Las adhesiones individuales tienen carácter condicional. En el momento en que se llega con la sumatoria de esas adhesiones individuales, a obtener las mayorías calificadas se transforman, de adhesiones individuales, en aceptación de la fórmula concordataria.

De allí en más, cumplidas en forma positiva las instancias legales exigidas para cada forma, ese texto concordatario tendrá el poder de obligar a todos los acreedores quirografarios trascendiendo el patrimonio de los que lo consintieron. Remarcando este efecto estamos diciendo que el acuerdo obligará también a los acreedores quirografarios que no lo consintieron expresamente, e incluso, a los que se opusieron.

A diferencia de la quiebra en esta estructura se busca no solo contemplar el legítimo derecho de los acreedores a cobrar, sino que se busca preservar la actividad comercial o industrial del concordatario en tanto y en cuanto ella es generadora de riqueza. Esa riqueza que ha de producirse, en la teoría que ésta insita en el concordato, será la sabia que permitirá pagar a los acreedores concordatarios, y además será esencial para afrontar la totalidad de los costos que implica de allí en más continuar la actividad. Un supuesto esencial para asegurar todos los pagos del concordatario. Es tan distinta la base conceptual y los fines del concordato comparado con la quiebra que es imposible confundir ambas teorías. Pero hagamos algunas precisiones para evitar confusiones. Las diferencias que hemos calificado de ontológicas, son el resultado o conclusión de las respectivas normas jurídicas. Son las leyes las que han estructurado esas características de cada uno de los institutos y las diferencias surgen de allí. La otra aclaración es que muchas disposiciones legales son comunes a ambos institutos, por ejemplo las referidas a la clasificación de los créditos en preferentes privilegiados o quirografarios. Así como hay muchas otras normas del derecho que ingresan a tutelar situaciones como aquellas que regulan la capacidad, la legitimación, etc. Pero en nada cambia lo dicho precedentemente.

Cuando ontológicamente dos institutos son tan distintos, para poder establecer un principio común, no solo hay que afirmarlo, sino que hay que probarlo. Para que no existan dudas, la “prueba” en materia de teoría en nuestra disciplina se realiza con las normas jurídicas. Para adelantar lo que vamos a demostrar afirmamos que en la quiebra existe la prorrata y en el concordato la igualdad.

Los que entienden que en los concordatos sólo se puede pagar a prorrata citan los arts. 1750, 1751 y 1745 del Código de Comercio, el artículo 2372 del Código Civil, el artículo 264 de la ley N° 16462, el artículo 464 del Código General de Proceso y los artículos 29 y 43 de la ley N° 2230.

Nos hemos permitido hacer una categorización de las normas citadas en la que dejamos fuera el artículo 29 de la ley N° 2230 a la que dedicamos nuestros mejores esfuerzos en la etapa que hemos denominado de construcción del principio de igualdad en los concordatos. Todas las normas citadas a saber 1750, 1751 y 1745 del C. de Com.; 2372 CC; art. 264 ley N° 16462 y 462 CGP tienen en común dos elementos, primero que todos se refieren a la quiebra, el segundo que ninguna de estas normas emplea, ni directa, ni indirectamente, la idea de que los acreedores cobran en un pie de igualdad; esta es una afirmación, si se quiere, negativa. Pero es posible porque surge directamente de todos esos textos que invocan la prorrata como forma de cobrar.

Vamos a ir despacio en estos temas porque hay que evitar saltar premisas de razonamiento. En este camino y refiriéndonos a la utilización de la palabra prorrata queremos destacar que ese vocablo está contenido en las disposiciones del Código de Comercio que nos rige desde el año 1866. El artículo 2372 del Código Civil del año 1868. El Código General del Proceso es del año 1989 y la ley 16462 de la que se invoca el artículo 264 es del año 1994. Es de pensar que si a través de los 128 años que separan estas normas, se insiste en ella, hay un designio específico en utilizar el concepto de prorrata para las situaciones de quiebra.

Desde ya que hemos invocado la permanencia en el tiempo porque casi nos da vergüenza pensar que Don Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo al redactar el Código de Comercio no supieran lo que es prorrata. Pensamos que Don Tristán Narvaja, redactor del Código Civil, estaba capacitado para entender qué es prorrata. Y que para citar, sólo por su apellido, porque el Código General de Proceso es una obra intergeneracional los Dres. Couture, Gelsi, Torello, Barrios de Angelis, Frigerio y Vescovi también sabían el significado del término, y por eso usaron para el concurso de acreedores la expresión pago a prorrata.

Todos deberán recordar o retroceder en su caso al punto donde señalamos qué era la igualdad. ¿Y qué es esa prorrata que está adherida a la quiebra? Por tal se referencia la cuota o porción que le toca a cada uno de los acreedores calculada en proporción, a lo más, o a lo menos, qué representa su crédito en la suma a repartir. Lo que dicho en forma simple, está señalando que se cobra en proporción al crédito que se ostenta, de forma tal que quien más tiene, más cobra. Es sin duda una forma clara de resolver la satisfacción de los créditos en los casos de concurrencia de varios acreedores, pero no termina de convencer que configure igualdad. Recordemos que cuando analizamos el principio de igualdad en el texto constitucional dijimos

que reservamos esos conceptos para poder utilizarlos. Pues bien es ésta una de esas oportunidades. La doctrina le atribuye a la igualdad el carácter de derecho relacional porque carecía de contenido propio y necesitaba compararse con criterio de evaluación dos entidades para proclamar o no su equivalencia. Y al poner a su lado el prorrateo en el pago que implica una solución única no comparativa que entiende que hay que darle más al que más tiene, se comprende claramente que son dos conceptos paralelos.

De lo que antecede pienso que se han fundado algunas afirmaciones que voy a reiterar en forma sintética.

Hay diferencias ontológicas entre la quiebra y el concordato.

En la quiebra se emplea el concepto de pago a prorrata.

Que la prorrata es un concepto diferenciable de la igualdad.

Alguien podría razonar en el sentido de que la quiebra expande el concepto de prorrata al concordato.

Pero ya adelantamos, y más adelante lo fundamentamos, que el artículo 29 de la ley N° 2230 constituye un escollo insalvable a tal posibilidad.

Antes de dedicarnos a lo que hemos denominado como la construcción positiva del criterio de igualdad para el derecho concordatario debemos terminar la tarea de desbrozar el camino y para ello vamos a revisar si es cierto que el artículo 43 de la ley 2230 se refiere a la igualdad en los concordatos.

Yo les completo la cita que ellos realizaron con las previsiones de los artículos 1558 y 1571 del Código de Comercio que regulan la misma situación, y que por tanto, están involucrados en la conclusión que efectuamos.

El artículo 43 de la ley 2230 tipifica un delito que se vincula con la formación del consentimiento y que no se vincula con la igualdad que si es atinente al cumplimiento o pago del concordato. Ese artículo esta tipificando un delito y está calificando como un vicio del consentimiento a una acción enclavada en la etapa que va de las adhesiones individuales a la obtención de las mayorías calificadas. La acción que genera un vicio del consentimiento se produce cuando se pactan ventajas especiales a favor de uno o más acreedores para asegurar su adhesión al concordato.

Recuerdan cuando tipifiqué el concordato y allí señalaba que ante una propuesta de pago del deudor los acreedores iban expresando su adhesión individual condicionada a que se obtuvieran las mayorías calificadas, oportunidad en que esas adhesiones se transformaban en la aceptación del concordato. Pues bien, es en ésta etapa que se ubica ese consentimiento viciado que estudiamos. De seguro que alguien estará pensando que el artículo 1269 del Código Civil señala el error, la violencia o el dolo como los vicios del consentimiento.

Y sin duda este consentimiento prostituido no encarta en ninguna de esas hipótesis. Aceptamos que es cierto que el Código Civil estatuye esas tres causales, y que la reseñada en el artículo 43 de la ley N° 2230 es distinta a cualquiera de las tres causales invocadas. Y entonces ¿esta afirmación es un dislate? Sin duda que no, el artículo 1269 es uno de los que integran el elenco de la Sección II del Libro IV Título I del Código Civil que regula los requisitos esenciales para la validez de los contratos.

Los contratos son una categoría entre los negocios jurídicos, así como son otra categoría los concordatos. Y son categorías diversas porque están regulados en forma diversa por el legislador. Y por eso nosotros realizamos una conceptualización del concordato adecuada a nuestro derecho que es diversa al concepto de contrato. Y el aspecto que estudiamos es otro que puede invocarse como un perfil que le da entidad propia al concordato. Pero aquí no terminan las características diferenciales del tratamiento legal, porque hay otra norma que nos servirá para demostrar también, que estamos ante un fenómeno atinente al consentimiento por un lado, y por el otro, para remarcar una nueva diferencia con el régimen de los contratos.

Al texto que nos referimos es el artículo 45 de la ley 2230. Ese artículo destaca que la acción de nulidad fundada en ese consentimiento viciado deberá invocarse dentro del año de la homologación del concordato, porque ella queda prescripta al año de la homologación. Nuevamente vemos que se sanciona con la nulidad el vicio del consentimiento, pero a diferencia de lo que sucede en el sistema de los contratos, donde el vicio de consentimiento genera nulidad absoluta, aquí la nulidad es relativa ya que caduca por el pasaje del tiempo. En conclusión aquí el legislador está preocupado por regular la forma en que se obtiene o crea el consentimiento. Ese consentimiento se conforma con una pluralidad de adhesiones. Si una de esas adhesiones que conforman la aceptación (mayorías calificadas) se logra ofreciéndole al acreedor una ventaja (coima, gratificación) por su voto, se produce un vicio del consentimiento que desencadena las consecuencias que relata el artículo 45.

Esta adhesión prostituida, repetimos, se produce en la etapa en que se está formando el consentimiento. Aquí no está en juego la forma de pago que no es regulada por estos artículos.

Sección IV.- La igualdad en los concordatos construcción del principio

Vamos ahora a construir el concepto de igualdad para los concordatos y lo haremos fundándonos en el artículo 29 de la ley N° 2230.

En la parte del artículo que nos importa que es el segundo inciso se dice “Aunque reúna el indicado número de votos deberá negarse la homologación judicial si hay prueba o presunción de fraude en los actos preparatorios del concordato O SI EN ESTE NO SE ESTABLECE PERFECTA IGUALDAD PARA EL PAGO DE TODOS LOS CRÉDITOS DE LA MISMA CATEGORÍA”.

Hemos destacado en mayúscula las partes del texto que pensamos utilizar, y que a su vez vamos a subdividir en la medida que entendamos que contienen conceptos que queremos comentar.

1^{er} concepto.- El artículo exige “establecer perfecta igualdad para el pago”. Por el momento sólo vamos a tomar la referencia del pago. ESTABLECER EL PAGO. Cuando en concordatos uno pretende establecer el pago ingresa en una instancia crucial para la culminación exitosa del trámite de un concordato. El artículo utiliza la expresión “establecer” que es tanto como ordenar, disponer o fijar una cosa.

Esta forma de cumplir con las obligaciones preexistentes y su contrapartida, la forma de cobrar de los acreedores, surgirá de una interrelación entre el deudor y sus acreedores. Normalmente es una instancia, difícil, áspera y dura en la que cada uno busca posicionarse de la mejor forma posible que empieza cuando el deudor plantea la forma de satisfacer las obligaciones y que damos por terminado al momento de obtenerse las mayorías calificadas.

El primer momento al que aludíamos es muy especial porque se tensiona al máximo la relación entre las dos partes en la medida que los acreedores naturalmente aspiran a que se acuerde el pago de la forma menos gravosa para sus intereses. A su vez el deudor que soporta las dificultades económico-financieras que motivan la gestión concordataria, está atento a dos temas vinculados a su futuro. Uno, el que se está discutiendo; la forma de satisfacer esas obligaciones que ya generó con sus acreedores. La otra, es evaluar de dónde obtendrá el dinero para pagar esas deudas concordatarias, y a la vez cómo cubrirá el presupuesto y generará los medios para seguir adelante. Estos y quizás otros factores están determinando el punto de encuentro entre los acreedores y el deudor. Ese entendimiento sobre la fórmula de pago se estampa en un texto en el que se recogen las adhesiones individuales que se transforman en aceptación cuando se logran las mayorías calificadas.

De allí en más, y realizados los trámites previstos para cada tipo concordatario en forma positiva, llegará el momento de que conforme al texto aprobado de concordato, el deudor le pagará a los acreedores.

¿A qué acreedor él va a pagar? A los acreedores quirografarios ya que son los únicos obligados por el concordato. Esta afirmación aceptada unánimemente encuentra su fundamento en el artículo 41 de la ley N° 2230. En el mismo sentido el artículo 29 que estudiamos en su primer inciso dice que votan en el concordato los titulares de créditos personales no privilegiados. En el concordato hay una natural y conceptualmente perfecta identificación entre los que tienen legitimación para votar y los que van a cobrar. Las palabras de los artículos son muy claras e interpretando en forma contextual tanto el artículo 41 como este 29, podemos sostener que en el concordato no se regula el pago y no cobran ni los acreedores hipotecarios, ni los prendarios, ni los privilegiados. Tanto los hipotecarios como los prendarios son titulares de derechos reales. Y en el caso de los privilegiados están específicamente excluidos tanto en el artículo 29 como en el 41.

Consecuentemente y a modo de conclusión, en la frase del artículo 29 que estudiamos se dicen varias cosas, que vamos a resumir.

a) En el concordato debe tramitarse la etapa de discusión entre el deudor y sus acreedores quirografarios que debe finalizar en una fórmula de pago.

b) La fórmula de pago será parte de un texto sobre el que se recogen las adhesiones de los acreedores quirografarios. Cuando esas adhesiones representan las mayorías calificadas se tendrá la aceptación del concordato. Cumplidos positivamente los trámites para cada modalidad de concordato éste adquirirá fuerza vinculante para el deudor y todos sus acreedores quirografarios.

c) Tanto los legitimados para votar, como los obligados por el concordato (salvo el deudor), como los que cobran son todos el mismo elenco de acreedores; los acreedores quirografarios.

2^{do} concepto.- Cuando transcribimos la frase del artículo 29 de la ley N° 2230 para analizar lo que denominamos como primer concepto, dejamos fuera dos palabras que ahora serán específicamente tratadas, esas palabras son PERFECTA IGUALDAD. Volvemos por un instante a todo el texto para que el lector lo

aprecie "Si no se establece la perfecta igualdad para el pago". Aquí centraremos toda nuestra atención en determinar qué dice el texto cuando establece la perfecta igualdad para el pago.

Enfrentados a estas palabras se ha dicho que ellas indican que se debe pagar a prorrata de los respectivos capitales. Tal afirmación es una sumatoria de errores. La prorrata tal como ya expliqué es una forma de pagar válida en la medida en que la ley la establezca, pero no hay forma de aceptar que el concepto de igualdad sea equivalente al de prorrata. Y es más, da cierto trabajo aceptar que un sistema que tiene por base dar más a quien tiene más, se compadezca con las ideas que señalamos como conformadoras del concepto de igualdad.

Cuando discurrimos sobre las normas constitucionales, no tengan dudas, que lejos estábamos de pretender engalanarnos con los conceptos que grandes maestros del Derecho Público enseñaron y enseñan. Lo que pretendíamos era saber qué es la igualdad para poder entender el artículo 29 de la ley N° 2230 que no sólo exige la igualdad, pide ser muy cuidadoso con ese concepto porque lo califica de una forma llamativa, invoca la palabra igualdad precedida de perfecta.

Cuando incluí un apartado en el capítulo II que se titulaba "de la Constitución al Derecho Privado", allí estudiaba la posibilidad de aplicar a las relaciones intersubjetivas las disposiciones constitucionales, no pretendía engalanarme con conceptos que tantos maestros de la Teoría General de Derecho han enseñado y hoy enseñan.

Esos conocimientos son las herramientas que utilizamos para construir ese maravilloso edificio que es el sistema jurídico que mi generación recibió y que debe legar a las venideras resplandeciente y digna. Debemos entonces buscar soluciones fundadas sobre argumentos lógico-normativos deducidos de la totalidad del sistema jurídico. Aquí en el artículo 29 que estamos analizando, tenemos a los talentosos legisladores de fines del siglo XIX que conocían perfectamente el artículo 132 de la Constitución de 1830 que invoca la igualdad que ya contenía los elementos esenciales que hoy están en el artículo 8 de la Constitución vigente. Y ese legislador comprendía, sabía y aplicaba cuando redactaba el texto de la ley N° 2230 la unidad del ordenamiento jurídico. Por esa razón especificamos, exigió que el texto se refiera a la perfecta igualdad.

Es más, ese legislador de fines del siglo XIX dispuso del tiempo para estudiar, y por ello era un dato para él, que Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield cuando redactan el Código de Comercio para la provincia de Buenos Aires, que después se transformó en Código de Comercio del Uruguay, habían exigido en la quiebra el pago a prorrata. Y él no quiso usar ese vocablo porque no entendía pertinente ese concepto para el derecho concordatario. Y por eso de ex profeso exigió la igualdad. También ese legislador ilustrado de fines del siglo XIX, tuvo presente que Tristán Narvaja había utilizado en el artículo 2372, que es el primero del capítulo del Código Civil que regula la forma de repartir los bienes en el concurso de acreedores, el pago a prorrata.

Sabía perfectamente que Tristán Narvaja había percibido la equivalencia entre el proceso de quiebra del Código de Comercio y del proceso de concurso que es el que él reguló. Esa similitud ontológica ambientó que al final del trámite, y puestos a pagar a los acreedores que habían soportado el trámite, en el concurso de acreedores se estableciera el pago a prorrata.

Ese legislador supo introducir en la ley N° 2230 el novedoso instituto del concordato en medio de una crisis económico-financiera de orígenes y dimensiones, por lo menos similares a la soportada en el año 2002.

Y esa tarea la ejecutó tan correctamente que con pocas modificaciones hoy nos sigue rigiendo. Allí diferencié una estructura alrededor de la voluntad del deudor y de sus acreedores quirografarios fijando una forma de pago referida a las acreencias preexistentes. Entendió que era impropio de esa estructura asentada en el esfuerzo común del deudor y de los acreedores imponerles una fórmula de pago tan encorsetada como la prorrata. Recordando las disposiciones de los artículos 131 y 132 de su Constitución exigió que el pago se hiciera en función de la perfecta igualdad.

Tanto la Constitución de 1830, que era la vigente al redactarse la ley N° 2230, como la actual han previsto la igualdad como un principio. Ambos textos siempre la expresaron en forma muy sintética y siempre se estableció como causa de la diferenciación a los talentos y a las virtudes.

Cuando el art. 29 de la ley N° 2230 exige la perfecta igualdad, está llamando a la Constitución para pedir las valencias que se generan a través del análisis del artículo 8.

Y cuando el texto del artículo 29 de la ley N° 2230 exige la perfecta igualdad es imposible ver que aquí se invoca el reparto a prorrata. Porque nada más y nada menos que la Constitución nos imponen con su peso jerárquico superior el concepto de igualdad.

Y cuando el legislador dice y exige la perfecta igualdad da cabida a todas las aplicaciones que se hacen de ese principio y que expusimos en el Capítulo II sección II.

Aquí podría cerrar el análisis dejando sentadas las bases para que otros más sagaces e inteligentes realizaran la integración de los principios constitucionales al derecho concursal. Pero aceptando las dificultades voy a esbozar algunas ideas.

Empecemos por asumir la situación. Los acreedores representativos de las mayorías calificadas construyen o diseñan junto con el deudor la fórmula de pago del deudor (en situación concordataria) tratando a la vez de fijar una fórmula que les permita recuperar sus acreencias mientras que se evita que el deudor se agote económica y financieramente en el intento. La teoría ínsita en el sistema es que explotando su actividad el deudor pueda pagar el pasivo acumulado hasta ese momento. Es ese pasivo el que estará involucrado en el concordato y se buscará reestructurarlo para que el deudor lo pague con la explotación de su actividad. Y se debe acompañar el sistema de satisfacción del pasivo "pasado" en espera del éxito empresarial. De los resultados de la actividad productiva futura del deudor, parte deberá destinarse al pago del concordato, y parte, a recrear la fuerza de trabajo para que sucesivamente pueda reiniciar el ciclo productivo. Llegado a este punto debemos dar un paso hacia la Constitución para recordar que el principio de la libertad era el respaldo de la autonomía de la voluntad, por lo cual los titulares de derechos como los involucrados en un concordato podrían disponer libremente de ellos. Y eso es absolutamente cierto en el ámbito de las relaciones bilaterales¹⁶, pero aquí estamos en un lugar distinto. El concordato es otra categoría de negocio jurídico en la que un entendimiento entre la mayoría calificada y el deudor puede hacer extensiva la fórmula de su acuerdo a los acreedores que no desean esa fórmula de pago. Para evitar los excesos que podría imprimir la mayoría, el inteligente legislador de 1893 condiciona la fórmula a que trate con igualdad a todos los acreedores involucrados. En consecuencia, ha de entenderse que todos los acreedores han de ser iguales y por tanto han de tener igual tratamiento. Que no han de establecerse categorías fundadas en la presión o influencia que puedan tener algún acreedor o grupo de acreedores que respaldados en organizaciones empresariales o meramente, por elementos circunstanciales de coalición, pretendan para ellos algo más y distinto que los otros acreedores. Si se efectuaran distinciones entre ellos siempre se respaldará en causas razonables y objetivas, sin implicar el tratamiento desigual a quienes se encuentren en igualdad de situaciones.

La causa del distingo en el tratamiento de los acreedores ha de ser legítima, y en ningún caso ha de estar vinculada a la forma de votar, adherirse o aceptar el concordato.

Y como elemento más valorable porque todo lo anterior apunta a evitar o prohibir el mal uso de la libertad, vamos ahora a destacar la más valedera de las causas de distinción entre los deudores. Para exponerla voy a hacer un símil funcional con el concepto de concordato. Hemos señalado que el instituto se conforma con un conjunto de disposiciones jurídicas que luchan por regular y ordenar un conflicto plurilateral de intereses económicos. Que se pretende organizar ese caos, para que aunando esfuerzos y soportando en común los daños, entre los acreedores y el deudor intenten superar la situación.

Quizás algo entusiasmado por ese concepto lo imagine al concordato como una efectiva apuesta al futuro. Si las cosas suceden como las proyectaron las partes al final contemplaremos que se ha cumplido la fórmula de pago y que el deudor estará librado del pasivo concordatario. Ello lo habilitará para seguir adelante según su destino. En consecuencia si se estableciera una fórmula de pago que valiéndose de medios correctos y cristalinos estableciera el pago básico del total de lo previsto a todos los acreedores concordatarios, pero premiara con un incremento en la velocidad del cobro a aquellos acreedores que propician con nuevos aportes de capital o mercaderías al deudor, para asegurar su actividad, estaríamos frente a una fórmula que recoge exactamente el principio de igualdad. En este caso se privilegia en la velocidad de cobro a ese grupo por una causa funcional al fin del propio cumplimiento del concordato. Ese grupo en función de su renovado aporte en dinero o en insumos asegura el proceso de recreación de utilidades lo que es necesario en la alicaída situación del concordatario. Por ello es instrumental a los fines del sistema.

Hemos fijado el concepto de lo que entendió el legislador por perfecta igualdad y además hemos utilizado el concepto a fin de que el lector tenga cabal comprensión de las afirmaciones teóricas.

3^{er} concepto.- El artículo 29 dice "si no establece perfecta igualdad para el pago DE TODOS LOS CRÉDITOS DE LA MISMA CATEGORÍA". Hemos destacado la parte del artículo que conforma el tercer concepto que debemos analizar. La circunstancia que nos impulsa a analizar este aspecto tiene su razón de ser en que buena parte de la doctrina ha entendido que la referencia a las categorías es atinente a la clasificación entre preferentes (hipotecarios y prendarios), privilegiados y quirografarios. Los que así han

¹⁶ Hoy esa afirmación es objetada por buena parte de la Doctrina véase Antonio Caffera "Autonomía privada: Los cambios y las tensiones del presente" en estudios. En homenaje al Prof. Jorge Gamarrá FCU año 2001

opinado no han aclarado, y menos aún, fundado esas afirmaciones. Consecuentemente voy a exponer el tema a la espera de que alguien explique los fundamentos que dan soporte a esos dichos.

Para nosotros esa parte del artículo se refiere a categorías que han de confeccionarse entre los acreedores que van a cobrar, y que por supuesto son los acreedores quirografarios. En este artículo no hay posibilidad alguna que se esté previendo el cobro en un pie de igualdad de los acreedores preferentes o de los privilegiados.

Téngase como una afirmación que el cobro de los acreedores preferentes o de los privilegiados no está regido por este artículo, ni por el principio de igualdad.

A esta altura del artículo y luego de lo dicho en el 1^{er} y el 2^{do} concepto parece innecesario repetir que en un concordato no se prevé el pago de los acreedores privilegiados ni de los acreedores preferentes.

Está claro que sólo se paga en el concordato a los acreedores quirografarios.

El legislador se encargó de excluir de esa supuesta igualdad a los acreedores preferentes y a los privilegiados. Al tener estos acreedores un tratamiento especial tasado o prefijado por el legislador que conlleva una exclusión de cualquier otro acreedor ya podemos ver que otro es el principio que regula el caso. Cada acreedor correrá la suerte que su personal situación jurídica le tenga asignada. Así vemos que existen acreedores prendarios e hipotecarios que no ven afectado su crédito por el concordato. También existe una larga, larguísima lista de acreedores privilegiados que tampoco están muy afectados por el concordato.

Todo el régimen que se organiza para los no quirografarios se basa justamente en los principios que no son los de igualdad y está caracterizado por una prioridad y una preferencia en el cobro que parte de una situación especial generada por la ley.

Cuando éste artículo prevé categorizar entre los acreedores que van a cobrar, no pueden existir dudas que son categorías que han de elaborarse entre los quirografarios y siguiendo estrictamente los criterios que imponen la perfecta igualdad.

Muchas veces al estudiar con minuciosidad un tema las afirmaciones terminan reiterándose. Cuando estudiamos y comentamos en la segunda cuestión la perfecta igualdad dijimos cómo debían organizarse las categorías. Y esas ideas son las que damos por repetidas aquí.

A modo de conclusión podemos afirmar que en un concordato preventivo sólo se prevé el pago de acreedores quirografarios.

Como el artículo 29 prevé categorías para el pago, ellas han de realizarse –de creerlo conveniente las partes- entre los acreedores quirografarios.

Siempre se respetará la igualdad en el marco del artículo 8 de la Constitución. Y ese principio ponderará las categorías entre sí y al interior de cada grupo.

Sección V.- La igualdad a todo el sistema concordatario

Hemos demostrado que el artículo 29 de la ley N° 2230 prevé siempre el pago en base a la perfecta igualdad. Hemos demostrado que una cosa es la igualdad y que algo distinto es la prorrata. Pero resulta que todo el análisis se efectuó en el marco de la ley N° 2230 que tiene acotada su aplicación a las Sociedades Anónimas y a algunas cooperativas.

Es de preguntarse entonces ¿la solución sólo se aplica en el marco de la ley N° 2230? ¿Los comerciantes individuales y todas las otras sociedades no anónimas que régimen tienen? Cuando debemos establecer en la fórmula de pago de una sociedad de responsabilidad limitada que está solicitando un concordato ¿Qué podemos acordar? Si dejamos de lado por un momento los textos legales se nos ocurren algunas variables. Los interesados pueden llegar a cualquier solución en la medida que tengan el respaldo de las mayorías calificadas. Podría ser otra solución que los interesados sólo puedan establecer el pago a prorrata. Y sería otra que puedan establecer cualquier fórmula en la medida que cumpla con los principios de igualdad.

En el ámbito de las normas del Código de Comercio hay disposiciones que regulan cuidadosamente lo que pagar. Y en ese sentido se han marcado límites al monto de la quita que no puede exceder de un porcentaje. Además se estipulan plazos dentro de los cuales ha de satisfacerse el pago del mínimo establecido por la ley.

Pero no hay ninguna que atienda a la forma en que se ha de distribuir entre los acreedores quirografarios. Esta falta de disposiciones ha fomentado que los sostenedores del concepto de pago a prorrata se sintieran seguros. Es más, si ante el texto rotundo del artículo 29 de la ley N° 2230, se generó toda una corriente que entendió que la igualdad que se proclama en ese texto era sinónimo de pago a prorrata, como no van a insistir en esa solución en un medio que carece de normas específicas. Ya algo parecido encaramos en éste artículo porque señalamos que los sostenedores de esa concepción empezaban por imaginar un Derecho

Concursal. Después generalizaban que la igualdad campeaba en todo ese Derecho Concursal, para finalmente concluir que conforme a las previsiones de los arts. 1750, 1751 y 1745 del Código de Comercio, del art. 2372 del Código Civil, el art. 264 de la ley 16462, el art. 464 del Código General del Proceso y los arts. 29 y 43 de la ley N° 2230 sólo se podía pagar a prorrata en un concordato.

Recordarán que explicamos cuidadosamente que emplear la expresión Derecho Concursal era aceptable para dar un título a los fines de conglobar disposiciones, pero que allí se agrupaban la quiebra y el concordato preventivo que eran dos institutos que conceptualmente eran muy distintos y que esa afirmación nacía del distinto, muy distinto tratamiento legal que tenía cada uno de esos institutos.

Hemos demostrado que no soporta un análisis cuidadoso la idea de que el principio de igualdad campea en todo el Derecho Concursal.

Aquí ante esas afirmaciones tenemos que desagregar conceptos. No es adecuado a una forma técnica de analizar normas de derecho hacer aseveraciones que no se demuestren, siempre se ha de buscar el soporte de las aseveraciones. Además reconocíamos que el Derecho es una sumatoria de normas que carecen de un patrón absolutamente lógico, por lo que son comunes en los textos legales lo que denominamos como perfiles o sutilezas que los hombres de derecho deben saber interpretar.

Toda esta explicación a modo de introducción a lo que diremos a continuación. Empiezan mal los que sin estructurar un razonamiento jurídico y por tanto sin dar razones afirman que la igualdad se aplica a todo el Derecho Concursal. Bajo esa denominación ubican dos institutos que son tan distintos, que para aplicarles a ambos en forma idéntica un principio, hay que fundarlo.

En la especie vimos que la prorrata está establecida como sistema básico para regular los pagos en la quiebra.

Y que la igualdad está establecido para los concordatos. Hasta aquí sólo acreditamos que esa afirmación era cierta para los concordatos regidos por la ley N° 2230. Efectuadas las aclaraciones que anteceden vamos a demostrar que también se aplica a todos los concordatos.

El artículo 16 del Código Civil al regular la analogía nos proporciona un camino adecuado para intentar arribar al punto indicado.

La analogía consiste en aplicar a un caso no previsto la disposición conveniente a una situación prevista cuando entre ésta y aquella hay semejanzas y existe la misma razón jurídica para resolverlos de igual manera.

Tenemos razones para poder aplicar el principio de igualdad a otros concordatos que no sean los regulados por la ley N° 2230.

Hay demasiadas comunidades entre los concordatos de esa ley de 1893, por un lado, y los que regula el Código de Comercio y la ley N° 8045 de 11 de noviembre de 1926, por el otro.

Para empezar no se notan diferencias conceptuales entre ambos grupos de normas. Toda la teoría que apoya el concordato es absolutamente común. Desde ya que hay diferencias, y a vía de ejemplo voy a señalar algunas que son trascendentes al momento de llevar adelante uno u otro trámite, pero que de ninguna manera son causa para estructurar una objeción a la afirmación realizada. Y pruebas al canto, son distintas las mayorías calificadas exigidas para cada tipo, son diversas las personas que pueden servirse de cada tipo y en este camino podríamos seguir efectuando enunciaciones y solo servirían para reafirmar la idea que fuera de esos perfiles son ambos conjuntos de leyes, tipificadoras de modalidades del instituto concordato. A las indiscutidas similitudes ontológicas y de regulación jurídica debemos agregarle las históricas. La ley N° 2230 con sus dos modalidades de concordato fue la imagen que guió la pluma del legislador tanto del 1900 como del 1916, oportunidades en que se estructura el sistema de los concordatos del Código de Comercio. La ley N° 8045 de 11 de noviembre de 1926 en nada se aparta de los conceptos básicos, ya que su gran novedad radica en el conjunto de trámites previstos para que adquiriera fuerza vinculante.

A todo lo que antecede le agregamos un concepto más. Nosotros estamos propugnando por la vía de la integración aplicar un concepto que es un principio constitucional como el de la igualdad. Y ese sí que campea en todo el derecho. Entonces puestos a elegir entre la prorrata y la igualdad no nos deben caber dudas que se aplica la igualdad en los términos y la valencia que ya fijamos.

CAPÍTULO IV.- LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS PRIVADOS DE REORGANIZACIÓN

Sección I.- Sobre los orígenes del proyecto de ley a estudio del parlamento

El proyecto de ley a estudio del parlamento referido a “los fenómenos de crisis económica” se inspira en la ley N° 22/2003 de 11 de noviembre española. Esa ley regula exclusivamente lo que denomina como “concurso” que para realizar una aproximación al lector uruguayo, comprende la tradicional quiebra. Y esa ley no regula los institutos denominados preventivos, que son aquellos que pretenden evitar que se llegue a una quiebra, empleando esa última palabra en el sentido que ya hemos señalado.

Hace ya algunos años el Poder Ejecutivo de la época remitió al parlamento un proyecto de ley que tomaba por fuente la ley española ya citada a la que incorporaba normas sobre un instituto preventivo.

Trabajando sobre ese proyecto de ley que no fue tratado por el parlamento, nuevamente el Poder Ejecutivo a través de sus técnicos realizó ajustes. A ese proyecto se le realizó una revisión posterior contando con la colaboración de los distinguidos profesores Dres. Ricardo Olivera García, Israel Creimer y Siegbert Rippe, y es así que se llegó a la ampliación de las normas concluyéndose el denominado acuerdo privado de reorganización. En consecuencia, la primera afirmación que se puede extraer comparando el proyecto de ley uruguayo, con la ley española de concursos, es que no fue de ese texto legal de la Madre Patria que los redactores uruguayos tomaron las normas sobre acuerdos privados de reorganización. Es más, la ley española no tiene normas que regulen el concordato preventivo expresando y denominando el instituto por el nombre, que para nosotros, tiene una larga tradición. Ese proyecto español regula exclusivamente el concurso. Y entonces ¿en qué disposiciones se inspiraron los autores? Afortunadamente hay para esa pregunta una respuesta muy halagadora para el ego de nuestros legisladores. No hay la menor duda que el proyecto de ley en estudio se inspiró en las muy buenas normas sobre concordatos vigentes. Pero atención porque si bien la estructura de procedimiento es muy parecida, hay muy importantes diferencias al momento de determinar quiénes pueden solicitarlo, en cuanto a los efectos, todos temas que marcan diferencias.

Sección II.- Sobre la denominación

En el proyecto de ley se abandona el nombre tradicional de concordato, por el extenso apelativo de acuerdo privado de reorganización. Muchas veces la denominación de un instituto indica en forma sintética lo que es. Como ya hemos señalado en nuestro país se ha reservado la palabra concordato para individualizar una categoría legal.

Al iniciar el estudio del largo nombre que los autores del proyecto dieron al instituto, lo primero que encontramos es el vocablo “ACUERDO”. Esa expresión hace referencia a coincidencia de opiniones, consentimiento para realizar un acto, o directamente suele usarse como sinónimo de contrato, convenio, pacto, todas expresiones que apuntan hacia horizontes distintos al del concordato que por esencia no requiere de ese conjunto de voluntades de todos los obligados como ya explicamos.

La segunda palabra que utiliza para calificar el acuerdo es “PRIVADO”. El artículo 215 bajo el nomen juris de Modalidades del Acuerdo dice que el deudor tendrá la opción de seguir el procedimiento puramente privado o solicitar su homologación judicial.

El procedimiento privado (artículos 215 a 220) da la posibilidad de llegar a la culminación de ese trámite sin necesidad de la intervención del poder judicial. El nombre de puramente privado tiene su razón de ser en la circunstancia de que es posible llegar a transformar la fórmula de pago concordataria en obligatoria para la totalidad de los acreedores quirografarios, (incluyendo a los que prestaron su consentimiento y los que no lo prestaron), sin que haya un trámite judicial y sin que exista una sentencia de homologación. Pero resulta que como ya dijimos al invocar el artículo 215, hay otro procedimiento. Los artículos 221 a 226

establecen el acuerdo sometido a homologación judicial, el que para adquirir fuerza vinculante, requiere de un trámite judicial que desemboca en una sentencia que rechaza la solicitud, o en su caso la acepta, homologándolo. Cuando comprobamos que el nombre elegido sólo tiene la capacidad de contener a una de las formas: la modalidad privada y que carece de la amplitud o generalidad conceptual de encartar también el procedimiento extrajudicial, debemos calificar al nombre elegido como incorrecto. Sí, a lo ya señalado le agregamos que para el legislador el procedimiento extrajudicial es más seguro, y por eso la ley le reserva el rol de respaldar el trámite puramente privado. Lo dicho se comprueba directamente porque si un trámite iniciado por el deudor como puramente privado enfrenta una oposición, ese deudor deberá presentarse ante el Juzgado competente y para la concreción del “acuerdo” se requerirá la homologación judicial. Vemos entonces que el procedimiento mutó de privado a extrajudicial. Para terminar con el análisis del nombre, los autores incorporaron un nuevo calificativo al “acuerdo”, porque dice “de reorganización”. La palabra reorganizar quiere decir volver a organizar en el sentido de reformar una cosa sujetando las reglas, el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen. La reorganización puede referirse tanto a lo interno como a lo externo del deudor, o en su caso, a ambos aspectos de su realidad. Lo que hemos calificado de reorganización interna implicaría que el contenido del “acuerdo” conllevara entre otros contenidos, y con el fin de dar ejemplos de lo que decimos, una reducción o ampliación de los rubros de actividad desprendiendo o adquiriendo bienes, reduciendo o aumentando el personal, etc. El artículo 139 del proyecto de ley refiriéndose al contenido de la propuesta que realiza el deudor en concurso dice “reorganización de la sociedad” expresión que parece alinearse en el sentido que estamos desarrollando. Desde ya que debemos separar la limitación que implica circunscribir la negociación sólo a las sociedades, cuando el deudor puede ser persona física. De todas formas parece aceptable hacer pie en esa disposición para afirmar que la pregonada negociación que contenga el convenio puede ser la interna. La reorganización externa hace referencia a las relaciones de adeudo que mantiene con sus acreedores. En este caso el “acuerdo” podría implicar las tradicionales quitas o esperas u otras soluciones que procuran resolver el endeudamiento que motiva la situación. Y finalmente sería posible que se llegara a soluciones que tomen aspectos de ambas, siendo una clásica que los acreedores cobren ingresando como socios o parte en el negocio del deudor.

En lo sucesivo y para facilitar la lectura, cada vez que nos refiramos al “Acuerdo privado de reorganización” lo haremos con el sintético apelativo de “acuerdo”. Y al usar esa abreviación no cometemos ningún error técnico porque ese fue el proceder del legislador al tener necesidad de invocar el instituto. Podemos apreciar que en el texto del proyecto lo apela por solo el vocablo acuerdo en lugar de extenso oficial. El capítulo I se llama “celebración del acuerdo” y el capítulo V “Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo”.

Cuando el propio legislador actúa así da una mala señal porque acuerdo es algo conceptualmente muy distinto, está apuntando hacia otro negocio jurídico. Y además conlleva reconocer que es, por lo menos, un nombre muy largo.

No queremos finalizar este capítulo sin efectuar algunas precisiones. Está claro que no nos gusta la denominación por largo y porque a través de tantas palabras no logra precisar la materia que regula. Como lo hemos señalado son palabras, que puestas una atrás de la otra en el orden de aparición, carecen de la certeza tipificante del instituto al que se refieren. Lamentamos que se deje de lado la denominación de concordato que si ostentaba la calidad de representar un concepto. Y finalmente si se puede nombrar un instituto utilizando una palabra, por qué emplean tres. Y si la palabra al sentir del derecho uruguayo invoca claramente el concepto de una categoría jurídica y es utilizada desde 1893 sin que nadie la objete: ¿Tendrá sentido inventar una denominación de estructura acumulativa no comprensiva del concordato? Pero concluyamos que el nombre no hace a la cosa y que en el ámbito de los institutos de derecho lo que importa es el contenido y no el nombre.

Sección III.- Breve referencia a la regulación de los “acuerdos”

El proyecto de ley a estudio del parlamento consta de 263 artículos. Los referidos al “acuerdo” son 21 (del art. 214 al art. 235) por lo que representan 7.98% del total. Esos 21 artículos están agrupados en cinco capítulos y contienen una regulación ordenada alrededor de dos formas de tramitación, una denominada “acuerdo puramente privado” y otro “acuerdo sometido a homologación judicial”. El proyecto de ley deja de lado la clásica ordenación de créditos contenida en los Códigos Civil y Comercial y copiando las previsiones del artículo 89 de la ley N° 22/2003 española los clasifica en privilegiados, quirografarios y

subordinados. Tanto la prenda como la hipoteca se enuncian como privilegiados especiales. La mayoría básica para las adhesiones individuales adquieren el carácter de aceptación son idénticas a las previstas en la ley N° 2230. También se ha previsto otra mayoría que será estudiada en especial.

Sección IV.- El artículo 145

La última frase del primer artículo 214 dice que será aplicable al “acuerdo” lo dispuesto por el artículo 145. Ya el “nomen juris” de ese artículo nos llama la atención porque emplea la palabra ventaja. Pero leyéndolo se comprueba que se ha dado un paso importante hacia horizontes desconocidos en nuestra legislación sobre concordatos. En el artículo se regula el contenido de la propuesta en tanto y en cuanto en ella se pretenda hacer diferenciaciones para el cobro entre los acreedores quirografarios. Ese concepto novedoso se construye alrededor de la palabra ventaja que es una mejoría que tiene alguien respecto de otro. Y también es una condición favorable que una persona tiene. Leyendo el artículo lo que se intuye del “nomen juris” se comprueba porque se dice “Cuando una propuesta contenga ventajas a favor”. Aquí a través de una fórmula evidentemente descarnada se está autorizando que se establezca un tratamiento preferencial, que de eso se trata en una fórmula concordataria, dar una ventaja. Pero si era descarnada la palabra en el sentido que se preveía la posibilidad de un tratamiento especial, igualmente rotundo es lo que sigue. Porque hasta aquí nos encontrábamos con un concepto, se puede otorgar una ventaja, pero como decíamos inmediatamente el legislador enumera quiénes pueden ser sujetos beneficiados de esa ventaja.

Y puesto a determinar esos beneficiados se dice “a favor de uno o varios acreedores” si calificamos de descarnada la expresión ventaja, tenemos que ser cuidadosos al momento de referirnos al hecho de que se haya otorgado por vía de la ley, una ventaja que puede referirse a una sola persona. Pasando por un momento de la teoría a la práctica conforme a esta previsión, es posible que una cláusula del acuerdo concursal establezca por ejemplo “Los acreedores cobrarán con una quita del 20% de sus créditos en 15 cuotas iguales y consecutivas que se efectivizan los días 20 de cada dos meses. El acreedor Juan Pérez cobrará el 100% de su crédito a los 5 días de adquirir fuerza vinculante este acuerdo”. Allí tenemos expresada la hipótesis legal, se le ha conferido al Sr. Juan Pérez ventaja individual. Y lo más llamativo que el artículo, y para que no queden dudas, prevee la ventaja individual en el primer lugar del elenco de beneficiarios de esa posibilidad. En la situación que se está regulando y después de preverse la posibilidad de acordar en el texto el escenario más favorable a favor de un solo individuo, pierden importancia por casi inocuas que se enuncie, otras posibilidades como son “varios acreedores” o “varias clases de créditos”.

Volvemos a insistir, el concepto que implica expresión “uno o varios acreedores” porque aquí se confiere la ventaja separada de cualquier condición como podría ser asegurar el aprovisionamiento de insumos u otros similares. No hay duda que el favor es otorgado en razón del beneficiado y nada más.

Esta afirmación que se centra en los dos primeros casos se comprueba cuando uno focaliza la atención en el tercer y último de los enunciados, de este artículo 145. Ese último caso se expresa como “varias clases de créditos”. Con esas expresiones da la sensación que se deja de lado los aspectos subjetivos y nos permite invocar criterios de clasificación dirigidos a ordenar la satisfacción del pasivo en base a la naturaleza del crédito, y no del dueño de ese crédito. Y esta opción bastante más objetiva ambienta otras soluciones. Pero entendiéndose bien para evitar confusiones después de admitir “la ventaja a favor de uno” de los acreedores, todo lo que se diga después, salvo que condicionara exigiendo valores ponderables, carece de utilidad, y eso no sucede. Conforme a esta disposición es legal estipular la ventaja con nombre y apellido.

Esos tratamientos contenidos en una propuesta requieren de una mayoría calificada para su aprobación. Para que esas fórmulas de pago que hemos descripto adquieran fuerza vinculante tendremos algo parecido a lo que sucedía en las dobles mayorías del inciso 1° del artículo 1524 del Código de Comercio. En el régimen previsto para los “acuerdos” en que pretenda otorgar una ventaja para uno o varios acreedores se debe obtener el voto favorable de acreedores que representen el 75% de los acreedores con derecho de voto que es la mayoría básica. Pero además, se requiere otra mayoría agregada que surge de una nueva operación. Para ello entre esos acreedores quirografarios con derecho de voto deberíamos distinguir: a) acreedores aceptantes que integran el grupo de los que reciben el beneficio; b) acreedores aceptantes que integran el grupo de los que no reciben el beneficio; c) acreedores que no se adhieren al “acuerdo”, lo votan en contra, o no dicen nada.

El artículo exige que los acreedores votantes del acuerdo y que no sean beneficiarios del tratamiento ventajoso (los indicados en el apartado b) representen una suma mayor del pasivo que lo que representen los no adherentes al "convenio" (los indicados en el apartado c). Dicho en forma muy sintética grupo B > grupo C.

La redacción de este artículo 145 recoge el especial sentir de los redactores patrios que se apartan expresamente en estos aspectos que reseñamos de lo establecido en el art. 125 español.

Y prueban al cuarto "artículo 125 de la ley española dice:- reglas especiales" "1) Para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características".

En el artículo de origen ni se menciona la palabra ventaja, ni se autoriza el tratamiento ventajoso de un acreedor. Pero además la redacción tiene una construcción en la que puede entenderse que el trato singular (expresión sustituida por ventaja en Uruguay) está también relativizada por el hecho que los dos beneficiarios señalados (ciertos acreedores o grupos de acreedores) deben ser confeccionados o estructurados por sus características. Lo que parece poner distancia con el criterio meramente subjetivo que surge de la variante criolla.

Leyendo el artículo 145 que estamos estudiando se me ha ocurrido una idea que será el inicio del final de este capítulo. Para empezar lo mejor es transcribir la primera parte del artículo que dice "cuando una propuesta" contenga ventajas a favor de uno". Aquí se está haciendo un juicio de valor del contenido de una propuesta en la que comparamos a uno el "ventajero", de otros acreedores que son "ventajeados". Y hacemos una valoración que tiene por fundamento comprobar esa ventaja y otorgársela expresamente y sin fundamento al ventajero.

Cuando recordamos las valencias que atribuíamos el principio de la igualdad en el Capítulo II Sección II) de éste trabajo, en donde señalábamos que la igualdad era un derecho relacional en la medida que no tenía contenido propio sino que implicaba comparar dos entidades para determinar si eran equivalentes, podemos apreciar las diferencias. La Constitución y el art. 145 ambos valoran dos situaciones con objetivos absolutamente opuestos. Poniendo una junto a la otra parecen responder una la del artículo 8 de la Constitución a lo que denomina como principio de igualdad. Y el artículo 145 en tanto y en cuanto permite otorgar una ventaja a uno o varios acreedores por lo menos y para decirlo de la forma más amable posible no se adecua claramente a esos parámetros.

Terminando y refiriéndonos a lo que venimos de decir, no escapa al buen criterio que muchos aspectos de la conceptualización legal prevista para los "acuerdos" en ese proyecto de ley, quizás, tenga fuertes encontronazos con el resto del sistema legal patrio.

Y recordando el texto del art. 29 de la ley N° 2230 de 1893 nos preguntamos ¿valdrá la pena el cambio?

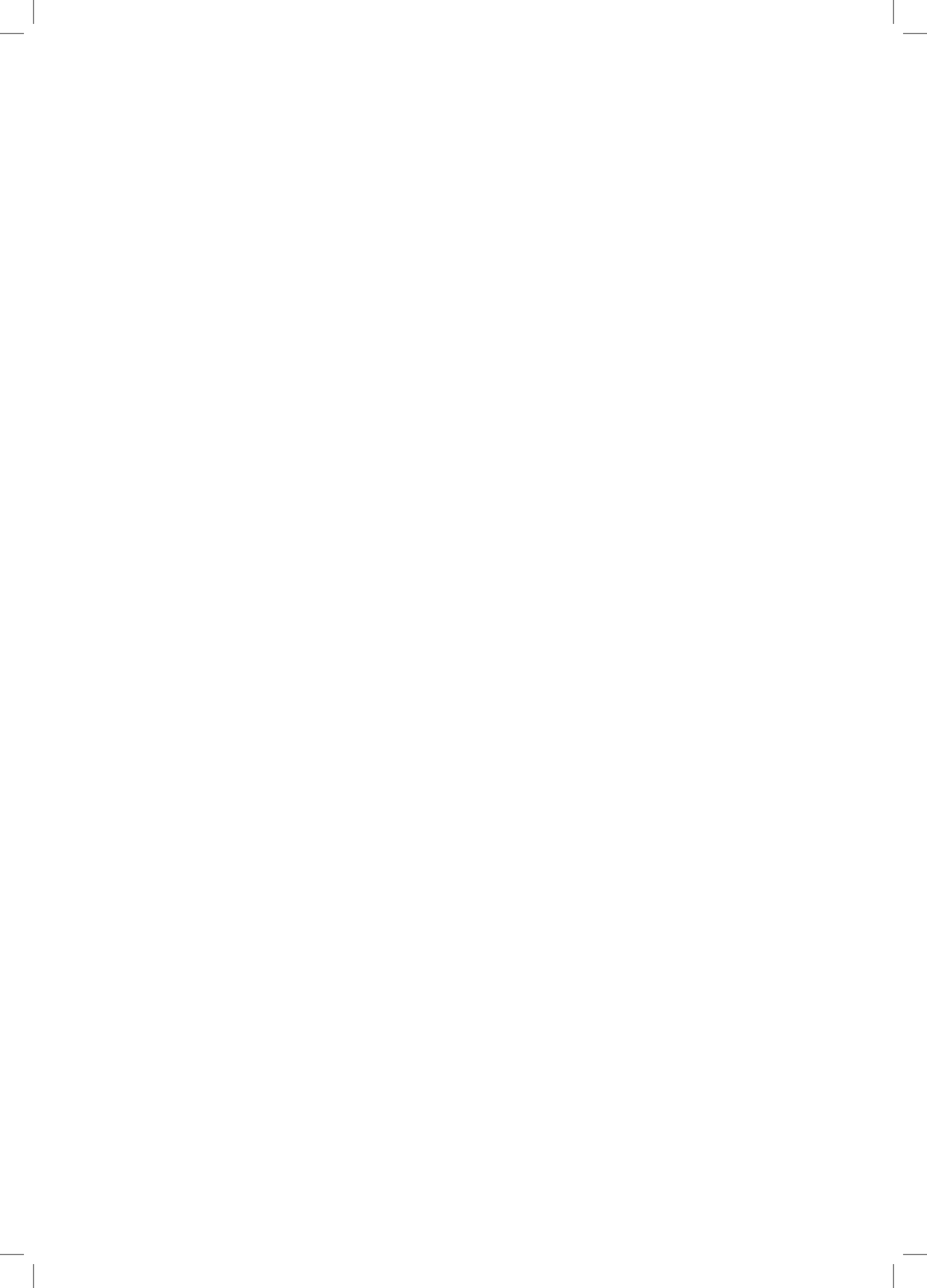
Sección IV.- Evolución inversa entre la legislación y la doctrina

No podemos cerrar este artículo sin destacar la inversa evolución que percibimos de la legislación por un lado y por el otro de las preocupaciones teóricas.

Hemos señalado que la perfecta igualdad estaba exigida por el artículo 29 de la ley N° 2230 del año 1893. En el proyecto de ley a estudio del parlamento encontramos que el artículo 145 maneja otras ideas con lo que pasaríamos de las exigencias de la perfecta igualdad a desprendernos de esa valencias en el artículo 145.

Por el contrario la doctrina de los años 1930 no le prestó importancia al punto. Después los autores más modernos le reconocieron a la igualdad la calidad de los principios tuteladores pero sin empeñarse en el tema. Y finalmente los autores que han trabajado en la primera década del siglo XXI han puesto las cuestiones de la igualdad en los concordatos en un lugar destacado. Es más, ya han surgido sentencias que encolumnándose en las concepciones ya referidas se fundan en el principio de la igualdad, para llegar al fallo.

Cuando aparentemente el concepto de igualdad en los concordatos puede tener modificaciones importantes por la derogación de la ley N° 2230 han aparecido en los autores las preocupaciones teóricas.



ALGUNAS PECULARIEDADES DEL PROCESO CONCURSAL PARTES – COMPETENCIA – FUERO DE ATRACCIÓN – CÚMULOS

JAIME GREIF

SUMARIO:

“En el cuarto sin ventanas” Adolfo Bioy Casares señala que “el que se pierde en las circunstancias no encuentra la verdad”.

Y dicha expresión que da inicio al cuento es también aquí de aplicación: de lo que se trata es de comprender diversos fenómenos sustanciales que refieren a la ejecución colectiva para ir superando diversos problemas que el tema nos presenta: por un lado el de los sujetos legitimados, por otro el de la competencia y sus alcances, por otro el referido a la real graduación de los créditos.

Y finalmente la realidad actual del régimen concursal en el cual la meta de la distribución ajustada de los créditos contra el deudor, parece haber sido superada por el de mantenimiento de la actividad empresarial, como vía indirecta para satisfacer los derechos de los diversos interesados: empleados, acreedores privilegiados, acreedores quirografarios.

Y de ello resulta el nacimiento y desarrollo de la vía administrativa, como paso previo a la vía concursal.

De que modo esta vía administrativa altera o llega a alterar la vida de la empresa, y de los sujetos en ella implicados es en realidad uno de los temas esenciales de la actual temática concursal.

Aquí el proceso pasa a través de la actividad negocial, y ello determina en cierto modo el objeto, los sujetos y el modo de proceder.

Del principio de igualdad ante la ley a la pervivencia de la empresa.

I - INTRODUCCIÓN

Abordar el tema concursal en forma parcial, como quiere la convocatoria de las Jornadas, no debe impedir un primer enfoque sobre el problema del instituto en sí, tomado como objeto de análisis. Y mas aun comprensivo de las dos especies tradicionales en nuestro derecho: el concurso civil y las diversas formas de ejecución colectiva que afectan al deudor comerciante - concordato, quiebra, liquidación judicial-, y que alcanzan también a una figura especial, la del conjunto económico.

La raíz de todas las soluciones, se encuentra obviamente en la disposición contenida en el artículo 2372 CC, según el cual: “los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables – artículo 2363 – son la garantía común de los acreedores. Y el precio de ellos se distribuye entre estos a prorrata, a no ser que haya causas legítimas de preferencia (artículo 1295).

La ley no reconoce otras causas de preferencia que la prenda, la hipoteca y los privilegios”.

Como veremos, la legislación reciente, y no sólo la nuestra, ha alterado en cierto modo el esquema tradicional, al determinar el orden de graduación, llegando según algunos a equiparar determinados créditos privilegiados con los créditos preferentes.

El propio Mazeaud, indica que la situación del comerciante cuyo patrimonio está en liquidación, hasta el cierre del proceso de la administración de sus bienes en beneficio de la masa de sus acreedores, no implicaba una incapacidad. En efecto los actos que cumplía el deudor eran perfectamente válidos a su respecto y lo obligaban sobre sus bienes, pero esos actos eran inoponibles a la masa de acreedores.

Ni el desapoderamiento ni la inoponibilidad, son una incapacidad.

Al contrario, con la nueva liquidación judicial, la sanción del desapoderamiento es una nulidad absoluta que puede ser reclamada por cualquier interesado, pues la masa es una noción que ha desaparecido. El desapoderamiento tiene lugar en beneficio del liquidador.¹

1 - cf. Mazeaud, Leçons de droit civil, Tomo 2, pag. 221 - 1991

Me pareció de interés comenzar por el principio de la responsabilidad patrimonial, y aun por las “evoluciones” recientes, antes de analizar en detalle algunos de los temas que afectan a la ejecución colectiva, hoy, entre nosotros.

II - LAS DIVERSAS MODALIDADES DE LA EJECUCIÓN ACTUAL

Tradicionalmente, ya en el CPC se distinguía la ejecución singular de la ejecución colectiva.

En el primero de los supuestos, el deudor debe hacer frente al reclamo de un acreedor y posee bienes bastantes para cubrir la cantidad reclamada, como señala hoy el artículo 454.3 del CGP.

El supuesto restante, refiere al concurso necesario, y lo habrá “cuando dos o mas acreedores hubieren iniciado ejecución contra el deudor y no existieran bienes bastantes para cubrir la cantidad reclamada.

Como señalaba el Tribunal Primero en la sentencia 93 del 2000 “el concurso necesario una vez decretado, ingresa en una etapa ejecutoria, que no se puede asimilar a instancia de un juicio. Se trata en el concurso, al igual que en la quiebra, de un procedimiento de ejecución colectiva, que no puede retrotraerse una vez ejecutoriado, y su culminación no puede ser otra que la contemplada en los procedimientos específicos regulados en cada instituto.(cf Mezzera en lo referente a la quiebra – Curso, Tomo VI, pag. 222).

Moretti, analizando las formas de terminación del concurso conserva que aceptada la cesión de bienes o después de declarado el concurso, la perención dejaría las cosas igual, como si no hubiera ocurrido (Apuntes de derecho procesal, Tomo II, pág. 81)”

Junto a esta primera distinción, podemos recordar los comentarios acerca de la naturaleza del concurso efectuados por Barrios de Angelis, para quien se trata de un proceso judicial, caracterizado por su objeto, sus sujetos y sus finalidades: el objeto es la condición especial de un deudor y su patrimonio – la real o presunta cesación de pagos; sus sujetos específicos son un deudor común y la totalidad de sus acreedores – quirografarios, preferentes (prendarios o hipotecarios) privilegiados – fiscales o laborales; y las finalidades consisten en la liquidación de bienes y pago a prorrata de los créditos y/o el cambio de la relación negocial entre el deudor y sus acreedores, que se traduce en la ampliación del plazo para pagar- espera -, y en las eventuales quitas que faciliten el mantenimiento de la actividad negocial.

Como consideración complementaria, Barrios señalaba que el concurso debe analizarse no sólo como un modo de ejecución colectiva sino como lo que él denomina un modo de conocimiento colectivo,² hipótesis que la doctrina tradicional – Arlas o Viera - calificaban como proceso voluntario, entendiéndolo que los supuestos en que solo se otorgan quitas o esperas, los denominados generalmente como de arreglo concordatario, no suponen la existencia de un litigio sino de un proceso no contencioso.

Sin entrar a fondo en la discusión referida, cabe recordar que la doctrina comparada mas reciente –p.e. Tarzia se afilia a la tesis del proceso voluntario-³

III - LAS PARTES Y LOS TERCEROS EN EL PROCESO

III a.- En este sentido, Candian consideraba partes a los acreedores concurrentes a la ejecución colectiva, como “sujetos del proceso y también sujetos de la litis o sea del interés”, y luego, aunque con algunas dudas calificaba también al fallido como “sujeto pasivo de la ejecución colectiva” y no solo como sujeto habilitado para cumplir actividades peculiares del demandado en el proceso de cognición y el deudor en el proceso de ejecución singular.⁴

III b.- Treinta años mas tarde, Francisco Ferrara, excluyendo los procedimientos desenvueltos en contradictorio, concibió a la quiebra como un proceso administrativo – sin partes en sentido formal-, en tanto el Estado asume la tarea de proveer de oficio a la liquidación del patrimonio del deudor y satisfacer a los acreedores: deudor y acreedores son aquí simples interesados en el procedimiento⁵.

2 - en “El proceso civil”, Tomo 2, pag. 153 y 154

3 - a las cuales alude el propio Barrios, y Tarzia en Revista di diritto processuale, “Proceso sin partes”

4 - Il processo di fallimento

5 - Il fallimento – Milán 1966

III c.- Distinta fue la postura de Michelli, quien tuvo en cuenta la iniciativa en la apertura del proceso y en su estructura, llegando a ubicarlos como manifestación de la jurisdicción objetiva o con contenido objetivo. Postula así la universalidad de partes en litigio, aun en el concordato preventivo por administración controlada.⁶

Ello no obstante, no se excluiría la noción de parte: a veces hay finalidad liquidatoria o sancionatoria y en el concordato preventivo, la finalidad de la tutela está en la buena marcha de la economía, ya sea para salvar la empresa o para eliminar las no recuperables.⁷

III d.- Junto a las figuras tradicionales del fallido y los acreedores concursales,⁸ legislaciones y doctrina han destacado diversas posibilidades de tercerías:

- * así los terceros que contrataron con el deudor, en contratos no cumplidos total o parcialmente, al momento de iniciarse el proceso concursal.
- * los terceros que han celebrado contratos o recibido pagos y garantías sujetas a resolución;
- * los fideicomisarios del insolvente⁹
- * los coobligados solidarios;
- * los obligados por una acción de regreso;
- * los socios de la sociedad fallida obligados a pagar su cuota.
- * y la extensa categoría de "los demás interesados" o "cualquiera que tenga interés" – que se supone directo, personal y legítimo.

Y finalmente los trabajadores dependientes de la empresa, que han determinado un eje de gran controversia en los años recientes

III e.- La ley regula entre otros, la situación de los terceros que estipularon contratos con el deudor, aun no cumplidos o cumplidos parcialmente al momento de la apertura del concurso – artículo 72; los terceros que estipularon negocios o recibido pagos y garantías sujetas a revocatorias, artículo 64, los fideicomisarios del insolvente, los coobligados solidarios y los obligados en vía de regreso, los socios de la sociedad fallida obligados a pagar sus cuotas – 150, 151, etc.

Y también la situación de los otros interesados donde resalta la situación de los trabajadores dependientes de la empresa.

Estas categorías no son unitarias: para las empresas comerciales se distinguen aquellos supuestos de concordato o quiebra o la denominada liquidación administrativa, frente a la situación de las pequeñas empresas.

Los acreedores se ubican de modo diverso según tengan privilegios o sean quirografarios, o se trate de acreedores condicionales o hipotecarios no admitidos en el proceso.

En la legislación italiana aparece un concepto diverso de categoría de acreedores: los que tienen derechos en la distribución parcial de la denominada liquidación coactiva administrativa (artículo 212; y régimen especial al cual nos referiremos al mencionar el denominado caso Parmalat)

Esa subdivisión de deudores ha marcado profundamente la evolución de la legislación concursal _ así sociedades bancarias y de seguros en 1989 y luego el grupo EFIM; y más recientemente la Ley Berlusconi de 2003 y 2004 referida a las grandes empresas.

Nace así el proceso de administración extraordinaria de grandes empresas en crisis.

Pero además se dan variantes entre los acreedores privilegiados o quirografarios respecto de los acreedores de la masa: trabajadores, ancianos, pequeños cultivadores, etc.

En Europa los trabajadores tuvieron amparo de la Comunidad Europea (20 de octubre de 1990 y una sentencia del 19 de noviembre de 1991 y una sentencia de condena por morosidad y resarcimiento de daños).

Se ha dispuesto asimismo la revocación de los mandatos irrevocables celebrados en los dos años anteriores.

Lo cierto es que el derecho reconoce discriminaciones profundas basadas en la relevancia del crédito y su tutela, más allá de la paridad de trato entre acreedores (la prorrata que está en la raíz de la distribución de los bienes integrantes de la masa).

¿Cuáles son los límites de la legitimidad?¹⁰

6 - cf. Michelle "Opere minore DPC, II Milán 1982

7 - ob. Cit. En Studi in onore di Zanobini, volumen V pag. 445-447

8 - como veremos más adelante

9 - entre nosotros ver ley que regula el fideicomiso

10 - ver "Paridad y discriminación entre acreedores en los procedimientos concursales" en "La quiebra" - 1984

Lo cierto es que se ha producido una ampliación del área de los intereses tutelados en los procesos concursales: por un lado aparece la figura del empresario (la empresa) y la acentuación en el interés de conservar la empresa – aun para venderla – y la salvaguarda de los intereses de los trabajadores.

Ello puede apreciarse en la ley comunitaria de 1990 y disposición de 23 de julio de 1991 – cesión de la azienda o su arriendo –.

Con referencia a la conservación, nos enfrentamos a la “cura” de la empresa, que aparece como finalidad de la administración controlada y su extensión a dos años, así como las gestiones de salvaguarda de los patrimonios empresarios y del nivel ocupacional que justifican la prórroga de la clausura – Ley 8 de junio de 1984; (ver situación Sudamtex).

Y no es todo: las categorías de acreedores son precisadas, estableciéndose una preferencia para los trabajadores dependientes y empresas industriales con menos de 100 trabajadores.

Y se establece una interpretación de la Ley Prodi de 1984, si el cesionario de la empresa se compromete a continuar por lo menos por dos años la actividad productiva y mantener el nivel ocupacional.¹¹

Al comentar esta normativa, parte de la doctrina ha señalado su preocupación por la creación de una serie de estatutos especiales que atiendan la insolvencia de los particulares deudores, fuera de las normas de garantía generales: son las que Tarzia denomina leyes “retrato” relativas a los arreglos específicos; o el criterio del Ejecutivo de afrontar los desarreglos mas graves, con medidas ad hoc, con procesos anormales que otorgan extensos poderes discrecionales a un comisario liquidador o a los ministros o a un órgano de vigilancia para transferir bienes sin control jurisdiccional civil o administrativo (como fue el caso EFIM en 1993).

Pienso que algo similar ocurra con el decreto ley de 24 de diciembre de 2003, cuyo contenido veremos que fue modificado progresivamente para volver a una legislación mas general (y que refiere a Parmalat SPA y sus colaterales).

Coincido con Tarzia en la necesidad de frenar la legislación de emergencia - y recuerdo así la que puso fin a la crisis bancaria del 2002 y 2003 aunque allí se dispuso la liquidación judicial de determinados bancos, pero no se solucionaron ni cerca los problemas de los acreedores quirografarios y cientos de trabajadores debieron sacrificar sus puestos de trabajo.- y también en dar certeza a los remedios contra la insolvencia, respetando los derechos individuales de todos.

Sólo así se realizará aquel interés general que reconocemos habitualmente, no como el interés prevalente en una situación política y económica contingente ni como la simple, imposible suma de aspiraciones inconciliables, sino como la razonable composición de los intereses que animan la sociedad civil.¹²

III.f.- Concurso del grupo económico

En fecha reciente se ha planteado entre nosotros la existencia de empresas vinculadas por lazos de coordinación o subordinación, las cuales han sido objeto de regulación de la ley n° 16060.

Pero con anterioridad, circulares del Banco Central y aun del Banco de Previsión Social aluden a situaciones referidas a los conjuntos económicos.¹³

La inexistencia de normativa precisa, aun en la segunda ley de urgencia, genera problemas en cuanto a la admisibilidad en nuestro derecho en cuanto al concurso del conjunto económico.

Se ha sostenido doctrinariamente, que es procedente que el actor promueva un litis consorcio facultativo, que será tramitado por el juez en concordancia, teniendo en cuenta que sustancialmente existiría un único patrimonio de afectación.

En los hechos existen escasos antecedentes de presentación conjunta de empresas, los cuales fueron tramitados en un solo expediente y con un solo síndico.

Obviamente el riesgo de que la falta de las mayorías requeridas legalmente, apareje la disolución o quiebra de todas las empresas, configura una limitante a la solución unitaria.

Por eso estimo que las soluciones legales que admiten las cesiones de empresas – o de capital accionario de las mismas - a terceros y mantienen el mecanismo del concordato para las restantes, siempre que no exista fraude en perjuicio de los acreedores, puede resultar mas efectiva (y lo veremos oportunamente)

11 - La venta de la azienda, pag. 303

12 - ob. cit. Pág. 593

13 - En este sentido existe alguna norma reciente que habilita el concurso de los conjuntos económicos.

IV - LA COMPETENCIA

IV.1.- La innovación legal.

No en forma pacífica, pero sí atendiendo a una evidente necesidad práctica, la segunda ley de urgencia – número 17292 de 25 de enero de 2001 – innovó en esta materia de modo esencial, al crear dos juzgados letrados de concursos (mediante transformación de dos juzgados civiles).

El ámbito de su competencia, se limita a la primera instancia de todos los procedimientos concursales: concursos civiles, concordatos, moratoria de sociedades anónimas, quiebras y liquidaciones judiciales (correspondientes al departamento de Montevideo, - artículo 12).

Se modifica así el criterio unificador de la competencia establecido en el CGP, que creó ámbitos especiales en materia de familia, laborales y civiles (comprendiendo aquí la desaparición del fuero de comercio, tal como sucediera desde larga data). La razón básica de la innovación, impulsada largamente por la cátedra de derecho comercial, radicó en la conveniencia de concentrar en una magistratura especializada una problemática jurídico-económica cada vez mas acentuada.

Originariamente se preveía que los nuevos jueces tuvieran competencia nacional, pero en definitiva la misma se limita a Montevideo.

IV.2.- El fuero de atracción.

Tradicionalmente se ha sostenido por la doctrina y tiene también consagración legal el denominado fuero de atracción, que sustancialmente implica una ampliación de la competencia originaria del órgano encargado de llevar adelante el concurso.

En tal sentido, existen numerosos fallos coincidentes de la jurisprudencia, pudiendo citarse a vía de ejemplo la sentencia 194/97 del Tribunal Séptimo cuando señala que “si bien es cierto que la liquidación de una sociedad anónima reviste clara naturaleza concursal, y que por directa consecuencia de lo dispuesto por los artículos 13 de la ley 2230 y 1575 y 1598 del C. de Comercio, el proceso liquidatorio posee fuero de atracción respecto de todos los juicios pendientes o a iniciarse después de la quiebra, en los cuales el fallido sea demandado... RUDP Tomo 3-4/98.

El fuero de atracción se manifiesta por la pérdida de competencias naturales, territoriales, por uno o mas tribunales, a favor de otro, en principio incompetente, por razones de excepción (Barrios de Angelis, El proceso Civil II, pág. 165)¹⁴

En el caso del concurso no existen discrepancias respecto de que el proceso atrae a su fuero... conforme al artículo 457.5 CGP el juez del concurso requerirá el envío a su sede de todos los juicios ejecutivos en trámite en los que el deudor es demandado, actúa sobre todos los procesos que tengan relación sobre el patrimonio del deudor como objeto pasivo: las ejecuciones del artículo 454.3 y las demás que refiere el artículo 457.5 del mismo cuerpo normativo (cf. Barrios de Angelis).

A diferencia de la quiebra, el fuero de atracción del concurso sólo alcanza a los procesos de ejecución y los ejecutivos incluidos los hipotecarios y prendarios.

Por tanto un juicio ordinario por cobro de pesos que refiere a un co-demandado no lo afecta ya que queda excluido del fuero de atracción del instituto (sentencia nº 50/2001 TAC 2º).

Finalmente el TAT 2º señalaba en sentencia 41/07 que el fuero de atracción de la quiebra, no alcanza a los créditos laborales cuya procedencia y monto debía ventilarse ante la justicia especializada (cf. Plá – Olivera, Revista de derecho laboral, n1 125, pag. 365) .

Se reitera que el artículo 11 del decreto ley 14188 establece que los acreedores laborales (al igual que los prendarios e hipotecarios) pueden ejercer sus acciones fuera de la quiebra o de la liquidación de sociedades anónimas.

Este tema que dice relación con la realización de los créditos preferentes o privilegiados, incluyendo los fiscales, será objeto de consideración ulterior.

V - LOS CRÉDITOS DEL CONCURSO

Ingresando a un capítulo posterior, referido a la situación en que se encuentran determinados créditos a ser objeto de consideración expresa en el marco concursal, la doctrina ha relevado en forma reiterada, diversas situaciones:

14 .- De acuerdo a comentarios al respecto, una vez sancionado el artículo 113 de la Ley 17292, el fuero de atracción de la quiebra y el concurso, rige para todos los procesos concursales.

a) Los créditos hipotecarios y prendarios.

La legislación civil y comercial, ha colocado fuera de la masa concordataria aquellos bienes afectados por prenda o hipoteca, estableciendo que si sus titulares concurren a las respectivas liquidaciones, ven perjudicado su beneficio.

El régimen actual prevé que los acreedores hipotecarios prendarios o privilegiados integren la comisión de acreedores referida en el artículo 16 de la ley 17292, sin que ello implique la renuncia a sus derechos.

Acreedores hipotecarios y prendarios gozan de una preferencia otorgada por la ley, pudiendo hacer efectivos sus derechos fuera del concurso.

b) Los créditos privilegiados.

b.1) Los créditos fiscales.

De acuerdo al artículo 1732 inciso 6 del Código de Comercio se ubican dentro de la primera clase de créditos privilegiados los atrasos de impuestos públicos o municipales (cf. Federico Berro).

Este concepto ha sido tomado en sentido mas amplio por la Administración, incluyendo intereses, recargos y sanciones

Esta disparidad de criterios vuelve necesario precisar el alcance del crédito fiscal habiéndose propuesto la sanción de una norma similar a la ley 24522 argentina, donde el privilegio alcanza solamente al capital.¹⁵

b.2) Los créditos laborales

También el Código de Comercio señala en el artículo 1732 numeral 4, que los créditos laborales integran la primera clase de créditos privilegiados.

Con posterioridad, el decreto ley 14188 estableció que el acreedor laboral que tiene un crédito reconocido por sentencia, en caso de quiebra o concurso no está obligado a guardar sus resultas para ejercitar las acciones que correspondieran.

Esta redacción llevó a algunos a pensar en los créditos laborales reconocidos, como créditos preferentes.

En tal sentido, la sentencia n° 142/89 del Tribunal Civil Sexto importó un primer reconocimiento a la postura de Plá, relativa a la situación de los créditos laborales (Revista de Derecho Laboral, Tomo XIX, pag. 569)

En dicha sentencia el Tribunal invocó además el principio in dubio pro operario, sosteniendo que existiendo dudas de interpretación de la norma, debía aplicarse aquella mas favorable al trabajador, en cuyo mérito declaró el mejor derecho de los terceristas a cobrarse sobre el producido del remate (prefiriendo a éstos respecto de acreedores prendarios con créditos posteriores).

Por supuesto que esta posición del Tribunal fue acompañada por la doctrina laboralista en general (así por ejemplo Ermida).

No ocurrió lo mismo con la jurisprudencia posterior que en general no acompañó la tesis propuesta por el Dr. Bermudez.

Menos aun con buena parte de la doctrina que a partir de un trabajo de Jorge Luis Gamarra (publicado en el Anuario de Derecho Civil, Tomo XXI) sostuvo decididamente que el artículo 11 de la ley 14188 no otorga al acreedor laboral mejor derecho a cobrarse sobre los bienes gravados con prenda o hipoteca.¹⁶

Dicho autor señala que no existe fundamento para pensar que haya existido una derogación tácita de los artículos 1737 del Código de Comercio y 2381 del Código Civil.

Lo que ha establecido el artículo 11 de la ley 14188, es el derecho de los acreedores laborales a cobrar sus créditos con independencia de las resultas del concurso. Pero si existe un conflicto de intereses con acreedores prendarios o hipotecarios deberá regir la normativa general que prioriza los derechos legales de garantía sobre los personales, y aplicarse además el principio de la prioridad en el tiempo.

Si lo que se pretende es la inoponibilidad de la garantía real anterior frente al derecho personal del acreedor laboral, ello deberá ser objeto de regulación legislativa expresa, dada la entidad de la modificación legal que se pretende

A mi juicio la armonización propuesta por Gamarra entre los textos tradicionales, el decreto ley 14188 y el convenio 95, resulta adecuada desde el punto de vista interpretativo.

En consecuencia, carecería de sentido propiciar una interpretación de la ley que solo es de aplicación en los supuestos previstos en los artículos 16 y 17 del Código Civil.

Existe finalmente una remisión a los textos constitucionales de protección al trabajo, pero de hecho ellos indican al legislador la tutela que deberán brindar a los trabajadores, la cual no significa crear un super derecho que se impone a todos los demás en todas las circunstancias: el texto constitucional contiene múltiples disposiciones de amparo a la totalidad de los habitantes como el principio de igualdad consagrado en el artículo 8 que pueden alterar la solución que se pretende.

15 - cf. "Empresas en crisis en el Uruguay" pag. 87

16 - ob. Cit. Pag. 563 y siguientes

VI - LOS DESAFÍOS DE LOS CONCURSOS DE HOY

Diversas circunstancias conducen o han conducido en el tiempo a infinidad de empresas, a los denominados estados de insolvencia con escasas o pocas posibilidades de recuperación.

Desde siempre las denominadas hipótesis de ejecución colectiva – concursos, moratorias, concordatos preventivos o no, judiciales o no – han servido para procurar la superación de los llamados estados críticos en la empresa.

Modernamente se han propuesto diversas fórmulas tendientes a la reestructuración de la empresa, de modo tal de culminar en un respeto razonable de los derechos de los acreedores y en el mantenimiento de la actividad de la empresa, que incluye como factor esencial la permanencia de la fuente de trabajo de su personal.

Esta situación, de la cual el país ha vivido ejemplos recientes en los casos FUNSA y SUDAMTEX o en algunas sociedades médicas recapitalizadas o en la situación de los bancos intervenidos que culminara con la fusión y clausura de alguno de ellos, y la creación de nuevas entidades a través de prórroga en los plazos para el pago a acreedores, abatimiento del crédito fiscal, redistribución o cese de los funcionarios, aun abatimiento de los créditos nacionales o municipales.

Esta situación, propia de períodos de crisis económica, llevó en otros países al dictado de legislación de emergencia del cual el último ejemplo aun vivo, refiere a situación de un conglomerado con sede en Parma y 36 filiales en el mundo, una de ellas en Uruguay, y con un capital de euros 815.659.721: Parmalat Spa. y sus colaterales.

De modo súbito, dicha empresa ingresó a un estado patrimonial casi insoluble, con denuncias de fraude a terceros y dada su envergadura, el Estado italiano se propuso llevar adelante el salvataje de la empresa, teniendo en cuenta la cantidad de intereses implicados en su gestión.

Se partió de un decreto legislativo de 23 de diciembre de 2003, referido a grandes empresas en estado de insolvencia – con deudas no inferiores a un millón de euros – así como trabajadores subordinados... que se propongan efectuar una reestructura económica y financiera...

Establece un mecanismo de admisión inmediata de la administración extraordinaria de la empresa, con intervención del Ministerio de la actividad productiva – con una relación detallada y documentación adecuada, así como un pedido de declaración del estado de insolvencia dirigido al tribunal del lugar... el ministro valorando los requisitos admite la administración extraordinaria y propone al comisario extraordinario comunicándolo al tribunal (artículo 2).

De acuerdo al artículo siguiente este comisario desarrolla las funciones del denominado comisario judicial.

Dentro de los 60 días debe dar cuenta al tribunal de la documentación e informaciones previstas legalmente.

Puede asimismo requerir al ministro la admisión del procedimiento de administración extraordinaria para otras empresas del grupo (artículo 3).

Según el artículo 4 el tribunal declara el estado de insolvencia y dentro de los 180 días el comisario presenta al ministro el programa de reestructura, causas de insolvencia, nómina de acreedores, créditos respectivos y causas de prelación.

Si el ministro no autoriza el programa de reestructura o cesión de empresas, se dispone la conversión de la administración extraordinaria en quiebra.

Se prevé no obstante, la posibilidad de que el programa de reestructura implique la satisfacción de los acreedores a través de un concordato que puede considerar un trato diferencial para pequeños acreedores o pertenecientes a clases diversas, atribución a los acreedores de acciones o cuotas.

Para aprobar el concordato, se requiere mayoría absoluta de los créditos y sentencia especial del tribunal, la cual es ejecutiva. Puede apelarse por el deudor, el comisario o los acreedores pero la apelación no es suspensiva.

Cuando la sentencia de homologación adquiere cosa juzgada se cierra el procedimiento de la administración extraordinaria.

El comisario está facultado para proponer acciones revocatorias, así como cesión o uso de bienes, de negocios o de rama de negocios de las empresas.

Finalmente el 3 de mayo de 2004 se dicta el decreto n° 119 incluyendo además de las administraciones extraordinarias, un programa de cesión de empresas, la definición de un sistema de gobierno corporativo, incluyendo cadena de control societario, estatuto social, código de conducta, etc.

En conclusión la referencia precedente tuvo por finalidad indicar algunos aspectos que se consideran significativos, tales como:

- a) la intervención del ministerio de actividades industriales (u otro conexo)
- b) la actividad de la empresa girando en torno a la figura del comisario extraordinario
- c) la intervención judicial necesaria – aunque en funciones de control, típicas de la jurisdicción voluntaria.
- d) la necesidad de un proyecto de reestructura a ser aprobado por el Ministro
- e) las diversas opciones de salida, a través de un concordato con mayorías simples, y la admisión de diversas clases de acreedores con soluciones distintas.
- f) posibles cesiones de empresas del grupo, u otras variantes como cesión de cuotas sociales a los acreedores, etc.
- g) la quiebra si la reestructura proyectada no es aprobada

VII - CONCLUSIONES

De las normas de ejecución colectiva del viejo Código de Comercio, pasando por el régimen de concordato privado de la ley del 26 hasta llegar a la ley 16613 de intermediación financiera de diciembre de 2002, que previó diversos mecanismos para posibilitar una reestructura del sistema bancario, podemos inferir que las prioridades se han volcado hacia mecanismos superadores de crisis, consagrando normas que implican en muchos casos el abandono del principio igualitario de los acreedores: mas que en la justicia distributiva – dar a cada uno lo suyo – se piensa en tratar desigualmente a los desiguales. Y ello aun en la forma concordataria, que sigue siendo la vía de conclusión para evitar la quiebra, pasando por una figura intermedia, la administración extraordinaria a cargo de un comisario extraordinario, un verdadero Interventor con facultades plenas, incluyendo funciones de Síndico propuesto por el ministro y designado por el juez.

Como se ve el Poder Ejecutivo y Judicial buscan llevar adelante un procedimiento mixto para arribar a la solución concordataria, que se mantiene así como la fórmula final para recomponer la actividad societaria.

Casi diríamos vino nuevo en odres viejos.

¿ES DISCRIMINATORIA LA LEGISLACIÓN ANTI-DISCRIMINACIÓN?

MIGUEL LANGON CUÑARRO
*Profesor de Derecho Penal, Facultad de Derecho,
 Universidad de Montevideo y Universidad de la República*

SUMARIO

1 - Propósito

La legislación común antidiscriminatoria, ha quedado concretada, en lo criminal, luego de las reformas de 1989 y 2003¹, en las disposiciones de los artículos 149 bis y ter del Código Penal².

Nos proponemos en este trabajo poner de manifiesto algunos problemas básicos que presenta esta parte de la legislación penal, y específicamente, sin perjuicio de otros alcances:

- a) el asunto de los delitos de manifestación y limitaciones a la libertad de análisis y de crítica;
- b) el alcance limitado de la protección en cuanto sólo alcanza a determinadas categorías protegidas;
- c) problemas de concurso con otras figuras con contenido similar, y
- d) eventuales propuestas de modificaciones futuras.

2 - Antecedentes y concordancias.

Las disposiciones referidas en el texto tienen varios antecedentes dentro de la ya antigua legislación nacional.

Originalmente estaban previstas en el mismo artículo que prevé el delito de apología o el de instigación a desobedecer las leyes, que hoy aparecen con individualidad propia en los artículos 148 y 149 C.P.³.

El Código Penal antiguo, de 1889, establecía como delito en su art. 135, el hecho de *excitar* "al odio u hostilidad contra cualquiera de los diversos *gremios sociales*" (los subrayados son míos), mientras que, el texto original de IRURETA GOYENA, del C.P., de 1934, definía el hecho punible como la conducta de *suscitar o promover en forma pública el "odio de clases"*.

CAMAÑO ROSA⁴, señalaba la importancia del cambio de expresiones utilizadas por el legislador pues suscitarse es algo más que excitar, y odio es más enérgico que la simple hostilidad, contrariedad o enemistad, así como el desprecio o el ridículo, ya que supone antipatía aversión dirigida deliberadamente a perjudicar, humillar o abatir.

1 Estos artículos fueron incorporados al Código Penal efectivamente, por las leyes Nos. 16.048, de 16.6.89 y 17.677, de 29.7.03, que se transcriben en la nota siguiente.

2 Art. 149 bis.: "(Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas). El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión". La ley de 2003, agregó la referencia a "orientación o identidad sexual". Art. 149 ter.: "(Comisión de actos de odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas). El que cometiere actos de violencia moral o física, de odio o de desprecio contra una o más personas en razón de su color de piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión".

3 El art. 148 establece: "(Apología de hechos calificados por la ley como delitos). El que hiciere públicamente, la apología de hechos calificados como delitos, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión". Art. 149.: "(Instigación a desobedecer las leyes). El que instigare públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública a desobedecer las leyes será castigado con multa de 20 a 500 Unidades Reajustables".

4 CAMAÑO ROSA, Antonio: "Tratado de los Delitos", ed. AME, 1967: 78.

La sustitución de la vieja expresión referida a los “gremios” por la de “clase social”, que inmediatamente evoca el concepto de lucha de clases, propuesta por algunas ideologías totalitarias, ha sido interpretada no obstante, en general de forma amplia, no limitándolo al sentido economicista que evoca (capitalistas y trabajadores) sino también las de otra índole por lo que el autor referido incluía en dicha expresión a toda agrupación de personas unidas, tales como judíos, negros, católicos, militares, sindicalistas, pacifistas, belicistas, masones, e incluso políticos⁵.

En igual sentido RETA, siguiendo a MANZINI, entiende por clase social a “toda categoría social todo conglomerado de individuos vinculados por razones, propósitos, ideas o intereses cualquiera sea la naturaleza de éstos”⁶.

En época de la Segunda Guerra Mundial se estableció, el delito de participación en asociaciones tendientes a provocar o imponer la lucha o el odio de razas, dentro del capítulo sobre asociaciones subversivas, cuyo supuesto de hecho consistía en la conducta del que promueve, constituye, organiza o dirige asociaciones, entes, instituciones o secciones tendientes a provocar o imponer la lucha o el odio de razas⁷, para lo que se preveía una pena máxima de hasta 10 años de penitenciaría⁷.

Pero no es sólo en estas disposiciones que se mencionan estas expresiones sino en varias otras, como las siguientes:

El art. 143 considera que cometen delito de sedición los que, sin desconocer al Gobierno se alzan pública y tumultuariamente para conseguir, por fuerza o violencia, entre otros, el objetivo de ejercer “actos de odio” o venganza en la persona o bienes de alguna autoridad o, con fin político o social ejercer dichos “actos de odio” o de venganza en la persona o los bienes de cualquier clase del Estado o sus bienes.

Tiene, como se ve cierta semejanza con el delito de “intoxicación o amotinamiento del pueblo” (Volksverhetzung) del art. 130 del C.P. alemán⁸ y con el de “representación de la violencia” del art. 131⁹, que se originaron, como es sabido, en las leyes llamadas de desnazificación, luego del fin de la Guerra Mundial.

En derecho español, una de las más clásicas expresiones de odio que es el racismo, aparece tanto como agravante genérica (art. 22.4 C.P.¹⁰) como delito de discriminación en el empleo (art. 314¹¹) o como delito contra las libertades públicas garantizadas por la Constitución (art. 510 y ss¹²)

Una de las formas del delito de atentado consiste en usar violencia o amenazas contra un funcionario público con el fin de ejercer sobre él “prepotencia, odio o menosprecio” (art. 171 N° 4 C.P.).

5 CAMAÑO ROSA, Antonio, ob., cit., loc., cit.

6 RETA, Adela: “Derecho Penal Segundo Curso”, T. I., CED, 1963: 122.

7 Art. 6, inc. J) de L. 10.279, de 19.11.42.

8 Art. 130 C.P. alemán: “Quien de una manera que sea apropiada para perturbar el orden público, incite al odio contra partes de la población o exhorta a tomar medidas violentas o arbitrarias contra ellas, o agrede la dignidad humana de otros insultándolo, despreciando malévola o calumniando parte de la población, será castigado con pena privativa de la libertad de res meses hasta cinco años”, disposición que considera también el acto de ofrecer publicaciones o divulgar por radio opiniones que inciten al odio contra partes de la población o contra un grupo nacional, racista, religioso o determinado por su etnia, o que exhortes a medidas de violencia contra ellas, ocupándose también de castigar al que apruebe, niegue o minimice los hechos del nacional socialismo de manera apropiada para perturbar la paz pública.

9 Art. 131. Representación de la violencia: “Quien divulgue, exponga públicamente, fije, exhiba o de otra manera haga accesible, u ofrezca a persona menor de 18 años, publicaciones que describan actos de violencia o de inhumanidad de una manera que expresen una glorificación o minimización de los actos violentos o que representen crueldad o inhumanidad del proceso de una manera que lesiones la dignidad humana”, conducta que se pune con hasta un año de privación de libertad o con multa.

10 La agravante consiste en: “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

11 El delito de este art. 314 consiste en producir una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencia, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español.

12 La modalidad básica de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades políticas consiste en provocar a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

La difamación consiste en atribuir públicamente a alguien un hecho determinado que, de ser cierto pudiera entre otras cosas “exponerla *al odio o al desprecio*” públicos (art. 333 C.P.) de todo lo que se sigue que el legislador ha tenido muy en cuenta el humano sentimiento del odio al disponer sus normas punitivas.

3 - Los delitos de manifestación.

En nuestro sistema es absolutamente libre la expresión del pensamiento¹³, pareciendo obvio que en un régimen liberal, democrático y republicano, no es posible, como regla, punir la manifestación de las ideas, porque ello conllevaría la irremisible inconstitucionalidad de la norma que así lo dispusiera¹⁴.

Sin embargo, existen los llamados delitos de manifestación, donde se castigan determinadas opiniones en la medida en que las mismas tengan aptitud para lesionar o poner en riesgo algún bien jurídico que merezca ese tipo de protección.

Sobre este punto nos hemos pronunciado extensamente antes de ahora y a lo allí expuesto nos remitimos¹⁵ *brevitatis causae*.

Esta libertad, como cualquier otra, no es sin embargo irrestricta, por cuanto se pueden cometer “abusos” como dice la Constitución, los que pueden llegar a ser punibles, como en los casos pre-mencionados, es decir, como indica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando ello sea necesario “para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”¹⁶.

Esto supone, como es obvio, el reconocimiento de limitaciones valorativas, plenas de significado, que toman en cuenta por un lado el bien jurídico objeto de la tutela (la moral, la salud, el orden, la seguridad, los derechos y libertades ajenos) y por otro la necesidad de castigar, como último recurso para preservar la paz social, la convivencia armónica en el seno de la comunidad, los sentimientos colectivos que prevalecen en un momento de la historia, en una comunidad determinada.

Hay obviamente algo de relativo en todo ello, pues el pensamiento punido hoy puede ser la regla moral del mañana, con lo que venimos a señalar, una vez más, la esencial relatividad del concepto del delito, que no es un ente natural, sino el producto de la cultura, un ente cultural.

Ello señala la necesidad de ser prudentes en la punición y en la interpretación de los textos, pues deben preservarse equitativamente todos los valores en juego, por lo cual se debe extremar el cuidado para que el derecho penal siga siendo de última ratio, en definitiva que no pierda su carácter de derecho liberal, democrático y social.

Es por eso que el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos señala con toda claridad que el derecho a la libre expresión del pensamiento no puede ser objeto de previa censura quedando sujeto, no obstante, a “responsabilidades ulteriores”, en los casos que fueran “fijados por la ley” y sean “necesarios” para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás o para proteger la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicas¹⁷.

13 L. 16.099, de 4.12.989, art. 1, inc. 1: “(Libertad de comunicación de pensamientos y libertad de información). Es enteramente libre en toda materia, la expresión y comunicación de pensamientos u opiniones y la difusión de informaciones mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación, dentro de los límites consagrados por la Constitución de la República y la ley”.

14 El art. 29 de la Constitución, en su redacción actual (que viene en lo esencial desde 1830) dice: “Es enteramente libre, en toda materia, la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura, quedando responsable el autor y, en su caso el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”.

15 LANGON CUÑARRO, Miguel: “Opiniones punibles”, en *Criminología y Derecho Penal*, en colaboración con ALLER, Germán, T. III, ed. Del Foro, 2008.

16 Art. 18.1 del Pacto Internacional citado, ratificado por L. 13.751/969, que en lo pertinente dice: “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley, que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

17 La Convención fue aprobada por L. 15.737/985, y el artículo citado en el texto es el 13.2.

4 - Estudio de las figuras de los arts. 149 bis y ter C.P.

La L. 16.048 de 1989, despojó al originario art. 149 de la parte que refería a la promoción del odio de clases, reduciéndolo a un delito consistente en instigar públicamente a desobedecer las leyes¹⁸, concretándose en las nuevas disposiciones (art. 149 bis y ter) los delitos de incitación al odio y de comisión de actos de odio, respectivamente.

Este Proyecto elaborado por la entonces Ministra de Cultura Prof. Dra. Adela Reta y su sub-secretario Dr. Nahum Bergstein, fue criticado en Comisión por los Profesores Ofelia Grezzi, Gonzalo Fernández y Milton Cairoli, considerándose los de "mala técnica" por su condición de tipos abiertos y por constituir en definitiva meros delitos de manifestación, consistentes en la expresión de pensamientos en público.

En su trámite legislativo se suprimió la referencia a la "condición social" de las personas concernidas, atento a que, se consideró se arriesgaría de tal modo "involucrar conductas propias de luchas gremiales y aun políticas".

Aunque, como es habitual en estos casos, se votó la ley por unanimidad (al parecer nadie se atreve a quedar fuera de lo "políticamente correcto" y arriesgar ser considerado por lo menos insensible ante el problema de la discriminación), se advirtió el riesgo cierto de limitar en demasía el derecho a la crítica, y punir la expresión de las ideas, por lo que se hizo una enumeración casuística de los casos ñeque la incitación al odio sería criminal, dejando fuera todo lo demás.

Esta "mala conciencia" del legislador, al momento de criminalizar, si se permite el término, se refleja en el reducido monto de la pena (de tres a dieciocho meses), que no llega siquiera al máximo de la posible de prisión, en los casos de incitación, y alcanza apenas el máximo en los de comisión (de 6 a 24 meses), lo que demuestra que, no obstante tratarse de delitos contra la dignidad humana, a los que se les considera portadores de una gran cantidad de injusto, se termina castigándose los con una muy benigna pena, en especial si se toma en cuenta el conjunto de nuestra legislación y las posibilidades de excarcelación, de procesamientos sin prisión o de imposición de penas alternativas que conllevan.

Catorce años después, a iniciativa del diputado Abdala (de 2000), se incorporan las expresiones "identidad u orientación sexual", luego de algunos debates que resultan bastante esclarecedores de lo que quiso hacer el legislador y de las dudas que todavía lo embargaban al decidir sobre el punto.

En efecto, en tren de hacer una enumeración casuística sobre el contenido de la incitación o de los actos de odio criminalizados, distintos actores propusieron otras categorías protegidas sobre las que podrían recaer las finalidades odiosas de los agentes, tales como las que derivan de la "profesión, oficio o condición física"¹⁹, discutiéndose también si era o no conveniente introducir, además, la expresión "sexo" o "género"²⁰.

Por un lado hubo quienes se alarmaron por la desmesurada extensión que la norma podría llegar a tener, ejemplificándose con el caso de "los políticos", que tienen esa profesión, lo que podría determinar que alguien que opinara que "los políticos defienden a las clases explotadoras" estaría cometiendo un ilícito penal²¹, lo que limitaría el derecho de crítica, y por otro estaban los que entendieron, a mi juicio más correctamente, que en realidad "se podría abarcar todas las situaciones" castigando a todo el que simplemente incite al odio, etc.²², sin necesidad de llegar a hacer "una lista interminable", como dijo un legislador²³.

El Miembro Informante del Senado (Dr. García Costa) en nombre de la Comisión que presidía, rechazó las ampliaciones (excepto las referidas a lo sexual del proyecto original de Abdala) ya que, a su juicio la

18 Con modificaciones de redacción porque agregó la alternativa de instigación "mediante cualquier medio apto para su difusión pública", y fijó la pena en unidades reajustables, que se reajustaron a su vez por L. 15.903/87 (art. 216). Esta disposición no será objeto de estudio en esta oportunidad.

19 Esta fórmula se llegó a manejar en un Informe en Minoría a iniciativa de Fernández Chávez, cuyo Informante fue el Dr. Jorge Barrera.

20 Sobre el punto especialmente se pronunció el Dr. Laguarda, con apoyo de Rubio y Xavier, prevaleciendo, no obstante, la tesis de sólo ampliar respecto de las referencias sexuales ya aludidas.

21 Fue la exposición y el argumento de Da Silva.

22 Fue la posición de Lacalle Pou y de Scavarelli.

23 Fernández Chávez.

referencia a la profesión y otras son “harto genéricas y discutibles en amplitud”, con lo que a mi criterio no se alcanza a ver el fondo del asunto, aunque sí fue acertado decir, como hizo, que varias de estas conductas quedan atrapadas en los tipos de injurias o de difamación.

En realidad a mi criterio, en toda esta discusión no se advirtió que lo que se debe proteger, en todo caso, si se opta como se hizo, por la vía de la criminalización, es a la persona humana cualquiera que sea su condición, por la dignidad innata que el derecho democrático actual le atribuye.

Esta consideración echa por tierra toda pretensión limitativa, ya que, al contrario de lo que se piensa, establecer “categorías protegidas” limita la protección que exige la dignidad de la persona humana, de cualquier persona humana.

Por ello es discriminatoria, paradójicamente, la ley que solo protege a “determinadas personas”, como dicen los *nomen iuris* de las disposiciones penales respectivas, pues deja fuera del amparo a individuos de la especie humana, respecto de los que, por cualquier condición que tengan o les sea atribuida, pertenezcan o no a sectores minoritarios de la población, podrán ser objeto de actos de violencia o de instigación a ella, sin que los actores tengan que responder por lo menos respecto de estas normas especialmente referidas a la discriminación humana.

Lo inmoral o injusto es incitar al odio o cometer actos de odio contra seres de la especie humana, que nacen iguales en dignidades y en derechos, como reza la célebre frase de la Declaración Universal, siendo inaceptable la protección diferencial dado el respeto que se debe tener al principio general de igualdad.

Las enumeraciones en estos casos deberían ser, a lo sumo, de carácter ejemplar y no taxativo, como a texto expreso se estableció²⁴.

De modo que no parece razonable proteger razas, religiones, nacionalidades, etnias u opciones sexuales, es decir sólo a “determinadas categorías” dejando fuera, por eso mismo, a otras como las referidas en el trámite parlamentario, porque lo importante no es “la razón” del odio, sino que el mismo se oriente contra una persona humana.

Debo decir que en tal sentido lo correcto, a mi juicio, sería, si se quiere tipificar estos delitos sin discriminar en perjuicio de los no incluidos, (alguno de los cuales probablemente sean particularmente vulnerables porque no tienen a nadie que haga *lobby* por ellos), que es lo que resulta objetivamente de la ley actual, eliminar las referencias u objetos personales sobre los que puede recaer el odio, y establecer simplemente como delito la incitación al odio o la comisión de actos de odio contra una o más personas.

5 - Aclaración de un malentendido. El problema del concurso de figuras.

En general se ha dicho, e incluso yo por comodidad de lenguaje y facilidad de exposición e incurrido en ello, que no deben ampliarse las “categorías protegidas”, para no limitar el derecho a la crítica y a la libre expresión del pensamiento.

Pues bien, cabe preguntarse si estas normas penales punen la mera expresión del pensamiento o si limitan el derecho del libre examen y la crítica de cualquier naturaleza que fuere, porque, de ser así, en verdad enfrentaríamos leyes contaminadas de flagrante inconstitucionalidad.

Como sería también inconstitucional la norma por mi proyectada en el sentido de establecer el delito de incitación al odio contra las personas o de la comisión de actos contra ellas, por la sola razón de ser seres humanos, pertenecientes a nuestra especie, sobre cuya dignidad se basa todo el sistema liberal, personalista y democrático de derecho.

²⁴ Sobre cómo resulta limitativo el texto de la ley al referir a las “razones” que llevan a la incitación vide LANGON CUÑARRO, Miguel: “Código Penal de la República Oriental del Uruguay”, ed. UDM, t. II, Vol. I, 2004: 72 y edición de 2007 en Comentarios al art. citado.

El delito no consiste en dar una opinión, que puede ser científica o hipotética, sobre determinada persona o personas, sino en “incitar al odio, al desprecio o la violencia” contra ella.

Un libro de estudio del liceo puede afirmar, describiendo regiones del mundo y habitantes que la pueblan, que los escandinavos son altos, de piel blanca, rubios y de ojos azules en elevada proporción, mientras que las etnias autóctonas andinas o alguna de ellas, están formadas por personas de baja estatura, tez oscura, pelo lacio y ojos negros, en tanto que los habitantes de las espetas de Mongolia son de fuerte complexión, nariz chata y ojos avellanados, sin que a nadie se le ocurra que con ello incita a ningún tipo de actitud, ni contraria ni favorable a los sujetos concernidos.

En todo caso tal vez las palabras suenen distintas a los oídos de cada uno de los integrantes de esos grupos los cuales, por razones culturales y costumbre probablemente consideren bello lo propio y menos favorecido lo extraño, o viceversa, lo que no altera en nada en contenido objetivo del mensaje que se atiene a describir hechos.

Si un libro de historia dijera por ejemplo que durante la Edad Media los judíos (como los mercaderes genoveses o venecianos) atesoraron grandes fortunas al dedicarse al préstamos de dinero a interés, lo que derivó luego en la formación de las grandes empresas Bancarias, que financiaron a la nobleza de la época para hacer la guerra, armar caballeros a sus hijos o abonar las dotes del casamiento de las damas, probablemente esté describiendo un hecho cierto y comprobable o al menos un dato sobre el que se puede afirmar razonablemente lo que se dice²⁵.

Se podrá discutir en todo caso sobre si es posible generalizar de tal modo, o sobre las razones por las cuales algunos judíos o venecianos hicieron grandes fortunas, pero si esas informaciones generan odio en algún lector, sólo por cuenta del mismo corre el sentimiento generado, porque ni de la relación de los hechos resulta incitación alguna a ello, ni existió intención del autor de provocarlo, lo que hace que todo esto quede fuera del ámbito de protección de la norma, entre otras razones, por la muy congrua de que de tal modo no se pone en riesgo en absoluto la paz pública.

Entonces el asunto deriva en la interpretación del verbo nuclear, en determinar qué es incitar a odiar, despreciar o ejercer vías de hecho contra alguien.

Porque si no se incita no hay delito.

Incitar o instigar, es provocar a alguno para que haga algo²⁶, es determinarlo²⁷, provocación que en el caso debe ser pública, por cualquier medio, debiendo destacarse que, si se hace por medio de la prensa asistiríamos al espectáculo de un delito de comunicación²⁸.

Y debe hacerse con intención específica, con dolo directo o voluntad de incitación

Pero además la conducta debe tener aptitud bastante para alterar el bien jurídico objeto de la protección por este Título del C.P., es decir, tiene que estar en “el sentido del tipo”, y ser capaz de alterar ese estado de tranquilidad y reposo en que consiste la paz pública.

Cuando esto no sea así, conforme a las circunstancias del caso, que corresponde determinar al juez, se asistirá al espectáculo de un posible delito contra la personalidad moral del o de los concernidos, incurriendo el autor conforme a derecho, si correspondiere, en delito de difamación o de injurias (arts. 333 y 334 C.P.) conforme a las reglas generales.

25 En los textos legislativos comparados en general se excluye de la punición de las publicaciones de opiniones científicas o con finalidad docente. En el Uruguay ello estaría justificado genéricamente, o podría estarlo según el caso, por la disposición del art. 28 del C.P., en cuanto habría un cumplimiento de la ley. Sobre el delito creado por el art. 29 de la ley 18.026/2006 de “apología de hechos del pasado” ya me pronuncié en mi Código Penal anotado artículo por artículo al que remito ahora.

26 BAYARDO BENGÓA, Fernando: “Derecho Penal Uruguayo”, 2da. Ed., Tomo IV, Vol. I, Parte Especial, 1971: 120.

27 Se autonomiza una conducta que, en caso de ser aceptada, configuraría co-autoría del delito cometido por el principal, al que accede el coautor (art. 61.1 C.P.).

28 L. 16.099, de 3.12.989, art. 19: “(Delitos cometidos a través de los medios de comunicación). Constituye delito de comunicación cometido a través de los medios de comunicación, la ejecución en emisiones, impresos o grabaciones divulgadas públicamente, de un hecho calificado como delito por el Código Penal o por leyes especiales, siempre que la infracción quede consumada en cualquiera de aquellos”.

En este punto se ve claro que, no obstante la pretensión de que los tipos sean meramente descriptivos de conductas humanas, en verdad, todos ellos necesitan una valoración por parte del juzgador, de modo que todos los tipos son, en última instancia, tipos judiciales, es decir, de creación o mejor, de determinación o “accertamento” de lo punible por parte del juez.

Es el magistrado el que establecerá si el sospechoso incitó o no públicamente al odio o al desprecio de una o más personas por las razones fijadas por la ley (color de piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación o identidad sexual) y si ello tuvo aptitud para vulnerar el bien jurídico supra-individual objeto de la protección (paz pública) determinando así que haya necesidad de aplicar una pena especial, en cuyo caso procederá de oficio contra el mismo.

Todo lo más que podemos indicar es que no debe tener el juez, ni una laxa permisividad, ni una draconiana severidad para considerar los casos, donde o nada configure incitación o todo lo sea, pues el buen juez debe ser un intérprete racional del sentimiento medio de su pueblo, en un determinado momento de la historia, debe expresar, no sus propias convicciones personales, sino las que resulten de la aceptación pública, lo que por cierto no es nada fácil de lograr, cifrando en última instancia la esperanza de una verdadera justicia, en la labor unificadora y orientadora de los tribunales superiores, que señalarán la ruta correcta de interpretación.

Quien afirme, por ejemplo, las bondades del amor heterosexual o a la inversa, el que señale lo positivo de la relación homosexual, no incita con ello al odio contra las categorías excluidas de su preferencia (hetero u homosexuales respectivamente).

Así, ni el sacerdote o predicador que destaque las virtudes del sacramento matrimonial, aunque señale la condición de pecado mortal de las relaciones homosexuales (o adúlteras que a los efectos es lo mismo), ni del que participe de las marchas de “orgullo gay” señalando como buena su propia opción sexual, aún cuando ello implique críticas contra por ejemplo la monogamia o el matrimonio, no cometen a mi juicio el delito de incitación que estudiamos, porque simplemente expresan ideas que se pueden o no compartir, pero que distan mucho, a mi criterio, de configurar una manifestación de contenido criminal.

El carácter normativo, pleno de valoraciones, del juicio que debe realizar el juez, indica que no solo se debe considerar objetivamente las expresiones utilizadas, sino buscar su finalidad, su objeto, de forma tal que, como dice la norma alemana se pueda “lesionar la dignidad humana” o sea “apropiada para perturbar el orden público”.

Un ejemplo significativo de lo que queremos decir, se vivió intensamente en Francia con motivo del problema del “pañuelo islámico”²⁹, que plantea la línea de tensión entre laicismo, manifestación del pensamiento e intolerancia, donde se ve claro que no se puede prohibir totalmente su uso, porque sería un caso de discriminación, pero tampoco es aceptable un uso agresivo, un verdadero abuso de la libertad, dilema que se pretendió solucionar por la vía de determinar diferencias entre un “signo discreto” y uno de “ostentación” con carácter proselitista, a priori imposible de resolver con carácter general.

Es así que la resolución debería adoptarse caso a caso ya que la expresión de convicciones religiosas, no podría verse como un signo que representa por su naturaleza un carácter de ostentación o reivindicativo y al mismo tiempo no puede constituir en todos los casos un acto de presión o de proselitismo, debiendo asegurarse que la libertad de expresión no atente contra la buena marcha del centro escolar, seguridad, tranquilidad, continuidad del servicio público, asiduidad a las clases, etc.

Esta contención en la interpretación de los tipos, conforme al buen sentido y al verdadero pluralismo de la sociedad contemporánea, deja abierta la vía de la denuncia de parte, necesaria para perseguir por los delitos contra la personalidad moral del hombre, en cuanto se cometieren contra una persona determinada, que sería la única que podría en el caso movilizar el aparato represivo del Estado en defensa del honor, la rectitud o el decoro mancillado.

29 CASTAIGNEDE, Jocelyne: “El derecho francés y la lucha contra el racismo”, en: Eguzkilore Número Extraordinario, 11, San Sebastián, 1997: 93-104.

5 - Propuestas de legge ferenda y conclusiones.

- a) A mi juicio como queda dicho, deberían mantenerse los tipos previstos por la ley de 1989, pero en sentido amplio, es decir refiriendo a todo acto de incitación o de comisión de actos de odio, violencia o desprecio contra cualquier ser humano, porque una ley anti-discriminación no puede comenzar por discriminar, y sólo proteger, ciertas categorías de personas y no a todas, que merecen y tienen igual dignidad y derechos, como integrantes del genero humano que son.
- b) Deberá confiarse en los jueces (no se puede hacer otra cosa) en cuanto a que interpretarán racionalmente la norma, y sólo punirán por las figuras aquí descritas, en la medida en que haya verdadera incitación pública, se afecte el bien jurídico protegido y sea necesaria la pena en el caso concreto.
- c) El principio de especificidad y de subsidiariedad deben llevar a preferir considerar muchos casos dentro de las figuras tradicionales de la difamación o injurias, conforme a las normas generales.
- d) El delito de desacato por ofensas debería derogarse, resolviéndose los casos en que se afectare el honor de un funcionario, conforme a las figuras de los delitos contra la personalidad moral del hombre que hemos reseñado supra.

LA RESPONSABILIDAD HACIA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: RESPONSABILIDAD Y DEBERES PÚBLICOS¹

FEDERICO JOSÉ LISA²

*“... la libertad no está hecha de privilegios,
sino que está hecha sobre todo de deberes”*

(Albert Camus, La sangre de la libertad)

SUMARIO: Introducción: los deberes públicos como fundamento de la responsabilidad hacia la Administración Pública. 1. El “deber”. 2. Los deberes jurídicos. 3. Los deberes jurídicos públicos. a. La Declaración de Derechos de Virginia. b. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. c. El Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado Argentino. 4. Los deberes públicos en algunos textos constitucionales. a. España. b. Uruguay. c. a Argentina. 5. Algunos deberes públicos y sus crisis. a. El deber de convivencia. b. El deber de obedecer la ley. c. El deber de tributar y, en general, de cumplir con las cargas públicas. d. El deber de trabajar. e. El deber de conservar la propiedad pública. f. El deber de solidaridad. 6. Los deberes humanos. 7. Algunas conclusiones

Introducción: los deberes públicos como fundamento de la responsabilidad hacia la Administración Pública

Dejando de lado los supuestos llamados de “Responsabilidad por Actividad Lícita”, observamos que, en la doctrina clásica, la noción de responsabilidad en general aparece anudada a la noción de “deber”; más concretamente, a la “violación” de un “deber preexistente”.

Un claro ejemplo de esta concepción lo ofrece Barbero, para quien por responsabilidad se entiende “la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico provenientes del incumplimiento de un deber anterior”.³

A pesar de la amplitud que ofrece esta noción, es evidente que la doctrina iusadministrativista, cuando examina el capítulo de la Responsabilidad “hacia” la Administración Pública, normalmente se queda con el caso de los funcionarios y agentes públicos como supuesto paradigmático de sujetos con responsabilidad hacia la Administración Pública.

1 Conferencia pronunciada en las Jornadas Preparatorias de las XXXIV Jornadas Nacionales y IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre *Responsabilidad en el ámbito del Derecho Público*. Santa Fe (Argentina), 29 de noviembre de 2007.

2 Juez de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 de de la Provincia de Santa Fe (República Argentina). Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Santa Fe. Abogado Especializado en Derecho Administrativo, Notario y Abogado por la Universidad Nacional del Litoral. Protitular de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho (Subsede Paraná) de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Docente de los posgrados de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Docente invitado en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue; y de los posgrados sobre Derecho de Daños de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y de la Facultad de Derecho del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente invitado de la Carrera de Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

3 Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, E.J.E.A., p. 160, Buenos Aires, 1967.

Sin embargo, es también inocultable que la responsabilidad “hacia” la Administración Pública no se agota en el caso de los agentes públicos; es decir, no sólo los funcionarios y agentes públicos responden ante aquélla.

En efecto, no sólo ellos tienen un “Estatuto”, sino que hay también un “estatuto del ciudadano”, según el cual “todos” (cualquiera sea el nivel de sujeción) tenemos -a la par que derechos- deberes frente a la Administración Pública, y podemos resultar responsables por su incumplimiento.

Nuestra propuesta es, entonces, referir someramente a ese casi inexplorado mundo de los deberes públicos generales; es decir, a aquellos cuya violación puede generar responsabilidad hacia la Administración Pública con prescindencia de estar unidos a ella a través de alguna relación de supremacía o sujeción especial.

Mi propuesta es, también, recordar que los deberes públicos constituyen el fundamento de la responsabilidad hacia la Administración Pública.

Pero antes de referir a los deberes públicos generales, y a las responsabilidades que puede generar su violación, formularemos algunas consideraciones sobre el “deber”.

1 - El “deber”

Como es sabido, el deber es, junto a la obligación, la carga y la limitación, una situación jurídica subjetiva de las denominadas pasivas, desfavorables o de desventaja.

De todas las situaciones jurídicas subjetivas, la del deber es, a nuestro modo de ver, la menos explorada y la más problemática.

En efecto, a pesar de que “no hay derecho sin deber” (Kelsen), a la figura del “deber” no le fue tan bien como a la del “derecho”.

El deber no es querido por nadie; el deber “no vende”; no es atractivo: es como que le falta “marketing”.

En este sentido, el moralista australiano Mackie, quien cuestiona la correlatividad entre los derechos y los deberes, señala que “los derechos son algo que uno puede muy bien desear tener; los deberes son fastidiosos”.⁴

Por su parte, ya en el año 1945, Santi Romano encabezaba el tratamiento del tema señalando que de las diversas figuras jurídicas subjetivas, la de los deberes es la que ha quedado más en la sombra; confundándose -a menudo- con la de obligación o mostrándose como la contracara del derecho subjetivo.

En similar sentido, García Maynez reconoce que “a pesar de que las nociones de deber y derecho poseen la misma importancia, los juristas, con muy raras excepciones, han descuidado por completo el análisis del primero de dichos conceptos, para dedicarse, casi exclusivamente, a investigar la esencia del segundo”.⁵

Ahora bien: cuáles son las razones que podrían explicar la postergada condición del deber y su señalado carácter “fastidioso”.

Entendemos que dicha condición y carácter, lejos de ser el fruto de una humana casualidad, nos remite a planteos de tipo ideológico, políticos, iusfilosóficos y hasta “existenciales”.

Al respecto, Massini Correas señala que “la característica del discurso jurídico contemporáneo -y aún del discurso jurídico-político- radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de ‘derechos’”; y agrega que “luego de la última posguerra y en especial a partir de la década de los ’70, este [el] modo de ver lo jurídico desde las normas y las obligaciones, ha ido mutándose paulatinamente y [...] se ha comenzado a visualizar los problemas jurídicos en términos de facultades o prerrogativas de los sujetos”. De ese modo -explicaciones 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.⁶

Se trata, en definitiva, de una nueva perspectiva de consideración de lo jurídico; en otros términos, de una característica propia del discurso jurídico contemporáneo mismo.

A su vez, no podríamos soslayar lo que se conoce como “valores” de la postmodernidad.

Con la expresión postmodernidad, Jean-François Lyotard (en su obra “La condición postmoderna”) quería hacer referencia a ese movimiento de revisión crítica de los valores que había sido el eje de gravitación del pensamiento moderno. Si la modernidad se había expresado a través de postulados o valores

4 Citado por Carlos I. Massini Correas, en “Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos”, Abeledo-Perrot, p. 77, Buenos Aires, 1994 (el subrayado no es el del texto).

5 García Maynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª edición revisada, Editorial Porrúa S.A., p. 259, México, 1973.

6 Massini Correas, Carlos I., *op. cit.*, ps. 11 y ss.

tales como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, en nuestro tiempo la "condición postmoderna" plantea como valores alternativos, las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia.

Así es que se habla de la "exaltación del ego", de un "culto a los rasgos singulares de la individualidad" y de la "defensa obsesiva de la diferencia", como valores de la postmodernidad (Pérez Luño).

Naturalmente, esa "exaltación del ego", ese "autismo", ese "egoísmo miope de los que viven satisfechos de su prosperidad",⁷ va a por lo menos empañar -sino aniquilar- a la figura del "deber".

Asimismo, Massini Correas, al referir a la obra de John Finnis, expresa que "en los últimos años hemos asistido a una proliferación de obras que intentan desarrollar teorías acerca de los 'derechos' desde una perspectiva crudamente individualista; sus autores toman como punto de partida al individuo humano y a partir de él buscan elaborar una noción de los derechos que se centra en la total autonomía de cada sujeto para elegir arbitrariamente su propio 'plan de vida'". Y parafraseando a Carlos Nino, concluye en que "todo lo que no sea autodeterminación absoluta e implique la imposición de ciertos criterios de conducta, es considerado 'paternalismo' y contrario a los 'derechos individuales'".⁸

No es dudoso que concepciones como estas también conspiran contra todo intento de elaborar doctrinas sobre los "deberes".

Por último -y sin que ello implique agotar las razones-, consideramos que la cuestión no puede desligarse de la concepción acerca de la existencia misma del hombre: si nuestro destino es recibir y ser servidos, indudablemente pondremos el acento en la figura del "derecho"; en cambio, si consideramos que hemos nacido para dar y servir, seguramente estaremos más predispuestos a pensar en clave del "deber".

En ese orden, puede resultar oportuno recordar que, como dijo Emmanuel Lévinas, "lo humano del hombre es desvivirse por el otro hombre".

2 - Los deberes jurídicos

A pesar de aquella escasa dedicación y poco atractivo, no podemos sino asumir que los seres humanos no sólo somos titulares de derechos, prerrogativas, facultades, poderes, etc., sino también titulares de un conjunto de deberes jurídicos:

- hacia nosotros mismos;
- hacia otros particulares; y
- hacia la comunidad y el Estado.

Y que ellos están tan "inseparablemente unidos en la persona que los posee" como los derechos naturales.⁹

Por otra parte, y en lo que ahora interesa, señalamos que los deberes jurídicos se someten -además de a la cláusula de la razonabilidad- a la exigencia constitucional de la igualdad.

Sin embargo, como lo explica Miguel M. Padilla, "no a todas las personas, como es natural, se les impone el mismo haz de deberes, ya que su amplitud está supeditada a la edad, sexo y cualidades físicas e intelectuales. Como regla general, debe afirmarse que quienes se encuentran mejor dotados por la naturaleza, o han gozado de mayores ventajas para su educación y ubicación en la sociedad, están sometidos al cumplimiento de un mayor número de deberes, lo cual vale asimismo para quienes ocupan las diversas jerarquías sociales y políticas".¹⁰

Es por ello interesante la fórmula utilizada por el constituyente uruguayo, según la cual "todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes" (Constitución de la República Oriental del Uruguay, artículo 8; la cursiva no es del texto).

Es que a mayores talentos y virtudes recibidas, mayores son los deberes y las responsabilidades ante la comunidad y el Estado: en suma, mientras más hemos recibido, más estamos obligados a dar.

Por último, recordamos que así como no existen derechos constitucionales absolutos, tampoco puede haber deberes constitucionales absolutos. Es necesario que su reglamentación, al igual que la de los derechos, responda a *topes* y a *pautas* de legalidad y razonabilidad, so pena de inconstitucionalidad.¹¹

7 Bertossi, Roberto E., *Los deberes humanos*, El Derecho Constitucional, Tomo 2006, p. 360.

8 Massini Correas, Carlos I., *Algunas precisiones sobre "Derechos" y "Derechos Humanos"* (Consideraciones sobre las ideas de John Finnis), El Derecho, Tomo 121, p. 863.

9 Como lo ha expresado el Papa Juan XXIII: "los derechos naturales [...] están inseparablemente unidos en la persona que los posee con otros tantos deberes" (Encíclica *Pacem in terris*, nº 29).

10 Padilla, Miguel M. *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, 3ª edición ampliada y actualizada, Abeledo-Perrot, p. 103, Buenos Aires, 1995.

11 Sagüés, Néstor Pedro. *Manual de derecho constitucional*, Astrea, p. 933, Buenos Aires, 2007.

3 - Los deberes jurídicos públicos

Si a los deberes en general les ha ido tan mal, cuánto menor fue la suerte de los deberes públicos; es decir, la de aquellos que se corresponden con el sistema de potestades administrativas, y cuyo incumplimiento puede, suscitar responsabilidad hacia la Administración Pública.¹²

Hasta podemos afirmar que de la abandonada familia de los deberes jurídicos, los deberes frente al Estado son los parientes más pobres.

Ya hemos esbozado algunas razones que justificarían el olvido de los deberes en general.

Pues bien, ahora recordamos que García de Enterría -en concreta relación con los deberes públicos- explica por qué la teoría de los deberes públicos no tuvo en la historia contemporánea un desarrollo semejante a la de los derechos: mientras los deberes “se desprenden del reconocimiento mismo de las potestades públicas, de cuyo ejercicio en particular surgen eventualmente, lo cual hace innecesaria su afirmación específica, los derechos, en cambio, necesitan constantemente de esa afirmación estando como están en trance permanente de ser desconocidos o conculcados”.¹³

Y eso es así -agregamos nosotros- a pesar de lo que decían los documentos históricos que le abrieron al hombre las puertas hacia el reconocimiento de sus derechos y, en definitiva, de su libertad.

a. La Declaración de Derechos de Virginia

La Declaración de Derechos de Virginia (del “buen pueblo de Virginia”) del 12.6.1776, si bien no establecía expresamente la figura del deber, al final (en la declaración 16) establecía que “es deber mutuo de todos el practicar la indulgencia, el amor y la caridad cristianas”.

b. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

La célebre y gloriosa Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ya en su preámbulo, aspiraba a que ella, “siempre presente a los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derecho y sus deberes”.

c. El Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado Argentino

En la República Argentina, a este Estatuto (dictado en el año 1815) se lo considera “el primer cuerpo que reviste las características internas y externas de una verdadera constitución”.¹⁴

Pues bien, en su Capítulo VI (“Deberes de todo hombre en el Estado”) establecía:

Artículo 1: Todo hombre en el Estado debe primero sumisión a la ley, haciendo el bien que ella prescribe y huyendo del mal que prohíbe.

Artículo 2: Obediencia, honor y respeto a los magistrados y funcionarios públicos, como ministros de la ley y primeros ciudadanos.

Artículo 3: Sobrellevar gustoso cuantos sacrificios demande la patria en sus necesidades y peligros, sin que se exceptúe el de la vida, sino para el extranjero.

Artículo 4: Contribuir, por su parte, al sostén y conservación de los derechos de los ciudadanos, y a la felicidad pública del Estado.

Artículo 5: Merecer el grato y honroso título de hombre de bien, siendo buen padre de familia, buen hijo, buen hermano y buen amigo.

Muchos aspectos de estas disposiciones son destacables, pero por su originalidad y formidable carga axiológica, creemos que no pueden soslayarse ni la noción de “felicidad pública”, ni la existencia, como deber jurídico, de ser hombre de bien, buen padre, buen hijo, buen hermano y buen amigo, conceptos estos que parecen extraños aun a los códigos morales.

12 Garrido Falla, Fernando; Palomar Olmeda, Alberto; Losada González, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Parte General, 14ª, edición, p. 532, Madrid, 2005.

13 García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Sexta Edición, Civitas, p. 33, Madrid, 1999

14 Sagüés, Néstor Pedro. *Op. cit.*, ps.118/119.

4 - Los deberes públicos en algunos textos constitucionales

Esa “minimización” o “simplificación” del tema de los “deberes” encuentra adecuado reflejo en la mayoría de los textos constitucionales.

Por lo pronto, no son muchas las constituciones que en el capítulo de las declaraciones, principios, derechos y garantías, incluyen expresamente a la figura del “deber”.

Sí lo hace la Constitución de la Provincia de Santa Fe (1962), cuya Sección Primera está dedicada a “Principios, Derechos, Garantías y Deberes”.

Con todo, Sagüés confiesa que el constitucionalismo de la *primera etapa*, de tipo liberal-individualista, “por lo común era reacio a incluir un listado expreso de *deberes* constitucionales de los habitantes y ciudadanos”. Tal actitud -expresa- tenía su explicación en que el objeto primario de la Constitución consistía en tutelar el *tercer estado* (estado llano) frente a las prerrogativas de la nobleza y el clero, además de proteger a las personas del poder absoluto encarnado en los monarcas.

En cambio, el constitucionalismo de la *segunda etapa* (Estado Social de Derecho) es más abundante en el enunciado de tales deberes. En la Argentina -nos recuerda este autor-, la simple lectura de algunas nuevas constituciones provinciales (Córdoba, art. 38; la de Río Negro, art. 46) acredita un significativo catálogo de deberes para los habitantes, como honrar a la Patria y a sus símbolos, respetar los intereses y el patrimonio cultural y material del país y de la provincia, contribuir a los gastos, prestar servicios civiles por razones de solidaridad social, formarse y educarse, cuidar de su salud, trabajar y actuar solidariamente, etc.¹⁵

En cuanto a los documentos internacionales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Kenya, 1981), incluyen un elenco sistemático de “deberes”; mientras que tanto la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo tienen un artículo genérico.

a. España

Entre otros deberes, la Constitución española establece el de sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento público (art. 9).

Asimismo, establece que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España” (art. 30, 1 y 2); que, por ley, podrán “regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (art. 30.4); que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos” (art. 31.1.); y que todos tienen el deber de trabajar y derecho al trabajo (art. 35.1.).

b. Uruguay

La Constitución uruguaya es muy generosa en la descripción de los deberes, los que desde 1934 integran el modo como se titula la Sección II.

Entre muchos otros, pueden mencionarse: “el cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres” (art. 41); “todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (art. 44); “la protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores” (art. 47); “todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica” (art. 57); y que “son obligatorias la enseñanza primaria y la enseñanza media, agraria o industrial”.

Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72, según el cual “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” (derechos, deberes y garantías implícitos).

¹⁵ Sagüés, Néstor Pedro. *Op. cit.*, ps. 927/928.

c. Argentina

Dejando de lado los deberes que pueden considerarse implícitos, y los expresos previstos en las normas supranacionales, solamente se estatuye en forma expresa un deber: el del artículo 21, de conformidad al cual “todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos por naturalización son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía”.

Aunque por medio de este deber se realizan dos fines importantes del Preámbulo: “consolidar la paz interior” y “proveer a la defensa común”, parecería que la ley 24.429 acuerda otra interpretación al mencionado artículo 21, al establecer el servicio militar voluntario -tanto para varones como para mujeres- mientras que la obligatoriedad se reduce al “caso excepcional” que no se llegaren a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados.

En cuanto a las Provincias argentinas, varias de ellas se inician con una parte, sección o capítulo que incluye una referencia a los deberes (v. gr. Provincias de La Pampa; Misiones -“Declaraciones, derechos, deberes y garantías”-; Chaco -“Derechos, deberes y garantías”-; Santa Fe -“Principios, Derechos, Garantías y Deberes”-); pero después no mencionan ninguno, salvo en otras partes del texto y en casos aislados, como la indicación de que el trabajo es un deber social.

5 - Algunos deberes públicos y sus crisis

a. El deber de convivencia

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH) establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1).

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) dispone que “toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad” (art. 29).

La crisis de este deber es evidente.

En efecto, hoy es difícil convivir hasta con uno mismo. De hecho, buscamos permanentemente el ruido y el bullicio para no encontrarnos con nosotros mismos.

Ni qué hablar de convivir con los demás: gestos cotidianos de odio recíproco parecen signar las relaciones entre los hombres; el tránsito, por ejemplo, no sólo nos demuestra la anomia social en que vivimos, sino también los elevados niveles de agresividad social que nos caracteriza.

Ni qué hablar de convivir con el Estado: parecería que nada tiene ver con nosotros; que él es el culpable de todos los males de la sociedad; y que lo único que debemos esperar de él son soluciones y, si no, abultadas indemnizaciones.

Y ni qué hablar de convivir con el Gobierno y, en general, con “los políticos”: en verdad, cuando uno lee que el mencionado Estatuto argentino de 1815 exigía “Obediencia, honor y respeto a los magistrados y funcionarios públicos, como ministros de la ley y primeros ciudadanos”, piensa que se trata de un documento de ciencia ficción.

La tendencia a esas simplistas generalizaciones de “lo malo”, nos ha hecho construir -muchas veces con injusticia e irresponsabilidad- la categoría de “los políticos” o la “clase dirigente”, como sinónimos de “asociaciones ilícitas”.

En suma, nos olvidamos que en la crisis de la convivencia está la crisis de la paz, y la paz, dice Bertossi, no es sólo la ausencia de guerras; la paz es, definitivamente, “una sabia y leal correspondencia entre derechos y deberes humanos”.¹⁶

Naturalmente, también debemos convivir con la ley (en sentido lato), pero ése constituye un deber autónomo.

b. El deber de obedecer la ley

El artículo 33 de la DADDH establece que “toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre”.

¹⁶ Bertossi, Roberto F. *Op. y loc. cit.*

Se trata del principio de legalidad o juridicidad, tan estudiado respecto del Estado en general y la Administración en especial, pero tan olvidado respecto de nosotros particulares a pesar de que tampoco estamos habilitados a actuar fuera de la ley (en sentido lato), aun cuando la vinculación con ella sea negativa.¹⁷

De la disposición transcrita extraemos que el deber de obediencia no es sólo a la ley, sino también a los actos administrativos (y judiciales); consecuencia propia, por lo demás, de la presunción de legitimidad de aquéllos.

En el deber de prestar acatamiento a las normas constitucionales y legales puede incluirse el deber de fidelidad a la Nación y el de respetar los símbolos adoptados por ella (escudo, bandera, himno).

Desde luego, el deber de cumplir la ley se conjuga con el deber de los gobernantes de dictar normas justas. Por eso, entre los derechos humanos de tercera generación se menciona (junto con la paz, el medio ambiente, muerte digna, etc.) el derecho a la “desobediencia civil”.

La crisis de este deber público se verifica a diario.

Efectivamente, nadie puede dudar de la anomia en que vivimos. De hecho, a este fenómeno se le han dedicado obras de gran trascendencia, tales como *La Ciudad Indiana*, de Juan Agustín García, y *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, de Carlos Nino:¹⁸ obras que asombran tanto como avergüenzan.

A ambas refiere Jorge Guillermo Portela en su elocuente opúsculo *Del desprecio a la ley*.¹⁹

En su magnífico trabajo, Nino refiere a la tendencia recurrente de la sociedad, y en especial de los factores de poder, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular; o sea a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales; e intenta demostrar, cómo el factor anómico opera por sí mismo en la generación de niveles bajos de productividad o eficiencia.²⁰

La sistemática violación del ordenamiento jurídico se desarrolla en los más variados ámbitos de la vida social y doméstica: la economía (la llamada economía “informal” o “negra”); lo tributario (la evasión impositiva, a la que referiremos someramente a continuación); las actividades productivas; el tránsito; etc., son -entre muchos otros- los terrenos más fértiles para la anomia.

Por momentos, en suma, nos olvidamos que, como decían Elster y Hume, “las normas son el cemento de la sociedad”.²¹

c. El deber de tributar y, en general, de cumplir con las cargas públicas

El artículo 36 de la DADDH, establece que “toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

La noción de servicios públicos debe entenderse en sentido amplio, comprensiva -creemos- de, en general, las funciones públicas.

De conformidad a esta disposición, los habitantes deben proporcionar al Estado los bienes (gravámenes en general) y los servicios (las cargas públicas) indispensables para asegurar su funcionamiento y el logro de sus fines.

Por su parte, el artículo 34 de la DADDH dispone que “toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz”; mientras que el 35 ordena que “toda persona tiene el deber de

¹⁷ Si bien en relación a la Administración Pública, es sabido que, en el régimen continental existieron dos concepciones distintas del principio de legalidad, las cuales, a su vez, incidieron en el contenido y alcances del concepto mismo de ley: la concepción francesa y la alemana. Se trata de dos versiones distintas del principio de legalidad, versiones que, a partir de la obra del austríaco Gunther Winkler, se popularizaron bajo la denominación de vinculación positiva y vinculación negativa. Pues bien, en cuanto el particular puede hacer todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico, puede decirse que su vinculación con el mismo es negativa, siendo la ley, antes que un *prius*, un *posterius*.

¹⁸ Editorial Ariel, p. 27, Buenos Aires, 2005.

¹⁹ La Ley, Tomo 2007-D, Sec. Columna de opinión, p. 1335.

²⁰ Nino, Carlos. *Op. cit.*, p. 31.

²¹ Citado por Nino en la obra señalada (p. 35).

cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias”.

La crisis en el ámbito de estos deberes también se hace sentir.

Además de que la evasión tributaria es ya casi un estilo de vida, mencionamos, sólo como ejemplo en materia de cargas públicas, un informe del Diario Clarín (del 27.10.2007) en el que se daba cuenta de una inusitada deserción de autoridades de mesa en el 35% de las mesas electorales de Argentina constituidas para las últimas elecciones presidenciales.

d. El deber de trabajar

El artículo 37 de la DADDH, al igual que las Constituciones de muchos países, establece que “toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”.

Son bien conocidos los estrechos vínculos que existen entre el trabajo y la eminente dignidad de la persona humana: el trabajo es testimonio de la dignidad del hombre; por lo que la falta de trabajo es el golpe más duro que se pueda dar a la dignidad humana.

Pues bien, el que pudiendo hacerlo no trabaja, igualmente agravia a su propia dignidad, además de frustrar el desarrollo social.

A pesar de ello, se trata de un deber que lamentablemente también está en crisis.

En este sentido, parecería que si se crean más planes sociales que puestos de trabajo, se corre el serio peligro de que, en nombre de la solidaridad social, en definitiva se fomente un desprecio por la cultura del trabajo.

Desprecio, que, por lo demás, no era extraño en la época colonial, según lo relata Portela -con cita de Juan A. García-, señalando que para “el español habitante de la colonia, ‘el desprecio del trabajo es su sentimiento predominante’, lo que ya había preocupado a Felipe II, quien en una cédula decía: ‘[...] después que allá tienen algo, no quieren trabajar sino folgar el tiempo que tienen, de manera que hay muchos; de cuya causa yo envío a mandar que el gobernador apremie a los de esta calidad para que trabajen en sus haciendas’”.²²

Por eso es importante presentar al trabajo como lo que en verdad es: no sólo un derecho, sino también y principalmente un deber.

Así lo hace la Iglesia Católica, recordando la sabia cita bíblica según la cual “si alguno no quiere trabajar, que tampoco coma”.²³

e. El deber de conservar la propiedad pública

En Argentina el deber de respetar los intereses y el patrimonio cultural y material del país y de la provincia, ha sido recogido expresamente por algunas constituciones modernas de provincia.

Por su parte, la Constitución de Uruguay, en su artículo 34 establece el deber de “salvaguardar la riqueza artística o histórica del país y el tesoro cultural de la Nación”.

Si bien es cierto que el deber de conservar los bienes del dominio público recae principalmente en el Estado, que titulariza una serie de potestades que hacen a la policía dominial de conservación, también lo es que los particulares no podemos estar, ni sentirnos, extraños a la preservación de los bienes del dominio público.

Por el contrario, aun cuando el Estado es el titular, nosotros, es decir, la colectividad, somos titulares del uso (directo o indirecto) de esos bienes.

Y bien, si hay desprecio por la propiedad privada, cuánto más la habrá respecto de la propiedad pública.

La libertad de expresión puede atentar contra la integridad del dominio público; al igual que el derecho a peticionar ante las autoridades: es, en efecto, verificable que la destrucción del dominio público suele ser proporcional al ejercicio -naturalmente irregular- de esos derechos.

Como sabemos, el derecho a peticionar ante las autoridades -en sus distintas manifestaciones informales- está adoptando los modos más extraños, muchos de los cuales suponen la más impune destrucción del dominio público.

²² Portela, Jorge Guillermo. *Op. cit.*, p. 1336.

²³ *Catecismo de la Iglesia Católica*, Conferencia Episcopal Argentina, p. 599, número 2427, Madrid, 1993.

Tampoco nadie puede dudar de la umbilical relación existente entre proselitismo y destrucción del dominio público.

En suma: nos olvidamos que mientras la propiedad privada es inviolable, la pública es sagrada por su propio destino.

f. El deber de solidaridad

Más que de un “deber” se trata de un principio sobre el cual debe estructurarse el Estado.

Así lo presenta el artículo 1 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, al declarar que “la Provincia de Santa Fe [...], como miembro del Estado federal argentino, y con la población y el territorio que por derecho le corresponden, organiza sus instituciones fundamentales conforme a los principios democráticos, representativo y republicano, de la sumisión del Estado a las propias normas jurídicas en cualquier campo de su actividad y de los deberes de solidaridad recíproca de los miembros de la colectividad, de acuerdo con las condiciones y limitaciones emergentes de la Constitución Nacional”.

Como deber jurídico, se entiende que el goce y satisfacción de una serie de apetitos y necesidades personales deben posponerse a la previa solución de una serie de carencias grupales elementales: vivienda, salud y educación.²⁴

El deber de solidaridad es de naturaleza moral más que jurídica, pero en determinadas circunstancias se juridiza (en caso de desastre natural, por ejemplo, el gobierno puede recurrir a figuras como la requisición y la ocupación temporánea para solucionar problemas de alojamiento, obligando a quienes se han mostrado reacios a recibir en sus viviendas pudiendo hacerlo, a los desposeídos de las propias por esa emergencia natural).²⁵

6 - Los deberes humanos

De lo esbozado en el punto anterior podemos extraer que la mayoría de los deberes públicos están previstos en documentos jurídicos sobre Derechos Humanos.

Por lo tanto, permítasenos algunas consideraciones sobre el novedoso tema de los “Deberes Humanos”.

Obviamente, esa versión tan “fastidiosa” de los deberes en general, se ha trasladado al inexplorado pero riquísimo mundo de los Deberes Humanos.

Hay Jornadas, Congresos, Seminarios, Talleres sobre Derechos Humanos.

Hay organizaciones públicas y privadas para la tutela de los Derechos Humanos.

Hay votos jurisprudenciales y fallos espléndidos sobre Derechos Humanos.

Hay Facultades de Derecho con la asignatura Derechos Humanos.

Es más, se sostiene que la sola expresión “Derechos Humanos” tiene una fuerte sobrecarga emotiva e ideológica; tanto, que hasta se habla del “mito” o de la “religión” de los Derechos Humanos.²⁶

En similar sentido, otros equiparan la expresión “Derechos Humanos” a nociones tales como “revolución”, “libertad”, “humanismo”, es decir, a ideas que -como dice Víctor Massuh-²⁷ “tienen un gran prestigio: están tocadas por un tono emocional positivo que les confiere cierta sacramentalidad [...] Poseen una atracción carismática que detiene nuestro pensamiento: se ha encontrado la fórmula mágica que resuelve todos los enigmas”.

Pero hay muy poco, casi nada, sobre los Deberes Humanos.

Es que los seres humanos, fruto de ese “individualismo miope” al que hemos referido, fruto de ese “individualismo exigente y apresurado” -como lo llamó Soler-²⁸ parece que nacemos, nos desarrollamos, y morimos, titularizando sólo derechos, prerrogativas, facultades, poderes y libertades.

Sin embargo, también tenemos Deberes Humanos.

24 Sagüés, Néstor Pedro. *Op cit.*, p. 11.

25 Padilla, Miguel M. *Op cit.*, p. 104.

26 Portela, Jorge Guillermo. *Los derechos humanos en la escuela analítica*, El Derecho, Tomo 134, p. 965.

27 Citado por Carlos Ignacio Massini en *Los “Derechos Humanos” en cuestión (Discusión filosófica sobre la existencia y fundamento de los “derechos humanos”*, El Derecho, Tomo 106, p. 949.

28 Soler decía: “un individualismo exigente y apresurado puede hoy constituir una valla en el logro de resultados valiosos en la ardua tarea de asegurar a los hombres su dignidad [...] a pesar de la distancia temporal no olvidemos que el individuo humano entró en la esfera política por la estrecha puerta de la responsabilidad” (citado por Amado Chacra, *Los Derechos Humanos en la Argentina*, cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, p. 99, Buenos Aires, 1964. El subrayado no es el texto).

A nuestro modo de ver, es sobre la base de ellos que podemos construir un sistema jurídico supranacional (de esos que tanta hipnosis y encantamiento producen) de Responsabilidad hacia la Administración Pública.

A su vez, si los Derechos Humanos se fundan en la dignidad esencial del ser humano, y si, como dicen las normas supranacionales (art. 32, Convención Americana sobre Derechos Humanos), existe correlación entre deberes y derechos, debemos concluir que el fundamento de los Deberes Humanos está también en la dignidad esencial de la persona humana.

En este sentido, el Preámbulo de la DADDH establece expresamente que “si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

Es más, aun cuando circulan ideas iusfilosóficas acerca de los derechos de los animales, de las plantas, de los ríos, de las pirámides, etc., no hemos encontrado -al menos por ahora- quienes sostengan la existencia de deberes propios de esas “entidades”.

Por lo tanto, sin duda alguna podemos afirmar que son los deberes jurídicos en general y los humanos en particular los que nos hacen auténticamente humanos.

Pero claro, como bien sentenció Orgaz hace casi 50 años: “los derechos del hombre, como es obvio, valen sólo en la medida en que vale el hombre mismo”.²⁹

7 - Algunas conclusiones

a. Así como la exacerbación de la responsabilidad del Estado frente a los particulares muchas veces encuentra su explicación en la ruptura de la relación Estado-Sociedad, paralelamente, el olvido de nuestros deberes públicos, y, por tanto, de nuestra responsabilidad frente al Estado, parecería encontrar su razón de ser en ese mismo desencuentro.³⁰

b. Vivimos inmersos en ese “anestésico” y “mágico” mundo de los Tratados, los Pactos y las Convenciones internacionales, sin advertir que ellos también imponen deberes, y que también sobre ellos es posible construir un sistema supranacional de Deberes Humanos y de Responsabilidad hacia la Administración Pública.

c. En algunas oportunidades se ha hablado de la necesidad de “humanizar” al Derecho Administrativo. Pues bien, un modo de lograr ese cometido puede ser revalorizando, como lo hace el ordenamiento supranacional -ese mismo que consagra los tantísimos derechos de que tanto se habla-, la figura del “Deber Humano” frente a uno mismo, frente al otro, frente a la Sociedad, y frente al Estado.

d. El problema, como siempre, responde a una profunda crisis de valores; a una sistemática degradación en los planos de la ética y la moral.

Por momentos, en esta sociedad “antropofágica” -como la llamaba Guillermo Muñoz- parece que olvidamos que los deberes del hombre, como expresamente lo declara el Preámbulo de la Declaración Americana, se fundamentan y apoyan conceptualmente en deberes de orden moral.

e. Nos costó 2000 años, y muchos más de otras culturas, llegar al llamado Siglo de los Derechos Humanos;³¹ depende principalmente de nosotros que el que transitamos sea conocido como el Siglo de los Deberes Humanos.

En tal caso -dice Sergio Sinay-³² “acaso habremos comenzado a vivir en la Era de la Responsabilidad”.

29 Orgaz, Alfredo. *Reflexiones sobre los Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, p. 16, Buenos Aires, 1961.

30 Algunos señalan que sobre todo a partir del cambio del modelo de Estado, existe una mayor diferenciación entre Estado y sociedad; cambiando no sólo el Estado “sino la idea de Estado en el campo del pensamiento y de la estima social” (González, Andrea Susana. *Responsabilidad del Estado y conciencia ciudadana. Una aproximación sociológica sobre la relación Estado y sociedad*, en *Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos*, Rubinzal-Culzoni, ps. 81 y ss., Santa Fe, 2003).

31 Así lo llamaba Jostein Gardner (citado por Sergio Sinay en *Elogio de la responsabilidad*, 2da. Edición, Del Nuevo Extremo, p. 26, Buenos Aires, 2006).

32 *Op. y loc. cit.*

LA VUELTA AL DERECHO COMÚN O CIVIL ¿LA CRISIS DEL PARTICULARISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO?

CRISTINA MANGARELLI

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las Carreras de Abogacía y de Relaciones Laborales de la UDELAR.

Profesora de Derecho del Trabajo de la UM y del Programa Master de Derecho de la Empresa.

Vicepresidenta de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para América del Sur.

SUMARIO: Introducción. I. Insuficiencia del derecho civil para contemplar la cuestión social. El nuevo derecho. II. El derecho del trabajo como derecho especial y autónomo. La norma especial deroga la general. III. Límites en la aplicación del derecho común en el derecho del trabajo. El respeto a los particularismos. IV. Desconfianza de los laboristas en la aplicación supletoria del derecho común. V. La vuelta al derecho común para ampliar los particularismos del derecho del trabajo. VI. ¿La teoría de los actos propios se aplica en el derecho del trabajo? VII. ¿Influencia del derecho del trabajo en el derecho común o civil? VIII. ¿La crisis de la especialidad del derecho del trabajo? Conclusiones.

Introducción

El objeto de este trabajo es analizar la vuelta al derecho común o civil en el ámbito del derecho del trabajo.

Se estudiará si es procedente aplicar en el derecho del trabajo principios, normas o conceptos del derecho común o civil, dada la especialidad y autonomía de este derecho. Se analizará si dicha aplicación ha tenido lugar y si ello ha acontecido respetado los particularismos de la disciplina especial.

Asimismo se hará referencia al estado actual de esta cuestión, teniendo en cuenta que una corriente jurisprudencial y doctrinaria en otros países postula la utilización de principios generales o normas del derecho común o civil violentando las normas y conceptos particulares del derecho del trabajo.

Por último se formularán algunas conclusiones.

I - Insuficiencia del derecho civil para contemplar la cuestión social. El nuevo derecho.

El derecho del trabajo surge a raíz de las insuficiencias del derecho civil para contemplar la situación de los trabajadores dependientes (1).

La doctrina hace referencia a los abusos provocados por la aplicación del principio de libertad contractual a las relaciones de trabajo (salarios bajos, extensas jornadas, ausencia de medidas de seguridad, etc.) (2).

La autonomía de la voluntad del derecho civil basada en la igualdad de las partes contratantes, no podía ser aplicada a las relaciones de trabajo subordinadas, en las que no aparece la referida igualdad.

El "nuevo derecho" establece un sistema de mecanismos protectores del trabajador, que limitan su autonomía negocial, teniendo en cuenta la situación de desigualdad en la que se encuentra respecto del empleador.

Como afirman Pélissier, Supiot y Jeammaud el derecho del trabajo rompe con el individualismo del Código Civil, con el fin de proteger a los trabajadores de los excesos del liberalismo económico (3).

Por su parte Krotoschin señala "Así empezó a elaborarse el derecho del trabajo moderno como una respuesta a reclamaciones de un real equilibrio entre las partes sociales. En la medida en que el derecho común (de entonces) se consideraba insuficiente o no apto para resolver los problemas de la relación de trabajo conforme a las necesidades materiales y espirituales de la época, se procedía a estructurar el nuevo derecho" (4).

II - El derecho del trabajo como derecho especial y autónomo. La norma especial deroga la general.

El derecho del trabajo es un derecho especial, dado que contiene normas sobre un determinado tipo de relaciones jurídicas, las relaciones de trabajo subordinado (5).

Tratándose de un derecho especial, las normas, conceptos o principios del derecho del trabajo derogan los generales, por la aplicación del principio que establece que la norma especial deroga la general.

En este sentido Krotoschin afirma que el derecho del trabajo es un derecho especial por lo que "deroga el derecho común en todo lo que sea contrario a sus principios y normas positivas (*lex specialis derogat generali*)" (6).

En mi opinión, el derecho del trabajo no sólo es un derecho especial, sino que ha alcanzado autonomía como rama del derecho. Ello porque refiere a una materia específica (trabajo subordinado), extensa, cuenta con una doctrina propia relativa a dicha materia y con un elenco de principios generales de esta disciplina (7).

Pero el derecho del trabajo no puede dar solución a todas las situaciones jurídicas que se presenten en dicho ámbito, por lo que -teniendo en cuenta la unidad del orden jurídico- en caso de lagunas en las normas laborales será necesario recurrir al derecho común o al derecho civil (8) para colmar dichos vacíos.

Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que el concepto de autonomía de esta rama del derecho es un concepto relativo (9), y a otros a cuestionar dicha autonomía y sostener el particularismo (o especialidad) de este derecho (10).

Sin embargo, no se trata de dos posiciones antagónicas, sino que sólo difieren en el significado que asignan al término "autonomía" de una rama del derecho. De todos modos, ambas posturas admiten la aplicación de las normas del derecho común o civil en el campo del derecho del trabajo en caso de lagunas en la normativa laboral, lo que implica límites claros en dicha aplicación.

La consideración del derecho del trabajo como derecho especial implica la derogación de la norma general por la especial.

Si la norma especial deroga la general, entonces no es posible recurrir al derecho civil (o al derecho común o a otras disciplinas) cuando existe regulación de la cuestión en el derecho del trabajo.

Como señalan Pélissier, Supiot y Jeammaud en el derecho del trabajo se aplican las normas generales del Código Civil, salvo regla especial contraria (11).

La imposibilidad de recurrir al derecho común (o al derecho civil) cuando el derecho del trabajo prevé una solución particular, rige aún cuando pueda considerarse que en el caso concreto resulta más beneficioso para el trabajador la aplicación de la norma civil. Ello es justamente la consecuencia jurídica de la consideración del derecho del trabajo como derecho especial.

III - Límites en la aplicación del derecho común en el derecho del trabajo. El respeto a los particularismos.

La aplicación de normas del derecho común en la disciplina laboral sólo será procedente ante un vacío en la norma laboral, y siempre que el concepto del derecho común o civil que se pretende aplicar no vulnere normas, conceptos o principios del derecho del trabajo.

Así se respetan los particularismos del derecho laboral (o su autonomía según la posición que se sostenga).

Esta postura es la que recoge la Suprema Corte de Justicia en base a "la unidad del orden jurídico". Entiende la Corte que "el proceso de especialización y autonomía del derecho laboral no implica un completo rompimiento con el derecho común. Por tanto se aplica a la materia laboral la legislación civil en subsidio, en caso de lagunas, siempre y cuando ella no contradiga los principios especiales de la legislación laboral (Cf. Sent. Nº 294/94 y 333/85; y Cf. Plá Rodríguez., Américo, "La noción de Conflicto Individual de Trabajo", L.J.U., T. LXXXI, p. 195)" (12) (el subrayado me pertenece).

Analizaré los requisitos para que tenga lugar la aplicación de las normas del derecho común o civiles en el derecho del trabajo.

1) La aplicación de un principio general o norma del derecho común (o civil) requiere la existencia de vacío en la norma laboral.

Como señalé precedentemente, para que proceda la aplicación de una norma, concepto o principio proveniente del derecho común (o civil) es necesario que estemos en presencia de un vacío en el derecho del trabajo, esto es que la cuestión no se encuentre resuelta por una norma, concepto, o principio del derecho del trabajo.

Ello se desprende, como vimos, de la consideración del derecho del trabajo como derecho especial. Si existe un concepto particular en el derecho del trabajo, entonces no es posible aplicar un principio general o norma del derecho común o civil (no hay vacío en la disciplina especial).

2) La aplicación del principio, norma o concepto del derecho común o civil sólo procede si no se contraviene un principio, norma, o concepto del derecho del trabajo.

Aunque la ley laboral no prevea un instituto particular, no podremos llenar el vacío con un principio general o con una norma del derecho común o civil si se contraviene una norma, principio o concepto particular del derecho del trabajo.

Un ejemplo de lo que se acaba de señalar es el caso de la transacción contenida en un convenio colectivo. La ley laboral en nuestro país no refiere a la transacción, la que se encuentra regulada en el Código Civil. La Suprema Corte de Justicia al analizar la transacción contenida en un convenio colectivo, si bien aplica algunas normas del Código Civil sobre la transacción, rechaza la aplicación de otras disposiciones del mismo cuerpo normativo, por entender que existen conceptos particulares en el derecho del trabajo que lo impiden.

En este sentido, la Corte admite el principio de la indivisibilidad de la transacción (artículo 2161 del Código Civil), pero no aplica el artículo 2149 del Código Civil que exige poder expreso para transar, sosteniendo que en el derecho colectivo del trabajo rige un concepto "particular" de "representación", de acuerdo al cual no se requiere otorgar poder a los representantes del sindicato para celebrar el convenio colectivo. De este modo, acepta la validez de la transacción contenida en un convenio colectivo celebrado por el sindicato (13).

3) Al aplicar en forma supletoria una norma del derecho común o civil, ésta es adaptada a las especificidades del derecho del trabajo. Se desarrollan o acentúan los particularismos.

En muchos casos en los que se procede en caso de vacío en el derecho laboral a aplicar una norma o concepto proveniente del derecho común o civil, el juez "adapta" la noción civil a las especificidades del derecho del trabajo.

Si bien ello ha sido objeto de críticas o advertencias por parte de algunos juristas (14), es razonable que se adapte la norma del derecho común o civil cuando es utilizada en el campo del derecho laboral a la cuestión concreta que se va a resolver, teniendo en cuenta las particularidades de la disciplina especial (15).

Considero que en algunos casos la aplicación supletoria del derecho civil en el campo del derecho del trabajo, ha dado lugar a la elaboración de figuras típicamente laborales, y en otros ha permitido el desarrollo de algún instituto particular del derecho del trabajo.

De este modo, la aplicación supletoria del derecho civil ha incidido en un mayor desarrollo de la disciplina laboral, a través de la ampliación de algunos institutos laborales, o la creación de otros, lo que ha llevado a acentuar los particularismos del derecho del trabajo, como vamos a ver a continuación (capítulo V).

IV - Desconfianza de los laboristas en la aplicación supletoria del derecho común.

Algunos laboristas han mantenido una actitud de desconfianza respecto de la aplicación supletoria de las normas del derecho común o civil en el derecho del trabajo.

En términos claros Néstor de Buen ha señalado: "Los laboristas suelen repudiar al Derecho civil y prefieren además ignorarlo" (16).

Ello puede obedecer al temor de que a través de la utilización de conceptos del derecho común o civil se desdibujen los particularismos de nuestra disciplina (17), y a consideraciones que tienen que ver con la filosofía y finalidad de este derecho especial (18).

De todos modos, la doctrina por lo general ha admitido la aplicación supletoria del derecho civil o común en el derecho del trabajo.

En algunos sistemas, la aplicación del derecho común o civil en caso de vacío en la norma laboral se ha establecido de modo expreso en la ley, y en otros, aún sin norma que lo disponga, la jurisprudencia recurre al derecho civil (o al derecho común) para llenar las lagunas en la normativa laboral.

V - La vuelta al derecho común para ampliar los particularismos del derecho del trabajo.

Aunque el enunciado pueda parecer contradictorio, considero que señala lo que ha acontecido con la utilización de algunos conceptos del derecho común.

La aplicación del derecho común o civil para llenar las lagunas del derecho laboral (que como vimos no puede dar solución a todas las situaciones que se presenten) se ha realizado no sólo respetando la especialidad de este derecho, sino que ha servido -en muchos casos- para elaborar figuras o delimitar institutos laborales, desarrollando o acentuando los particularismos.

Es decir que la norma o el concepto civil (o las nociones comunes del derecho) han sido utilizados no para sustituir las particularidades del derecho del trabajo, sino para ampliarlas o "reelaborarlas" teniendo en cuenta las especificidades del derecho especial.

Algunos ejemplos de ello son: la figura del empleador complejo; los deberes del empleador que se desprenden a partir del deber de obrar de buena fe; el concepto de abuso de derecho aplicado al *ius variandi* o al despido (el despido con móviles ilícitos como el despido por ejercer el derecho de huelga); la evaluación del daño moral en base a la indemnización tarifada por despido (en una o dos veces la indemnización tarifada), etc.

Lo que se acaba de expresar señala en mi opinión, una evolución del derecho del trabajo.

El derecho del trabajo con su particularismo ya consolidado, no tiene inconveniente de regresar al derecho civil (o al derecho común) para completar sus soluciones, ampliarlas o incluso reelaborarlas, pero siempre en caso de vacío en la norma laboral y si no se contraviene una norma, concepto, o principio del derecho laboral.

De este modo, la utilización de la norma o solución del derecho común no va en desmedro de la especialidad (o de la autonomía) del derecho del trabajo.

A) Figuras particulares del derecho del trabajo a partir de normas civiles. El caso del "empleador complejo".

En el derecho del trabajo se han creado figuras particulares tomando como base una norma civil.

Es el caso del "empleador complejo", noción que en nuestro país ha sido creada por la jurisprudencia laboral a partir de la aplicación de disposiciones civiles. Con la noción de empleador complejo se ha hecho frente a algunos de los cambios ocurridos en la organización del trabajo, buscando al verdadero empleador.

La jurisprudencia por ejemplo ha entendido en algunos casos, que la empresa suministradora de mano de obra y la empresa usuaria responden por el todo, dado el carácter indivisible de la deuda, pues las prestaciones laborales no admiten división, en base a los artículos 1375, 1376 y 1384 del Código Civil (19).

B) La invocación del derecho civil para limitar los poderes del empleador y el despido.

Se ha recurrido a algunas nociones del derecho común o civil de modo de poner límites a los poderes del empleador y también limitar el despido.

El fenómeno ha tenido lugar en distintos países y abarca variadas situaciones. Vamos a referirnos aquí sólo a algunos casos.

a) Límites al jus variandi. El respeto al contrato.

La Corte de Casación francesa recurrió a las disposiciones civiles que regulan los contratos para poner límite a la facultad del empleador de variar el contrato de trabajo. Se invocó la norma del contrato en materia civil que establece que el contrato es ley para las partes (20).

b) Límites al poder disciplinario y al despido. El principio de la buena fe.

A partir del principio buena fe se han limitado poderes del empleador que surgen del contrato de trabajo, y también el despido. Se reconocen "derechos" al trabajador aplicando el principio de la buena fe (21).

Es el caso de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 418 de 17.12.2003 en la que se expresó que el empleador que voluntariamente dispone la realización de un sumario, debe respetar el resultado del mismo. Si de acuerdo a dicho resultado el trabajador no tiene responsabilidad alguna, entonces no puede ser despedido. En dicha sentencia se entendió que el despido en dichas circunstancias se torna abusivo, entre otras razones por ser violatorio de principio de buena fe (22).

La Corte entendió que de acuerdo a dicho principio (buena fe objetiva) el empleador no podía desconocer el resultado del procedimiento que ella misma resolvió aplicar, y que el trabajador tenía "derecho" a ampararse al resultado del sumario. La demandada fue condenada a pagar una indemnización por despido abusivo, que se fijó en unidades de indemnización por despido común, en forma acumulativa a la indemnización tarifada (que ya había abonado).

VI - ¿La teoría de los actos propios se aplica en el derecho del trabajo?

Esta teoría basada en conceptos del derecho común, ha adquirido en los últimos años importancia, de tal modo que se ha pretendido aplicarla también en el ámbito del derecho del trabajo. Teniendo en cuenta que esta teoría hace referencia al pasaje de un concepto del derecho común al campo del derecho laboral, en este trabajo se realizará una breve referencia respecto a si procede su aplicación en el derecho del trabajo.

Considero que la teoría de los actos propios no puede ser invocada en el ámbito del derecho del trabajo si contraviene normas o conceptos específicos de esta disciplina. La integración del derecho especial con una norma o concepto civil (o proveniente del derecho común) sólo procede, como vimos, en caso de vacío en la norma laboral y si no se vulneran normas, conceptos o principios del derecho del trabajo.

Obsérvese que si fuera de aplicación la teoría de los actos propios, el trabajador que suscribió un contrato denominado por ejemplo, "arrendamiento de servicios", no podría luego sostener que se trató de un contrato de trabajo. Sin embargo, el principio de primacía de la realidad permite al Juez analizar la relación que vinculó en los hechos a las partes, y en su caso resolver que la relación fue de trabajo dependiente, en contra de la calificación contractual otorgada por las partes.

Lo mismo cabe decir respecto de otros principios o conceptos particulares del derecho del trabajo, como el principio de irrenunciabilidad y demás limitaciones a la autonomía de la voluntad que rigen en este campo del derecho (23). La aplicación de la teoría de los actos propios resulta improcedente si vulnera el principio de irrenunciabilidad.

VII - ¿Influencia del derecho del trabajo en el derecho común o civil?

Se planteará aquí la posible influencia del derecho del trabajo en el derecho común o civil, atento a que algunos conceptos o mecanismos jurídicos del derecho laboral también se aprecian en la actualidad en el campo del derecho común o civil.

Hace años que se viene señalando en el ámbito del derecho del trabajo que se perciben influencias del derecho laboral en el derecho civil (y en otras disciplinas).

Krotoschin destacó que el proceso de “socialización del derecho” es general (24). Varios autores también han sostenido que el derecho del trabajo ha incidido en el derecho civil (25).

Sin perjuicio de admitir la aparición de otros derechos sociales, nos preguntamos ¿el derecho del trabajo ha incidido en el derecho civil moderno?, ¿se aprecia una influencia del derecho del trabajo en la actual crisis de la autonomía de la voluntad del derecho civil?

En la actualidad, la doctrina civil hace referencia a la “crisis de la autonomía de la voluntad”. Se sostiene que no existe libertad si los contratantes no están situados en una posición de igualdad.

La doctrina y jurisprudencia civil moderna, en varios países, ha comenzado a utilizar criterios jurídicos similares a los que desde sus inicios han distinguido al derecho del trabajo: protección del contratante débil, necesidad de asesoramiento, nulidad de las cláusulas abusivas, búsqueda de la igualdad real, etc. (26).

Ello responde en mi opinión -entre otras razones- a una cierta incidencia de los conceptos del derecho del trabajo en el derecho civil (27). Existe una permanente y continua relación o interacción entre ambas disciplinas (y entre todas las ramas del derecho).

Ahora bien, ¿la crisis de la autonomía de la voluntad en el derecho civil puede dar lugar a una re-aproximación del derecho del trabajo y el derecho civil de modo que las fronteras de estas dos ramas se confundan?

La respuesta es negativa.

La utilización de conceptos similares (o aún comunes) en ambas ramas no conduce a la desaparición de los particularismos, ni ha significado un debilitamiento de las fronteras de estas disciplinas, dado que dichas nociones presentan en cada campo del derecho un desarrollo particular (en función de las especificidades).

La interacción entre las disciplinas jurídicas a la que hacíamos referencia, podrá continuar en la medida que se respete la especialidad de cada rama del derecho.

VIII - ¿La crisis de la especialidad del derecho del trabajo?

Cuestión distinta a las examinadas precedentemente, es la utilización de los principios generales o de nociones del derecho común (o civil) violentando los particularismos del derecho del trabajo o sencillamente eliminándolos.

En los últimos años, una corriente jurisprudencial y doctrinaria en algunos países, postula la aplicación de principios generales o nociones del derecho común (o civil) cuando no existe vacío en la norma laboral, esto es en contravención de lo dispuesto por la norma o concepto laboral.

Se argumenta que en el caso concreto, la aplicación de los principios generales o del derecho común resulta más beneficioso para el trabajador.

Por ejemplo, se pretende ampliar la responsabilidad del empleador en caso de despido y de accidentes de trabajo. En ambos casos rigen indemnizaciones tarifadas. Se propone aplicar el principio general de reparación integral del daño, aún en contravención de una norma laboral que establece una indemnización tarifada.

Debe aclararse que las indemnizaciones tarifadas no han sido obstáculo para admitir en el ámbito del derecho del trabajo la reparación del daño por encima de la tarifa indemnizatoria.

En muchos países (Chile, Brasil, Uruguay) se admite la reparación del daño moral por actos del empleador acontecidos durante la relación de trabajo o en el momento de su extinción, con montos que muchas veces resultan elevados si se comparan con los que se fijan en el ámbito civil.

Pero ello tiene lugar sin violentar el sistema tarifado de indemnización por despido, dado que con la reparación del daño moral se han indemnizado daños provenientes de actos ilícitos del empleador, no cubiertos por la indemnización tarifada por despido.

Lo mismo ha sucedido respecto de la indemnización tarifada por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en el caso uruguayo con la admisión en la ley del reclamo fundado en el derecho común

en caso de "culpa grave" (o dolo) del empleador en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención (artículo 7 de la ley 16.074 de 10.10.1989). La ley amplió la responsabilidad del empleador en el caso referido, ya que la indemnización tarifada no ampara dichos comportamientos.

El tema merece un tratamiento pormenorizado y específico en materia de accidentes de trabajo y de despido, lo cual excede el objeto del presente trabajo. En este estudio lo que interesa señalar son las consecuencias que acarrea la admisión de dicha postura en el campo de las relaciones entre el derecho del trabajo y el derecho común (o civil), y en la delimitación de las fronteras entre las disciplinas jurídicas.

La utilización de principios generales o de normas o conceptos del derecho común (o civil) cuando una norma o concepto en el derecho del trabajo establece una solución diferente a la del derecho común, es impropio dado que la norma especial deroga la particular, y además va en desmedro de la especialidad (o de la autonomía) de esta rama del derecho y sin duda pone en crisis su particularismo.

Aplicar en el derecho del trabajo un principio general o una norma o concepto del derecho común en contravención de una norma, principio o concepto del derecho del trabajo, violenta la especialidad o la autonomía de esta rama del derecho, pone en crisis la especialidad de este derecho, y además arriesga las soluciones jurídicas particulares adoptadas por nuestra disciplina.

En la medida en que se apliquen principios o conceptos generales que contravengan soluciones específicas del derecho laboral, la especialidad de este derecho se hará cada vez más tenue, hasta terminar desapareciendo su particularidad.

Señalaré algunas conclusiones:

1. La aplicación en el derecho del trabajo de principios generales y de normas o conceptos provenientes del derecho común (o civil) es procedente para llenar los vacíos en las normas laborales y sólo si no se contraviene una norma, concepto o principio laboral.

2. La aplicación supletoria de los principios generales o de normas o conceptos del derecho común (o civil), ha permitido en muchos casos, desarrollar y acentuar los particularismos del derecho del trabajo.

Se han elaborado figuras laborales basadas en normas civiles (como el caso del empleador complejo), se han limitado los poderes del empleador invocando principios generales (por ejemplo invocando el principio general de la buena fe), se ha ampliado la responsabilidad del empleador en base a las normas de la responsabilidad del derecho común (despido abusivo, reparación del daño moral), entre otros. Pero ello ha ocurrido en todos los casos respetando las soluciones especiales de este derecho.

3. Si bien el moderno derecho civil ha comenzado a utilizar algunos conceptos similares a los del derecho del trabajo (protección del contratante débil, necesidad de asesoramiento, nulidad de cláusulas abusivas, búsqueda de la igualdad real, etc.), ello no ha implicado un debilitamiento de las fronteras, ya que en cada rama dichas nociones tienen un desarrollo particular.

4. En los últimos años, una corriente jurisprudencial y doctrinaria en otros países, postula la aplicación en el derecho del trabajo de principios generales o de normas o conceptos del derecho común (o del derecho civil) en contravención de una norma o concepto laboral, lo cual no sólo resulta impropio dado que la norma especial deroga a la general, sino que además pone en crisis la especialidad del derecho del trabajo y arriesga la vigencia de las soluciones jurídicas particulares adoptadas por nuestra disciplina.

(1) BARBAGELATA lo explica de este modo: "La convicción de que los Códigos Civiles no contenían una respuesta apropiada a las cuestiones que planteaban el trabajo humano y las relaciones que generaba, se fue gestando desde fines del siglo pasado, y al amparo de innovaciones legislativas poco o nada ortodoxas, alentó los esfuerzos dirigidos a la construcción de una doctrina jurídica sustitutiva de la tradicional" (El particularismo del derecho del trabajo, FCU, Montevideo 1995, p.9). Por su parte, Alfredo PALACIOS señaló "...el Código Civil inspirado en una filosofía individualista y en un liberalismo económico ... no responde ya a las direcciones señaladas por el industrialismo moderno...", (El nuevo derecho, 3era. ed., Editorial Claridad, Buenos Aires, Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en 1919 y 1920, p. 63).

(2) Ver HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans Carl, Compendio de derecho del trabajo, Editorial Revista de derecho privado, Madrid 1963, p. 27.

(3) PÉLISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD, Antoine, Droit du travail, 23e édition, Dalloz, Paris 2006, n° 31, p. 40.

(4) KROTOSCHIN, Ernesto, Tratado Práctico del derecho del trabajo, Volumen I, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires 1978, pp. 7-8.

(5) Ver un desarrollo más extenso de esta cuestión en MANGARELLI, Cristina, Daño moral en el derecho laboral (Acali, Montevideo 1984, pp. 15-23); Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo (FCU, Montevideo 2000, p.13 y sig.); y "El problema de las lagunas en las normas laborales; la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo: justicia social, equidad, buena fe" (Revista Derecho Laboral, T. XXVI, N° 131, julio-setiembre 1983, p. 730 y sig.).

(6) KROTOSCHIN, Ernesto, ob.cit., p. 7.

(7) Ver MANGARELLI, Cristina "Aplicación supletoria...", cit., pp.15-16.

(8) Como señala Néstor DE BUEN: "Por muy desarrollada que esté una disciplina especial, nunca podrá colmar la totalidad de los problemas de sus sujetos, de sus actos y de sus normas, los que necesariamente estarán subordinados en última instancia a reglas del derecho común" (Derecho del Trabajo, 3ª. Ed, México, 1979, T. I, n° 42, p.110).

(9) Entre otros, DEVEALI, Mario L., Lineamientos de Derecho del Trabajo, TEA, Buenos Aires 1948, p. 14; PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Curso de Derecho Laboral, T. I, Vol. I., Montevideo 1979, p. 27.

(10) Postura de PÉLISSIER, SUPIOT, JEAMMAUD ob. cit., n° 49, pp. 68-70.

(11) PÉLISSIER, SUPIOT, JEAMMAUD, ob. cit., n° 60, p. 82; y Conferencia Magistral de Antoine JEAMMAUD "La contribución de la Corte de Casación a la construcción del Derecho del Trabajo en Francia" en el VII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santo Domingo, República Dominicana, 31 de octubre al 2 de noviembre de 2007 (no publicada).

(12) La Justicia Uruguaya, caso 14.370, Tomo 125, año 2002, p. J-159.

(13) Entre otras, Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Tercer Turno, sentencia interlocutoria N° 507/97, y Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 240/98.

Un análisis de estos fallos puede verse en MANGARELLI, Cristina, La transacción en el derecho del trabajo (FCU, Montevideo 2004, p.97, 98 y 100). Allí sostuve que la jurisprudencia ha elaborado un concepto particular de transacción en el ámbito del derecho colectivo, al aplicar algunas disposiciones del derecho común y entender que otras resultan inaplicables debido a las particularidades de los convenios colectivos (p. 98).

(14) Algunos autores han señalado que al aplicar en caso de vacío una norma del derecho civil, no hay cabida para la elaboración por parte del juez, dado que la norma ya se encontraba en el ordenamiento jurídico (LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos Ley de contrato de trabajo comentada, T. I. 2da. Ed. Buenos Aires 1987, pp.148-149.).

Otros como PÉLISSIER, admiten la adaptación de las normas del derecho civil a las particularidades de las relaciones laborales, aunque advierte que es necesario que los criterios de adaptación que utilicen los jueces sean claramente definidos ("Droit civil et contrat individuel de travail", Rev. Droit Social, N° 5, mai 1988, p. 394).

(15) En el caso uruguayo, la adaptación que realizan los jueces es respetuosa de las especificidades del derecho del trabajo.

(16) DE BUEN, Néstor, "Evolución del pensamiento iuslaboralista", en Evolución del pensamiento juslaboralista, Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Montevideo 1997, p. 143.

(17) Parece ser esta la postura de BARBAGELATA ("El particularismo..." cit., p.87).

(18) Se sostiene que el derecho civil es un derecho burgués, un derecho conservador, que se basa en una filosofía individualista, mientras que el derecho del trabajo es un derecho obrero, un derecho protector y progresista, un derecho social.

(19) Los artículos 1375 y 1376 del Código Civil delimitan la noción de obligación indivisible. El artículo 1384 del Código Civil señala la responsabilidad en caso de obligación indivisible: "Cada uno de los que contrajeron conjuntamente una obligación indivisible (artículos 1375 y 1376) está obligado por el todo, aunque la obligación no se haya contraído solidariamente".

(20) Ver al respecto PÉLISSIER, SUPIOT, JEAMMAUD ob. cit., n° 49, p. 69.

(21) A conclusiones similares se llega aplicando el principio de la buena fe en la etapa precontractual y luego de la extinción del contrato.

(22) El otro fundamento invocado por la Corte para concluir que se trató de un cese abusivo, fue el motivo extralaboral del despido en el caso.

(23) La crítica a la teoría de los actos propios en el derecho del trabajo puede verse en el derecho chileno, en TAPIA GUERRERO, Francisco J. "Trabajo subordinado y tutela de los derechos laborales" (en La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa, LexisNexis, Santiago, Chile, 2005, pp. 232-243); y en el derecho uruguayo, en DELGADO SOARES NETTO,

Fernando, "Aplicación jurisprudencial de la teoría de los actos propios en materia laboral" (Revista Derecho Laboral, T. XLVIII, N° 220, p. 849 y sig.).

(24) KROTOSCHIN, ob. cit. p. 8.

(25) Ver MESTRE, "L' influence des relations de travail sur le droit commun des contrats"; Rev. Droit Social N° 5, mai 1988.

(26) En la doctrina civil uruguaya puede verse CAUMONT, Arturo, "La protección del consumidor en el ámbito contractual. Ensayo de fundamentación técnica" (en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, T. XXVI, FCU, Montevideo 1996); CAFFERA, Gerardo, "Autonomía privada: los cambios y tensiones del presente" (en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, FCU, Montevideo, 2001).

Algunos estudios en el campo del derecho del trabajo se han referido a estos cambios en el derecho civil, entre otros, MANTERO ALVAREZ, Ricardo "Apuntes críticos en torno a la autonomía del Derecho del Trabajo y sus relaciones con el Derecho Civil" (Revista Derecho Laboral, T. XLI, N° 190, abril- junio 1998); REYES OEHNINGER, Alberto, "Nuevo enfoque del Derecho del Trabajo (relación individual). De regreso al sistema. Diálogo entre juristas" (Revista Judicatura, Montevideo, agosto 1998, N° 40); y del mismo autor "La (nueva) crisis del paradigma de la autonomía de la voluntad en Derecho Civil y Laboral" (Revista Derecho Laboral, T. XLVIII, N° 220, p. 715 y sig.); DELGADO SOARES NETTO, Fernando y RODRÍGUEZ AZCÚE, Alvaro "Notas sobre algunas tendencias asimétricas ocurridas en las evoluciones del Derecho del Trabajo y el Derecho Civil" (en Veinte Estudios Laborales en memoria de Ricardo Mantero Alvarez, FCU, Montevideo 2004, p.99 y sig.).

(27) En la argumentación de los civilistas por lo general no se invoca la utilización de criterios provenientes del derecho del trabajo.



LA OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR EL DOMINIO EMERGENTE DE LA PROMESA DE ENAJENACIÓN DE INMUEBLES A PLAZOS Y LA CATEGORÍA LEGAL DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES EN EL PAGO

MARTÍN SOSA VALERIO

Aspirante a Profesor Adscripto de Técnica Notarial III de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Miembro titular de la Comisión de Técnica Notarial Procesal y de la Comisión de Asuntos Legislativos de la Asociación de Escribanos del Uruguay.

I - Introducción

Frente a ciertas posiciones doctrinarias de reciente aparición, las cuales han pretendido hacer ingresar a la obligación de escriturar o transferir el dominio, emergente de las promesas de enajenación de inmuebles a plazos y por lo tanto emergente también de todas aquellas promesas de compraventa de inmuebles, las que merced a su inscripción se rigen por la Ley 8.733 concordantes y modificativas; a la categoría legal de las “obligaciones indivisibles en el pago”, prevista en nuestro derecho y regulada en el artículo 1381 numeral 3º del Código Civil, creemos necesario hacer las siguientes consideraciones.

El caso planteado es el siguiente: se celebró un contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble, el mismo fue inscripto en forma en el registro respectivo, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. La parte promitente vendedora estaba integrada por varias personas físicas (*integración plurisubjetiva de la parte*), todas las cuales prestaron su consentimiento al acto, representadas en la oportunidad, en calidad de mandatario especial por un Banco de Plaza. Más de treinta años después se otorga extrajudicialmente la escritura definitiva de compraventa, pretendidamente en cumplimiento de aquella promesa original, pero en la misma comparecen a vender solo los herederos de una estirpe de uno solo de los promitentes vendedores originales, quienes en la escritura manifiestan que en cumplimiento de la mencionada promesa de compraventa, venden el cien por ciento del dominio del bien objeto de la misma. Surge a las claras que en la escritura definitiva de compraventa referida faltan consentimientos en la parte vendedora, pues para haberla otorgado eficazmente de forma extrajudicial, en principio deberían haber comparecido a vender todos los promitentes vendedores originales o sus sucesores ya sea a título singular o universal, cosa que a todas luces no sucedió. Esta compraventa, merced a ser otorgada e inscripta con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva Ley de Registros Públicos 16.871, fue inscripta de modo definitivo, pues en ese entonces la calificación registral no incluía el control del “*tracto sucesivo dominial-registral*”, como si sucede en la actualidad. Hoy en día estamos seguros que esta compraventa, por aplicación de las normas registrales antedichas no podría haber accedido nunca a la nota de inscripción definitiva (art. 57 Ley 16.871¹). De todos modos pese a que la legislación registral de entonces no obstaba su inscripción, desde el punto de vista del derecho de fondo estábamos y estamos ante una escritura en la cual el control notarial del tracto sucesivo o del proceso dominial de la propiedad del inmueble prometido en venta, no se cumplió correctamente.

1 (Art. 57 – Tracto Sucesivo- Ley 16.871): “ No se inscribirá acto alguno que implique matriculación en el que aparezca como titular del derecho que se transfiere, modifica o afecta, una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente, salvo que el disponente se encuentre legitimado, o estuviere facultado para disponer de cosa ajena o así lo mande el Juez competente.

A partir de dicha inscripción, de los asientos en cada ficha especial deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular inscripto y demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones.

En caso contrario el Registrador podrá denegar o inscribir provisoriamente hasta que se subsane la omisión. El Registro denegará la inscripción en el caso que el bien carezca de padrón”.

II - Ejecución Forzada Específica de la Obligación de Transferir el Dominio:

Primeramente recordemos que en el régimen especial de la Ley 8.733, uno de los derechos principales que acuerda la inscripción del contrato de promesa de compraventa al promitente comprador, es la posibilidad de obtener en la vía judicial, la ejecución forzada específica de la obligación de transferir el dominio del bien prometido en venta, en caso de resistencia o impedimento de la parte promitente enajenante. Es decir que una vez que se hayan cumplido con los extremos y requisitos previstos por dicha ley (art. 15 y 16), se le acuerda a la parte promitente compradora acción para exigir judicialmente la escrituración definitiva del inmueble, en cumplimiento de la promesa de compraventa inscrita, así lo previsto por el artículo 31 de dicha ley². Según la solución específica establecida en el artículo 31 de la referida ley, es el Juez competente, en el marco de un proceso jurisdiccional, con la publicidad, seguridad y con todas las garantías que ello implica, quien otorga la Escritura definitiva de compraventa en cumplimiento de la promesa de compraventa inscrita, en uso de sus prerrogativas legales y representando de oficio a el o los promitentes vendedores resistentes o impedidos, operando así y sólo así la traslación del dominio.

En este punto conviene detenernos un momento en el análisis de la naturaleza jurídica de la obligación de transferir el dominio emergente de la promesa de compraventa, obligación de carácter principal que asume la parte promitente vendedora.

Estamos ante una obligación de hacer, o más precisamente siguiendo al Profesor Emérito Dr. Jorge Gamarra³, una obligación de dar puesto que el deudor debe transferir o dar la propiedad de un bien, pero que se manifiesta específicamente en un hacer. Dicho hacer se materializa en el hecho de que el enajenante, a la hora del otorgamiento de la Escritura definitiva de compraventa, debe prestar su consentimiento tanto para el título o negocio obligacional, en este caso la compraventa, como para el negocio dispositivo, en este caso la tradición, los cuales yuxtapuestos producirán el efecto de transferir la propiedad del bien del patrimonio del enajenante al patrimonio del adquirente.

Por su naturaleza esta obligación de hacer, asumida por el promitente enajenante es infungible, insustituible, pues sólo el "dominus" titular del derecho de propiedad o sus sucesores a título universal o singular, pueden prestar el consentimiento hábil e idóneo para producir este efecto real. De esta forma, estamos ante un hacer que en primera instancia no puede ser cumplido por un sujeto distinto del dueño.

Además de tratarse de un hacer infungible, conforme a los inexcusables principios de libertad y de respeto a la dignidad humana que están en la base misma de nuestro ordenamiento jurídico, estamos ante un hacer incoercible, es decir que su cumplimiento o ejecución sólo admite los medios voluntarios, excluyéndose en primera instancia la ejecución forzada específica de dicha obligación de hacer. Pero este impedimento que surge de la propia naturaleza de la obligación, es superado por la ley, según lo dispuesto por el artículo 31 de la ley 8.733, en lo que respecta a las promesas inscritas y conforme a lo dispuesto por el artículo 398.4 del CGP, para las promesas de compraventa no inscritas. En estos casos la ley sabiamente y en protección del tráfico y la seguridad jurídica, salva el escollo, permitiendo la sustitución de la voluntad de "deudor-propietario" reticente o impedido, por la del Juez, quien la suple realizando la transferencia del dominio. Sencillamente si el propietario no quiere o no puede transferir la propiedad, el Juez en uso de sus facultades legales quiere por él, haciendo operar la transferencia dominial. Es así como por imperio de la ley, nuestra obligación infungible por naturaleza, se torna en un hacer fungible, franqueándose en consecuencia su coercibilidad, pudiendo recurrirse a la ejecución forzada específica, la cual se concreta en la escrituración judicial del bien.

Volviendo al análisis del caso que nos ocupa, la compraventa extrajudicial en cumplimiento de promesa inscrita, otorgada por algunos de los herederos de uno sólo de los promitentes vendedores originales; entendemos que dicho contrato no constituye un título hábil para transferir el dominio de la totalidad del bien a la parte promitente compradora, por la sencilla razón de que faltan consentimientos de integrantes de la parte promitente vendedora, siendo el consentimiento uno de los elementos esenciales de los contratos, (art. 1261 del Código Civil).

2 (Art. 31, Ley 8.733): "En caso de resistencia, fallecimiento, ausencia, impedimento, concurso, quiebra o incapacidad de la parte del enajenante o en el previsto en el artículo 15, el Juez competente, previa citación o citación con emplazamiento en forma, otorgará, en representación del enajenante, la escritura de traslación de dominio. El enajenante será el tradente y el Juez su representante legal, (art. 770 del Código Civil).

La Escritura la autorizará, en todos los casos, el Escribano que designe el adquirente."

3 "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo IV, Tercera Edición, pag. 123.

En dicha oportunidad la traslación de la propiedad respecto del cien por ciento del dominio del bien, sólo podría haber operado de forma válida y eficaz, en tres hipótesis:

1º)- Que hubiesen comparecido a la Escritura y prestaran su consentimiento todos y cada uno de los integrantes de la parte enajenante, esto es los promitentes vendedores originales o la totalidad sus sucesores a título universal o singular, cosa que como es claro no sucedió.

2º)- Que el Banco de Plaza que actuó en su momento como mandatario especial de la parte promitente vendedora o la Institución que lo hubiera sucedido en su personería jurídica, en su carácter de mandatario especial compareciente en la promesa de compraventa original en nombre y representación de los promitentes vendedores originales, en idéntica calidad y en uso de las facultades legales previstas por el artículo 6 de la Ley 13.901⁴, (*ley especial en la materia que excepciona el principio general de que el mandato se extingue con la muerte del mandante, art. 2086 num.5 del Código Civil*), hubiese comparecido a vender en la escritura definitiva de compraventa, siempre y cuando el mandato original tuviese facultades para enajenar.

3º)- Que el Juez competente, en aplicación del régimen especial regulado por el artículo 31 de la ley 8.733, hubiese otorgado la Escritura definitiva de compraventa, en uso de sus facultades legales y representado de oficio a los promitentes vendedores originales o sus sucesores cualquier título. Estamos ante la hipótesis de una Escrituración judicial en cumplimiento de promesa de compraventa inscrita.

Ninguna de estas tres hipótesis se cumplió en el caso a estudio, en consecuencia podemos afirmar que no operó la transferencia del dominio en la forma pretendida, lo cual nos conduce irremediamente a la observación del título.

III - Solidaridad:

En lo que respecta a la cuestión de si una eventual solidaridad activa y pasiva pactada en la promesa de compraventa original, permitiría que aún prescindiendo del consentimiento de la totalidad de los integrantes de la parte promitente vendedora y luego enajenante, se pudiese otorgar por uno sólo de ellos la traslación del dominio de la totalidad del bien, de modo válido y eficaz, conforme fue alegado en su momento a efectos de sostener la bondad del título; respondemos enfáticamente de modo negativo. En este sentido, basta una simple lectura de las disposiciones del Código Civil, para descartar tal hipótesis, ya que la solidaridad sea activa sea pasiva, no pasa a los herederos, disposición ésta que no admite pacto en contrario, (art. 1395 del Código Civil). Vale decir que ninguno de los integrantes de la parte promitente vendedora por sí solo, puede transferir el dominio respecto de la totalidad del bien a la parte compradora, fundándose en un eventual pacto de solidaridad.

IV - Indivisibilidad:

Siguiendo con el análisis de las disposiciones de la promesa de compraventa original, encontramos que en su parte dispositiva se pactó la indivisibilidad del objeto de las obligaciones, pero limitada a las obligaciones asumidas por la parte promitente compradora. En virtud de lo cual, la traslación del dominio pretendida, tampoco puede hallar su fundamento en la indivisibilidad acordada convencionalmente, ya que según el alcance con el que la misma fue pactada, no comprendería al objeto de la obligación de transferir el dominio, obligación de carácter principal asumida por la parte promitente vendedora.

⁴ (Art. 6, Ley 13.901): "Los apoderados de los promitentes vendedores podrán continuar su mandato , a pesar del fallecimiento de sus mandantes y otorgar la escritura definitiva de venta del inmueble al comprador que hubiera cumplido con todas las obligaciones de la promesa de compraventa. Esta disposición registrará también para los contratos celebrado con anterioridad a la fecha de esta ley".

V - Obligaciones Indivisibles en el Pago, (art. 1381 num 3º del Código Civil):

Finalmente se ha pretendido defender la bondad del título a estudio, recurriendo al instituto de la "Indivisibilidad en el Pago", previsto en nuestro derecho en el artículo 1381 del Código Civil, más precisamente en su modalidad establecida en el numeral tercero de dicho artículo.

El instituto de las obligaciones indivisibles en el pago, también conocido por los clásicos como "*obligaciones indivisibles solutione tantum*", según anota el Prof. Dr. Jorge Peirano Facio⁵, es una categoría que está a horcajadas entre las obligaciones divisibles y las indivisibles, si no desde el punto de vista ontológico, al menos desde el punto de vista de sus efectos, constituyendo una excepción a los principios de la divisibilidad.

Discrepamos con la posición que pretende, mediante la aplicación del artículo 1381 num. 3º del Código Civil, considerar por imperio de la ley, a la obligación de transferir el dominio, emergente de la promesa de compraventa original, como una obligación indivisible en el pago. El considerar a tal obligación como integrante de la categoría de las obligaciones indivisibles en el pago, permitiría sostener la bondad del título a estudio, ya que bastaría con que sólo uno de los herederos de los promitentes vendedores originales, hubiese comparecido a consentir la compraventa, para que en su carácter de codeudor de tal obligación indivisible en el pago, hubiese transferido al comprador el dominio pleno y total del bien prometido en venta.

Nuestra negativa no es antojadiza, sino que se funda en el hecho, de que la "*indivisibilidad en el pago*", es un instituto del Derecho de las Obligaciones General y como tal su aplicación debe ceder ante un régimen jurídico particular, como es el disciplinado para las promesas de compraventa en la ley 8.733. Régimen éste que merced a sucesivas leyes que han ido extendiendo su ámbito de aplicación (*Leyes 12.358, 13.420, 13.892*), no rige solamente para el contrato nominado de Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazos, sino también para toda promesa de compraventa de inmueble inscrita en el registro respectivo. Esta ley de carácter especial, establece que cumplidos los extremos legales correspondientes (art. 15 y 16), en caso de resistencia o impedimento de la parte promitente vendedora (art. 31), se deberá ocurrir a la vía jurisdiccional a efectos de obtener la ejecución forzada específica de la obligación de transferir el dominio, conforme fue establecido "ut supra". No existiendo camino extrajudicial alguno par obtener tal efecto.

Es un principio de hermenéutica jurídica generalmente aceptado, aquel que establece que el régimen jurídico específico regulado para determinada materia, debe primar sobre el régimen general. Y en este caso el cumplimiento y la ejecución de la obligación de transferir el dominio, emergente de una promesa de compraventa inscrita, tiene en nuestro derecho un régimen específico, que la aleja del ámbito de aplicación del instituto general de las "*obligaciones indivisibles en el pago*", y ese régimen especial es el establecido en el artículo 31 de la ley 8.733.

Como decíamos, del análisis del tenor literal de las disposiciones de la ley 8.733 y en particular de su artículo 31, se desprende que en caso de resistencia, fallecimiento, ausencia, impedimento, etc., de la parte promitente enajenante, el único camino hábil para conseguir la traslación de dominio, es la vía judicial.

Además esta conclusión puede extraerse del estudio de la intención o espíritu de la norma, claramente expresada en sus antecedentes legislativos. El Esc. Carámbula autor de esta ley, verdadera obra de ingeniería jurídica, sin antecedentes en el derecho comparado, sostenía textualmente lo siguiente: "*El objeto principal de este artículo- refiriéndose al artículo 31- casi el motivo que lo inspira, es precisamente lo que ha ocurrido con muchos promitentes, que han fallecido dejando una sucesión numerosa, haciéndose imposible obtener el concurso de consentimientos para otorgar la traslación dominial*"⁶.

En este pasaje el Esc. Carámbula nos transmite con gran claridad y en grado de inmediatez, cuál fue la intención del legislador al redactar el artículo 31. Con la regulación de la ejecución forzada específica en vía judicial, se quiso evitar justamente el vicio de que adolece el título en cuestión, vale decir que faltaren consentimientos a la hora del otorgamiento de la Escritura definitiva de compraventa, impidiendo la traslación del dominio.

En el fragmento transcrito, el Esc. Carámbula resuelve específicamente nuestro caso, pues el autor parte del siguiente supuesto: **bien se obtienen todos los consentimientos necesarios para transferir el dominio extrajudicialmente o de lo contrario se debe acudir a la vía judicial, de no ser así, no hay traslación del dominio posible**. Si en la mente del legislador hubiese existido la posibilidad, aún remota, de que en casos como el de marras, fuese aplicable el instituto de la "*indivisibilidad en el pago*", tal disyuntiva no se hubiese planteado, ya que en virtud del imperativo legal contenido en el artículo. 1381 num. 3º del Código

5 "*Obligaciones Divisibles e Indivisibles en el Código Civil*", Prof. Dr. Jorge Peirano Facio, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1983, Serie Monografías Jurídicas, pag. 59 y siguientes.

6 Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, Tomo 368, pag. 419.

Civil, no sería necesario obtener el concurso de todos y cada uno solo de los promitentes vendedores o de sus sucesores a cualquier título, pues bastaría con que uno de ellos consintiera la compraventa, para que se transfiriese el dominio y en consecuencia el régimen establecido por el artículo 31 no tendría sentido, pues pretendería resolver un problema inexistente. Para qué se va a recurrir a la escrituración judicial, si se puede seguir el camino más sencillo de la escrituración extrajudicial, acudiendo al expediente de la indivisibilidad en el pago de fuente legal.

Por lo tanto, aceptar la aplicación del "*instituto de las obligaciones indivisibles en el pago*", para la obligación de transferir el dominio, emergente de promesa de compraventa inscripta, implicaría desvirtuar totalmente el sentido y el espíritu del artículo 31 de la ley 8.733, vaciándolo de contenido y de utilidad práctica. En consecuencia, concluimos que dicho instituto no es de aplicación a tal situación, ya que una correcta hermenéutica jurídica indica que, necesariamente debe preferirse aquella interpretación que no vuelva superflua una norma, sino que por el contrario la inserte en el sistema jurídico, de un modo coherente, armónico y útil, (art. 20 del Código Civil).

De esta forma, tanto del análisis del texto de la ley 8.733, como de su intención o espíritu claramente manifestado en la historia fidedigna de su sanción (art. 17 del Código Civil), surgen sólidos argumentos que nos permiten sostener el carácter especial del régimen jurídico establecido por la ley 8.733, en lo que a la ejecución de la obligación de transferir el dominio respecta, el cual debe primar sobre las disposiciones que en materia de obligaciones indivisibles en el pago, establece el Derecho de las Obligaciones General.

VI - CONCLUSIÓN:

Por los argumentos expuestos precedentemente, entendemos que en la hipótesis a estudio, el título sería observable por no recoger el consentimiento de la totalidad de los integrantes de la parte promitente enajenante, adoleciendo pues de un vicio que le impide acceder a la nota de título bueno.



CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo

CARLA SPAGNUOLO ARÉVALO
VIRGINIA D' ISABELLA CIMARELLI
PEDRO BORREA BRUSAIN
HUGO COSTA BUENO

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I - INTRODUCCIÓN

I.I. - Plan de análisis

En la presente exposición intentaremos abordar un tema reciente y de sumo interés que se plantea y se enmarca en el fenómeno que se ha dado en llamar: "la huída del Derecho Administrativo".

Comenzaremos por realizar una breve descripción de la teoría del levantamiento del velo o del "Disregard"; en segundo lugar procederemos a abordar el estudio del fenómeno de la huída del Derecho Administrativo y sus manifestaciones en el Derecho uruguayo; para en tercer lugar analizar propiamente la aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas de derecho privado utilizadas por el Estado en forma instrumental haciendo referencia al Derecho Comparado y a la doctrina y jurisprudencia extranjeras. Finalmente dedicaremos un breve capítulo a las conclusiones a las que arribemos y su eventual aplicación en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Pero antes de abordar estos puntos comencemos por unas breves consideraciones acerca de la temática a abordar.

I.II. - Breves consideraciones de la temática a abordar

Como señala Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹, el exagerado avance del Estado intervencionista ha tenido como respuesta un movimiento que propugna la reducción del campo de acción del Estado a través de la privatización de muchas de sus actividades y empresas, lo cual trae aparejado, como consecuencia necesaria, la búsqueda de la disminución del aparato estatal y el regreso al libre juego de la iniciativa privada, todo lo cual se enmarca dentro de la corriente política económica más conocida como el neoliberalismo. Obviamente que esto significa una disminución o reducción del campo de acción del derecho administrativo, pues el Estado contaría con menos recursos, empresas y funcionarios y correlativamente, una disminución en las actividades jurídicas. Sin embargo observa este autor que el desprendimiento de actividades que han venido siendo desarrolladas por el Estado y que en virtud del proceso de privatización pasan a ser manejados por particulares, no implica el desprendimiento total de las funciones por parte del Estado respecto de estas, pues una característica del proceso que estamos viviendo consiste en que en esos casos el Estado no solo se reserva sino que fortalece su función reguladora de la respectiva actividad, lo cual se traduce en el fortalecimiento de la normatividad aplicable a la misma; así se llega a ampliar en algunos casos la función de control y vigilancia respecto de la actividad total o parcialmente privatizada.

¹ RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI.", Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Méjico durante los días 28 y 29 de Noviembre de 2000, publicado en Internet www.bibliojuridica.org/libros/1/316/9.

Sin perjuicio del fenómeno de la "privatización" antes referido, es posible observar como el Estado, cada vez más actúa a través de personas jurídicas de Derecho Privado que controlan en forma directa o indirecta pero a las que se les aplica un régimen jurídico distinto, el Derecho Privado, provocando por ende que dichas personas jurídicas permanezcan al margen del Derecho Administrativo.

Este fenómeno de la creación de entes instrumentales por parte de la Administración que se encuentran regidos por las disposiciones del Derecho Privado se enmarca en la "huida del Derecho Administrativo". El problema que se plantea es que el Estado se encuentra facultado por ley a los efectos de crear y proceder a la utilización de estos entes instrumentales, por lo que los límites a dicha potestad deberán surgir de la propia ley, de los principios generales del Derecho (en particular en el tema que nos ocupa los principios generales del Derecho Administrativo y de la contratación administrativa) o de la Constitución de la República. Es en virtud de esta circunstancia que ciertos autores, sobre todo en el ámbito de los países de la Unión Europea, han comenzado a hablar de un concepto legal material de Administración pública. Es decir que se reconoce la legitimidad de que la Administración utilice personas jurídicas del Derecho Privado, por cuanto dicha utilización posee fundamento legal, sin perjuicio de ello la misma no puede producir perjuicios a terceros ni puede ser utilizada con mala fe o en fraude a la ley. En efecto, una persona jurídica de Derecho Privado, instrumento de la Administración, no puede eludir el Derecho Administrativo ocasionando un perjuicio a un tercero, ya se trate de un interés público vulnerado o de uno privado.

Corresponde destacar que este perjuicio no se verifica únicamente cuando la persona jurídica instrumental actúa prestando un servicio o realizando una obra sino que también podría darse en la fase preparatoria de la contratación administrativa con la Administración. Esto, por cuanto quien contrata con una persona jurídica de Derecho Privado instrumental de la Administración debería gozar de los medios necesarios para requerir que el mejor oferente sea seleccionado de acuerdo con los principios y normas del Derecho Administrativo que aseguran aspectos fundamentales de la contratación como son la concurrencia, la publicidad, la igualdad, la transparencia, la materialidad, entre otros.

Como veremos en el desarrollo posterior en el Derecho Comunitario, una de las nociones en base a las cuales se ha consagrado la noción de instrumentalidad es el concepto material de Administración, que se manifiesta en el poder adjudicador, concepto que desarrollaremos en forma más amplia en los capítulos que siguen.

II - ORIGEN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DEL DISREGARD OF LEGAL ENTITY.

II.1 - Consideraciones Previas.

La personalidad jurídica como característica esencial atribuida por nuestra ley a las sociedades comerciales, consagra al decir de HALPERIN, una realidad jurídica, un recurso de la técnica jurídica, un medio, un instrumento reconocido por las normas para permitir o facilitar la consecución de ciertos fines. La consagración de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales (pero muy especialmente las anónimas) es una consecuencia de las propias necesidades y evolución del comercio internacional. La proliferación de empresas, mercantiles que buscan a través de la personalidad jurídica de los tipos sociales, establecer patrimonios autónomos, asegurar la limitación de responsabilidad, etc, constituye un hecho evidente. De esta realidad a la utilización de la personalidad jurídica con fines primero atípicos y luego ilícitos, hubo apenas un paso. La nueva realidad todavía muestra a este instrumento como un pilar del ordenamiento jurídico y del comercio. Pero muestra también como ese ordenamiento jurídico y el propio comercio deben evitar el uso abusivo o con fines ilícitos que se haga de la personalidad jurídica.²

La protección y tutela de los acreedores se protege con la aplicación por parte de la jurisprudencia del levantamiento del velo o teoría de la inoponibilidad de la personería jurídica. Esta teoría fue iniciada por la jurisprudencia de los Estados Unidos y recibida en Europa continental con la obra de Rolf SERICK ("Apariencia y realidad de las sociedades Mercantiles.", Editorial Ariel, Barcelona, 1958). El citado autor, precisaba tres situaciones en las cuales la teoría sería de aplicación pues en esos casos existiría abuso de derecho por medio de la persona jurídica: fraude a la ley; fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros.

2 HERRERA OREGGIA, Nicolás, Teoría del Disregard of legal entity: un enfoque basado en el abuso de derecho; Anuario de Derecho Comercial, Tomo I, Año 1984, páginas 53 y siguientes.

Asimismo, dentro de los fundamentos que la jurisprudencia ha manejado para aplicar esta teoría se encuentran el abuso de derecho como extralimitación del poder que forma el contenido del derecho subjetivo, el fraude a la ley y la buena fe.

En general se entiende que cabe prescindir de la personería jurídica cuando: a.-) la propia ley lo imponga, matizando el alcance de la personalidad que ella otorga; o b.-) cuando proceda el levantamiento del velo de una persona jurídica instrumental a los efectos de evitar el fraude a la ley. No se puede realizar una casuística respecto a los casos en que corresponde el levantamiento del velo de la persona jurídica, sino que dependerá de la apreciación de la existencia de fraude o perjuicio en cada caso concreto; y constituirá una carga del tercero perjudicado probar que existe una personalidad jurídica instrumental utilizada en fraude a la ley.

En el Derecho anglosajón, el fundamento de la teoría del *disregard of legal entity* o *piercing the veil* es el fraude y también la doctrina de la *agency*. El fraude se toma en sentido amplio y refiere a cualquier acto u omisión que conduzca al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o de algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en perjuicio a un tercero. La *agency* es una relación, no necesariamente contractual, que nace cuando una persona manifiesta su intención de actuar por medio de otra que lo consiente; y es en virtud de ello que los actos del agente son imputables al principal.³

La teoría del abuso de la personalidad jurídica se ha generalizado rápidamente en la doctrina y jurisprudencia de los países del sistema europeo, pero éstas no han podido aún establecer claramente los andariveles dentro de los cuales, la aplicación de esta teoría se vuelve posible, ni dar un fundamento legal preciso a la misma, ya que se recurre reiteradamente a principios de buena fe, orden público, equidad, justicia, etc.

La "Teoría del Disregard", ha sido recepcionada en sus orígenes por la doctrina uruguaya comercialista, siendo incorporada con posterioridad a nuestro Derecho Positivo por los Artículos 189 a 191 de la Ley de Sociedades Comerciales No. 16.060 de fecha 4 de Setiembre de 1989. Las causales establecidas por la mencionada norma a los efectos de provocar el levantamiento del velo son: el fraude a la ley, la violación del orden público y el fraude o perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

II.II - Instrumentalización de la personería jurídica en el Derecho Privado.

Muchas veces observamos en la práctica la instrumentalización de personas jurídicas por empresarios a los efectos de limitar la responsabilidad de cada sociedad que integra el grupo, buscando también, en muchos casos, mejoras o ventajas en la estructura u organización de la explotación. De esta forma se procura entonces minimizar los riesgos y contingencias propias de la actividad, así en el ámbito del Derecho Tributario o del Derecho Laboral.⁴

En nuestra jurisprudencia existen diversidad de sentencias que han procedido al levantamiento del velo de la personalidad de las sociedades en relación de dependencia por cuanto se presume que las mismas

3 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, páginas 19 y 20.

4 No es casualidad de que también en el Derecho Tributario como en el Derecho Laboral se haya desarrollado y acogido en nuestra jurisprudencia la doctrina del *disregard*. A diferencia de otras legislaciones, el conjunto económico no está legislado en nuestro derecho. En el área del Derecho Comercial el conjunto económico ha sido definido como un núcleo de empresas, aparentemente autónomas, pero sometidas a una dirección económica única, configurándose de esa forma un único interés económico. En el ámbito del Derecho Tributario, la doctrina y jurisprudencia justifican la aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en virtud del principio de realidad contenido en el Artículo 6º del Código Tributario. Asimismo, y en lo que refiere al concepto de conjunto económico, el Banco de Previsión Social dictó la Resolución de Directorio de 10 de Enero de 1968, interpretativa del Artículo 32 de la Ley 13.426, en virtud de la cual dispuso que existe conjunto económico cuando: a.-) una empresa se forme por desdoblamiento de capital; b.-) se realice la fusión, absorción, consolidación, etc. de varias empresas; c.-) una misma persona física o jurídica titular de varias empresas; y d.-) se opera la compraventa de una empresa por otra y coexistencia de explotaciones. Se presume que existe conjunto económico cuando: a.-) los capitales de varias empresas pertenezcan a los mismos titulares; b.-) la titularidad de los capitales en un 50% corresponda a personas vinculadas por parentesco; y c.-) una empresa en su ejercicio económico mantenga relaciones de trabajo con otra en un porcentaje del 40% o más del volumen de las mismas. Sin perjuicio de otras situaciones, existirá en concreto conjunto económico cuando se presenten las siguientes circunstancias: a.-) unidad de dominio patrimonial de la empresa b.-) similitud o analogía de los giros por concomitancia o sucesividad; c.-) utilización común de implementos industriales; d.-) identidad de organización administrativa; e.-) utilización de locales comunes; f.-) identidad de integración de los directorios o mandatarios de empresas; o g.-) imposición de una empresa en otra. En el ámbito del Derecho Laboral, ERMIDA URIARTE ha definido al conjunto económico como aquél grupo de empresas formal y aparentemente independientes que se encuentran recíprocamente entrelazadas formando de esa forma un todo complejo y respondiendo a un mismo interés. También la nueva Ley de Promoción y Defensa de la Competencia No. 18.159 contiene disposiciones que abarcan los conjuntos económicos, así el hecho de que las prácticas prohibidas no puedan ser realizadas por agentes (Artículo 4º Literal J), y se prevé el abuso de la posición dominante y el control de la concentración económica (Artículos 6º, 7º y 8º). El Capítulo III Sección I de la Ley de Sociedades Comerciales No. 16.060 prevé la regulación de los Grupos de Interés Económico (que son persona jurídica) y de los Consorcios (Artículos 489 a 509).

son una unidad económica y de decisión, considerándose al grupo de sociedades como un único sujeto de derecho o centro de atribución a los efectos de que la normativa vigente pueda ser aplicable y se alcance la finalidad para la cual fue dictada. Se identifica a las sociedades como una sola entidad⁵.

En el caso de grupos de sociedades, Santiago ORTIZ VAAMONDE destaca que: *“Lo esencial es (...) la actividad que desarrolla la entidad dependiente. Si esa actividad es una parcela de la actividad e interés de la matriz, no podrá negarse que aquélla posee una personalidad instrumental respecto de ésta. Puede concluirse que si una sociedad mercantil es controlada por otra y su actividad está relacionada o es parte de la que desarrolla la matriz, posee una personalidad jurídica instrumental cuyo velo ha de levantarse a instancia de un tercero perjudicado.”*⁶ O sea que, de acuerdo a este autor español, los dos requisitos esenciales para que opere el levantamiento del velo son: a.-) que la sociedad se encuentre sujeta al dominio o control de la otra sociedad; y b.-) que las actividades de la filial constituyan una parcela de la actividad para cuya realización existe la matriz. La consecuencia fundamental del cúmulo de estos dos requisitos es que la sociedad matriz responderá en forma subsidiaria respecto de las obligaciones de la filial instrumental, al imputarse a aquélla los actos de ésta.

El concepto de persona jurídica instrumental no varía según si la persona jurídica a quien sirve el instrumento posee naturaleza pública o privada, por ende las consecuencias ante uno y otro caso serán las mismas.

III - HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL DERECHO PRIVADO.

III.I - Consideraciones Generales de la Huida.

Como señala el Profesor Carlos DELPIAZZO⁷, la contratación administrativa se encuentra atravesando una fase de transformaciones causadas por los procesos de reforma del Estado, el progreso tecnológico, y la integración regional, transformación que influye sustancialmente en la teoría general de la actividad administrativa y la atribución o imputación de responsabilidad a la Administración por su actuación en los diversos procedimientos y contratos administrativos. En este sentido el mencionado autor expresa que: *“...el advenimiento y desarrollo de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas en el ámbito público están variando sustancialmente los procedimientos administrativos y la forma de alcanzarse los actos administrativos y los contratos consecuentes (...) la propia noción de contratación administrativa está mutando al influjo de las exigencias impuestas por los procesos de integración regional y, más aún, de globalización mundial (...) nuestro Derecho positivo ha evolucionado significativamente en los últimos años procurando adecuarse a la nueva realidad mostrando una profunda expansión de leyes habilitantes a distintas Administraciones públicas para que se asocien con terceros para el desenvolvimiento de las actividades que forman parte de su giro, a la vez que una marcada preocupación por enfatizar en la importancia de los principios generales, como facilitadores de interpretaciones evolutivas y como reacción frente a los riesgos de las prácticas corruptas en materia de contratación administrativa.”*

Bajo la expresión “huida hacia el Derecho privado”, se recogen principalmente dos formas de desaplicación del Derecho Administrativo:

a.-) Permitir que entidades estructuradas bajo formas jurídicas públicas, se rijan parcialmente por la aplicación del Derecho privado, sometiendo en líneas generales a las reglas públicas los aspectos organizativos y de fiscalización típicos de todo ente público, y remitiendo a esta rama del Derecho el desarrollo de la actividad principal de la entidad.

b.-) Trasladar actividades originalmente en manos de la Administración Pública hacia entidades constituidas bajo formas jurídicas empresariales, sometidas en su conjunto a las reglas del Derecho privado.

5 En este sentido encontramos las siguientes Sentencias en la Justicia Uruguaya que hacen referencia al levantamiento del velo basadas en la existencia de conjunto económico, a saber: Caso 11008 Tomo 97 año 1998; Caso 11532 Tomo 101 año 1990; Tomo 122; Caso 14030 año 2000; Caso 14377 Tomo 125 año 2002; Caso 14199 Tomo 124 año 2001; Caso 14496 Tomo 126 año 2002, Caso 11532 Tomo 101 Año 1990; Caso 14030 Tomo 122 año 2000.

6 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, página 41.

7 DELPIAZZO, Carlos, “Estado Actual de la contratación Administrativa” (Revista de Derecho Público N° 17, pág. 111).

Algunos autores al tratar este tema se refieren también a la utilización instrumental del Derecho privado por parte de la Administración. Según enseña Rodolfo SABORIO VALVERDE,⁸ existen en Latinoamérica ejemplos como el de la organización administrativa costarricense donde si bien no se ha presentado este fenómeno con la misma intensidad que en otros países, comparten la mayor parte de las causas que han originado esa tendencia, a saber: leyes administrativas obsoletas, aumento creciente de participación del Estado, inaptitud de la normativa pública para responder a las demandas de los usuarios, interés por evitar los controles excesivos de la hacienda pública y en términos generales una actitud derrotista ante los innumerables problemas de gestión que plantea el Derecho público. Este autor, también reflexiona sobre el empleo de formas organizativas de Derecho privado, la utilización instrumental de esa rama del Derecho por parte de la Administración Pública, además de los retos que se impone actualmente la organización administrativa costarricense. Una de las formas organizativas sería según este autor: las empresas públicas constituidas como sociedades mercantiles.

Autores de la talla de José María GIMENO FELIÚ han criticado este fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. Según expresa este autor, el fenómeno de la privatización es *"...uno de los principales y más controvertidos problemas del Derecho Público en cuanto nos encontramos con un incomprensible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) está acarreado la limitación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como es la contratación que, lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. (...) el intento de huida generalizada del Derecho Administrativo a la búsqueda de una supuesta 'flexibilidad' y de una 'libertad' de acción (...) amenaza con dejar sin contenido al Derecho Administrativo en lo que supone una huida del sistema de garantías (para el interés público y para el de los particulares), sin que tal resultado pueda, obviamente, justificarse apoyándose en una presumible mayor eficacia ya que (...) ésta no debe permitir la huída de las garantías y de los procedimientos de control."*⁹

De seguirse con la huida se podría llegar a resquebrajar la unidad del aparato organizativo estatal y se perdería la noción del Derecho Administrativo como derecho garantizador.

En el ámbito de la contratación administrativa, el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo se presenta con la creación de entes o entidades regidas por el Derecho Privado so pretexto de hacer más flexible y eficaz el funcionamiento de ciertas actividades, sobre todo de carácter empresarial.

Se trata en la especie, de un problema material o sustantivo por cuanto el Derecho Privado y el Derecho Administrativo se basan en principios y finalidades bien distintos, no pudiendo la Administración socavar las finalidades y garantías del Derecho Público mediante el uso del Derecho Privado. No debe perderse de vista que el Derecho Público persigue siempre un interés general o público mientras que el Derecho Privado no.

La eficacia no puede constituirse entonces en un estandarte o pretexto para transgredir previsiones formales aduciendo que las mismas imponen trámites burocráticos largos, costosos e inútiles. Criticando este fenómeno LÓPEZ MENUDO ha expresado que se trata de una auténtica desbandada hacia la atipicidad de todo género y la evasión de los controles, polarizándose la problemática en el hecho de la gran cantidad de sujetos que no son propiamente Administración en el sentido estricto y formal del término y sin embargo, utilizan selectivamente el Derecho Administrativo cuando así conviene y se benefician de dicho uso abjurando de todo lo que signifique formalidad y control (para lo que se visten de forma privada).¹⁰

No debe perderse de vista que, como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA, con la atribución de personalidad jurídica al Estado el fin que se persiguió fue el de someter al mismo a Derecho, haciendo que sus relaciones con los administrados sean verdaderas relaciones jurídicas. Por ello es sumamente paradójico que el Estado a través de la creación y utilización de personas jurídicas instrumentales busque lo contrario, es decir, la evasión del Derecho propio de esa persona que es la Administración del Estado.¹¹ Se procedió a personificar a la Administración para tutelar y ofrecer garantías a los administrados, y la Administración personifica

8 SABORÍO VALVERDE Rodolfo, "Retos de la Organización administrativa costarricense" en Publicaciones Jurídicas Venezolanas-

9 GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, páginas 116 a 119.

10 LÓPEZ MENUDO, "El Derecho Administrativo como derecho 'especial' y 'excepcional' de algunos entes públicos. Consecuencias.", Libro Homenaje al Prof. Clavero, página 566; Apud GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, página 120.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Curso de Derecho Administrativo, 4ª Edición, Civitas, Madrid, 1986, páginas 352 y siguientes; Apud ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, página 55.

entes a los efectos de cumplir determinadas funciones. El referido autor continúa su razonamiento concluyendo que: “*las sociedades de derecho privado creadas por la Administración, así como las fundaciones del sector público de la misma procedencia, no deben limitar su sometimiento a la LCAP...*” (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) “*...a sólo una parte de esta, sino a su integridad, como simples partes de la Administración que son*” cumpliendo fines públicos, en el caso de que ejecuten obras públicas.¹²

III.II - Causales de la personificación de entes instrumentales.

Según enseña Santiago ORTIZ VAAMONDE, las ventajas que la Administración persigue con la creación o personificación de entes instrumentales son las siguientes:

a.-) obtener la flexibilidad en la gestión que exige una organización con cierta autonomía, al menos en la ejecución. La Administración aísla una función o servicio de los demás de su competencia con el fin de agilizarlo debido a las necesidades de gestión que enfrenta la misma (banco, ferrocarriles, puertos, etcétera.).

b.-) la huida generalizada del Derecho Administrativo; se trata en la especie del instrumento de que se vale la Administración para evadir la aplicación del Derecho Administrativo y que le permite acudir a un derecho distinto para las materias encomendadas a la nueva persona jurídica creada. La huida dota pues a la Administración de flexibilidad y libertad de actuación en desmedro de la necesidad de que la gestión de los dineros públicos sea sometida a controles de máxima rigidez y transparencia. Muchos autores sostienen que más que una “huida del Derecho Administrativo” se trata de una “huida del Derecho”.

c.-) cuando la Administración se vale de una sociedad comercial que controla, uno de los fines que pudo haber perseguido es la limitación de responsabilidad al capital integrado.

d.-) en ciertas ocasiones la utilización de una sociedad comercial a los efectos de realizar una obra o prestar un servicio puede obedecer al empleo de una forma de gestión directa adecuada o buscar reducir la cifra del déficit público por cuanto las cargas financieras derivadas de la gestión no pesan sobre el presupuesto estatal.¹³

III.III - Formulas de reconducción al Derecho Administrativo.

Entre las fórmulas que se han ensayado para reconducir al Derecho Administrativo, la actividad administrativa de entidades dependientes sujetas al Derecho Privado, tenemos las siguientes:

a.-) Doctrina alemana del “Derecho Privado Administrativo” (*Verwaltungsprivatrecht*). Esta doctrina sostiene que la Administración puede elegir entre las diversas formas y técnicas de actuar y de organizarse que le proporcionan tanto el Derecho Público como Privado. Y en virtud de ello distinguiremos: a.1.-) la actividad privada de la Administración según se encuentre sujeta al Derecho Privado general cuando la entidad no desempeñe una función pública ni se sirva de instrumento de autoridad alguno; y a.2.-) la actividad formalmente privada pero sustancialmente administrativa en la cual se hace necesario aplicar ciertos principios básicos del Derecho Administrativo que excepcionan el régimen general del Derecho Privado. El problema, y una de las críticas que se realiza a esta doctrina es justamente determinar el ámbito del Derecho Privado Administrativo y qué principios del Derecho Administrativo forman parte del mismo.¹⁴

b.-) En España, Silvia DEL SAZ ha sostenido que existe una **reserva constitucional de Derecho Administrativo** que impide a la Administración convertirse en una persona de Derecho Privado sin más. Fundamenta esta postura en el Artículo 103 de la Constitución española que consagra el sometimiento de la Administración al Derecho y el Artículo 153.3 de dicho cuerpo normativo que remite a la jurisdicción contencioso – administrativa el control de la actividad administrativa.¹⁵

12 VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, Patricia; “Sociedades Mercantiles y Realización de Obras Públicas: Incumplimiento de la Normativa Comunitaria de Contratación, Extralimitación del Margen Constitucional de Reserva de Derecho Administrativo e Incongruencia en el Empleo de las Técnicas de Autoorganización para la Gestión de Actuaciones Administrativas, www.fiscalización.es)

13 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, páginas 57 a 61.

14 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, páginas 66 a 67.

15 DEL SAZ, Silvia, “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios, AA.VV., Civitas, Madrid, 1992, página 172 y siguientes; Apud ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, páginas 70 y 71.

En similar sentido J.M. SALA ARQUER entiende que las empresas públicas que actúan en régimen de competencia deben de quedar al margen del concepto de Administración pública, lo que implica suprimir la libertad de elección de forma jurídica de la Administración ya que si la actividad se ejerce en régimen de libre competencia necesariamente será una persona de Derecho Privado, y, si no existe libre competencia, deberá tratarse de una entidad pública.¹⁶

c.-) Pero de entenderse que la ley permite a la Administración actuar mediante el empleo de una entidad independiente que no se encuentra regida por el Derecho Administrativo, la vía que resta para someter la actuación de dicha entidad al Derecho Administrativo, es justamente el levantamiento del velo de la personalidad instrumental.

En este sentido S. MARTÍN RETORTILLO se preguntaba hasta cuando queda exonerada la Administración por la actuación de las empresas mercantiles en las que participa cuando *"...una y otra responden a una misma unidad de dirección y expresan un único centro de imputación patrimonial (...) la necesidad de superar y prescindir la forma externa de la personalidad jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar la unidad patrimonial que se cobija en su mano es ya cuestión ampliamente reconocida por la doctrina."* Justamente lo que el levantamiento del velo trata, es evitar que por la cobertura formal de la persona jurídica, se puedan lesionar intereses de terceros o exonerar el cumplimiento de determinadas obligaciones.¹⁷

Concepto de Poder Adjudicador.

Uno de los elementos que habilitan a la aplicación del levantamiento del velo de la personalidad instrumental en el Derecho Administrativo, de acuerdo a los nuevos criterios empleados en el Derecho Comunitario de la contratación administrativa, se basan en el concepto de "poder público" o "poder adjudicador". En dicho ámbito se entiende como "poder público" o "poder adjudicador" a las Administraciones territoriales, los organismos de Derecho Público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos de Derecho Público.

Por su parte MALARET I. GARCÍA proporciona una noción funcional de poder adjudicador y destaca ciertos rasgos aplicables al régimen de la contratación pública, a saber: a.-) Debe atenderse a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil; y b.-) El control (por vía financiera o por cualquier otro medio) es de la Administración; debe existir una influencia dominante del poder público sobre el organismo adjudicador.¹⁸

Según manifiesta José María GIMENO FELIÚ, al analizar la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *"Se trataría (...) a través de este concepto material de 'poder público' de 'levantar el velo' de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen; por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz; por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho Administrativo los 'actos separables' de su actividad privada.(...) la Administración Pública, a diferencia del empresario privado, no puede desentenderse por esos mecanismos artificiosos de su condición de 'poder público' sujeto a la legalidad, anclada hoy, en cuanto a sus principios básicos, en el propio texto constitucional (interdicción de arbitrariedad; promoción de la libertad y de la igualdad; vinculación a los derechos y libertades fundamentales; sometimiento al derecho presupuestario y a la censura de cuentas; obligación de objetividad, imparcialidad y servicio de los intereses generales; sometimiento a ciertos principios del procedimiento administrativo; control judicial de su actuación y de los fines que la justifican); principios que tienen el necesario desarrollo en la legalidad administrativa ordinaria."*¹⁹

Asimismo ha expresado este autor que *"la 'fuga' en la aplicación de principios administrativos como la objetividad y transparencia (...) podría producir una quiebra del interés general, de tal manera que la eficacia económica buscada se traduciría -y esto es grave- en una disminución en la satisfacción del interés público, así como en un incremento de situaciones favorecedoras de la corrupción."*²⁰

16 SALA ARQUER, J. M., "Huida al Derecho Privado y huida del Derecho.", REDA, No. 75, 1992, página 411, Apud ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, página 71.

17 MARTÍN RETORTILLO, S., "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", en Administración Instrumental, AA.VV., Tomo II, página 1064 en nota al pie; Apud. ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004, páginas 57 a 61.

18 MALARET I GARCÍA, "Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992m páginas 109 – 110; Apud GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, página 125.

19 GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995, páginas 130 a 134.

20 GIMENO FELIU, José María "Los Sujetos Contratantes: Alcance del Concepto Poder Adjudicador" www.seminari.fmc.cat.

Antes de finalizar el presente capítulo y aún cuando la cita que se transcribe a continuación pueda pecar por demasiado extensa, la misma es sumamente relevante a los efectos de entender y profundizar el concepto de la huida del derecho administrativo.

En el ámbito de la gestión de los servicios de salud en España, Francisco VILLAR ROJAS expresó que: *“En esta faceta, la huida lo es de la normativa sobre contratos públicos, el estatuto de los funcionarios y las leyes sobre el patrimonio y la hacienda públicas; aunque, en realidad, lo es de la obligación de respetar los principios de concurrencia y publicidad que rigen la contratación administrativa, los de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, y las limitaciones establecidas en cuanto a la disponibilidad del patrimonio público, siempre sujeto a un interés general. En otras palabras, se acude al derecho privado para contratar sin límites y de forma directa, para pagar más al personal -superando los topes salariales de los presupuestos públicos y “usar” el patrimonio con criterios empresariales, con amplias facultades de disposición. (...) Esta afirmación obliga a formular una pregunta: ¿puede la administración desprenderse de las normas que entorpecen su actividad y someterse a aquéllas que le ofrecen libertad sin ninguna clase de límites? (...) la administración pública, cualquiera que sea su ropaje jurídico, está sujeta al principio de legalidad -sólo puede hacer lo que la ley le autorice y debe actuar siempre al servicio de los intereses generales; no tiene libertad de acción como los particulares -que pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba-, ni puede evitar la aplicación de los principios jurídicos que ordenan su actuación en cuanto que poder público. (...) Separado lo sustantivo (el estatuto del servicio) de lo instrumental (la gestión), aquél sujeto al derecho público, y éste en condiciones de efectuarse con fórmulas jurídico-privadas, procede volver a cuestionarse si la libertad de elección del modo de gestión es también una libertad para construir su régimen jurídico como parece ocurrir con las entidades de derecho público. Ante todo debe recordarse que la personalidad jurídica de estas entidades no puede ocultar que son un instrumento ideado por la administración titular del servicio para su mejor atención pero que carecen de intereses propios (...) Cada una de estas entidades está vinculada con la administración de la que nacen por una relación de instrumentalidad, aquella nombra a sus directivos, establece sus líneas generales de actuación e interviene sus decisiones más relevantes (p.ej. inversiones). La huida al derecho privado se proyecta sobre la toma de decisiones y sobre las relaciones con terceros (contratación. personal y patrimonio) pero no sobre la prestación del servicio que aparece ordenada por su estatuto. De hecho de aplicar la técnica del levantamiento del velo (...) detrás de la personalidad y del ropaje jurídico-mercantil siempre se encontrará una administración sujeta al principio de legalidad que sólo puede hacer aquello que la ley le autoriza y en las condiciones que la autoriza. Cualquiera que sea la forma que adopte la administración no tiene libertad para elegir su régimen jurídico porque no puede renegar de ser quien es. Consecuencia de lo expuesto, el marco constitucional que ordena la actuación de las administraciones públicas es de aplicación a todas las entidades instrumentales (GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ hablan de principios constitucionales que vinculan a los poderes públicos; DEL SAZ y PARADA VAZQUEZ de una garantía institucional de Derecho Administrativo). Sin ninguna duda están sujetas a ese marco cuando ejercitan potestades administrativas, cualesquiera que éstas sean, no sólo las coactivas (...) Pero también cuando actúan como si de auténticas empresas se tratase porque carecen de autonomía para formar su voluntad. Así, entre otros mandatos, en la contratación de bienes y servicios con terceros deberán respetar los principios de concurrencia y publicidad (...); los de mérito y capacidad en la selección de su personal (...); la gestión de su patrimonio debe estar al servicio de los fines públicos que ordene la norma de creación (...); los daños que causen serán imputados de forma objetiva (...); su actuación debe regirse por el principio de objetividad, porque la Constitución proscribiera la arbitrariedad (...); en fin, toda su actividad está sujeta al principio de legalidad. (...) De otra parte, y por lo que se refiere a su actuación conforme al derecho privado, por instrumental que sea la gestión, tampoco es una esfera de libertad para los gestores públicos. El derecho mercantil es un ordenamiento cada vez más intervencionista, en el que la protección del pequeño accionista, la defensa de los intereses de los consumidores, la transparencia de los mercados, el control del abuso de posición dominante, etc., han determinado cargas importantes para los gestores y una ampliación de su responsabilidad (SALA ARQUER, BORRAJO INIESTA). Por su parte, el derecho comunitario europeo cuenta ya con un marco jurídico que limita la acción de las empresas públicas (MUÑOZ MACHADO). Baste con mencionar las directivas sobre transparencia financiera, para controlar las ayudas de los Estados miembros que privilegien a sus empresas, y las que ordenan la contratación pública de obras, servicios y suministros. Además, la jurisprudencia comunitaria está consolidando principios generales sobre el funcionamiento de los poderes públicos, con independencia del dato formal de su personificación y de su ropaje jurídico “ad extra”, que afectan también a las entidades instrumentales de nuestro país. No obstante, sería ilusorio no reconocer que lo expuesto es más fácil de decir que de hacer realidad. La creación de entidades instrumentales para la prestación de servicios o para el ejercicio de potestades públicas pone*

en cuestión el papel del derecho como garantía. Cada vez más serán frecuentes las situaciones que atenten contra la seguridad jurídica, cuya corrección dependerá de la decisión y la voluntad de los tribunales que deban resolverlas. (...) Sujetar la actividad de todas las entidades instrumentales al marco constitucional que les vincula es una tarea ingente, que está por hacer, y tanto más complicada en la medida que cada entidad cuenta con su propio ordenamiento. De ahí la búsqueda de criterios que faciliten el control como la técnica de los actos separables, el levantamiento del velo de las personas jurídicas, o la propuesta de unidad jurisdiccional para los actos de las administraciones. Igual fundamento comparten las propuestas para simplificar las entidades instrumentales, o para reestablecer la ecuación entre la forma jurídica del órgano administrativo y el régimen jurídico de su actividad (GARRIDO FALLA).²¹

Incluso el Tribunal Constitucional de la Unión Europea, además de manejar el concepto de poder adjudicador anteriormente analizado, refiere al concepto de “*equivalencia funcional*” por cuanto si la entidad instrumental está actuando como si fuera la Administración, existe una responsabilidad última de ésta.

IV - Manifestaciones de la huida del Derecho Administrativo en el Derecho Uruguayo.

Los países latinoamericanos, y entre ellos Uruguay, no han sido ajenos a la huida del Derecho Administrativo. Mientras que en Europa y en los demás países del primer mundo este fenómeno ya ha sido ampliamente tratado por la doctrina y se está hablando actualmente del regreso al Derecho Administrativo (principalmente por cuanto la “fuga” del Derecho Administrativo ha dado lugar a importantes maniobras de corrupción), podemos percibir en nuestro país manifestaciones o señales que evidencian los primeros síntomas que se producían en los países del primer mundo, hace más de veinte años.

La consigna de la tendencia de la huida del Derecho Administrativo radica en buscar una mayor “eficacia”, es decir, buscar mecanismos más ágiles, a los efectos de que la Administración sea más eficiente.

Sin embargo, parece perderse de vista que el Derecho Administrativo reposa en el principio de especialidad (Artículo 190 de la Constitución), mientras que el Derecho privado se sustenta en el principio de libertad consagrado en el Artículo 10 de la Carta Magna.

Como enseña el Maestro SAYAGUES LASO “...al revés de lo que ocurre con los particulares, que se mueven bajo el principio de libertad y deciden como quieren, mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva, los órganos de administración actúan para el cumplimiento de los fines que el derecho objetivo establece, y de conformidad con las reglas de fondo y de forma. Los órganos de administración están pues, en una situación de deber para cumplir, a la cual el Derecho les asigna determinados poderes públicos.”²²

Las administraciones no son libres; predicar la libertad de la Administración pública sería atentar contra los derechos del administrado, por cuanto la Administración sólo puede hacer aquello para lo cual fue creada. Aplicar el Derecho privado a la Administración pública, aún cuando ésta actúe en el ámbito de la economía, significa, según la opinión del Profesor Carlos DELPIAZZO, aceptar que existen cometidos “implícitos” de la Administración, que en realidad no existen. Lo que podría existir son “poderes implícitos” para realizar todos los actos jurídicos necesarios para el desarrollo de los cometidos, pero esto es distinto.²³

En nuestro derecho, al igual de lo que ocurriera en el derecho comparado, han comenzado a aparecer “subterfugios” como las figuras asociativas, en virtud de las cuales una entidad pública adquiere una sociedad comercial para el desarrollo de su actividad, rigiéndose ésta por el derecho privado. Así, un ejemplo lo constituye la “Megaconcesión”; de acuerdo a lo establecido en el Literal A del Artículo 33 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), el cual prescribe entre las excepciones admitidas en el procedimiento de licitación pública, la contratación directa con las personas públicas no estatales. En virtud de esta excepción, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, mediante el dictado de un acto administrativo, le concedió a la Corporación Nacional para el Desarrollo (persona pública no estatal) la realización de todas las obras públicas estatales, facultándola además, a constituir una o más sociedades anónimas que realizarían propiamente la actividad (Artículo 28 Ley 17.555 y Decreto 383/002).

En consecuencia, quien hoy llama a interesados para la construcción de todas las vías de transporte, puentes, y demás infraestructura vial a nivel nacional, es una sociedad comercial regida por el Derecho

21 VILLAR ROJAS, Francisco José, “La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud.”, ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, (Santiago de Compostela, Junio de 1994), publicado en Internet www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2002/Vol0201-10

22 SAYAGUÉS LASO, Enrique. “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I Sexta Edición. FCU 1988, pág. 447.-

23 Opinión brindada en el Curso de Contratación Administrativa de la Maestría del Derecho de la Empresa impartido en la Universidad de Montevideo, Agosto-Setiembre 2007.

Privado: la "Corporación Vial del Uruguay S.A.", siendo la Corporación Nacional para el Desarrollo titular del 100 % del paquete accionario.

Otros ejemplos similares se han verificado en el marco del denominado "Plan Ceibal" (una computadora para cada escolar) donde la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) contrató con el Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU) (persona pública no estatal) quien a su vez contrató con empresas privadas el suministro de los ordenadores.

Idéntica situación se planteó en la adquisición de las "cajas negras" de los frigoríficos, donde el Ministerio de Ganadería de Agricultura y Pesca (MGAP) acordó con el Instituto Nacional de Carnes (INAC - persona pública no estatal).

El caso de la empresa DASA en principio, y luego DUCSA, también puede interpretarse como un ejemplo de la "huida" del Derecho administrativo en Uruguay, por cuanto su cometido principal consiste en la distribución del combustible a todo el país, siendo el 99% del total del paquete accionario propiedad de la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP) y el 1% de la Corporación Nacional para el Desarrollo.

Recientemente otras señales del fenómeno de la huída del Derecho Administrativo surgen de diversas disposiciones de la *Ley de Rendición de Cuentas N° 18.172* de fecha 31 de Agosto de 2007. Así, el Artículo 108 de la citada ley, agrega un Literal u) al Artículo 33 del TOCAF mediante el cual se amplían las excepciones al principio "general" de contratación administrativa mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando se trata de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados cuando actúan en régimen de libre competencia. Es decir, se extiende la excepción consagrada en el Artículo 33 Literal s) del TOCAF, estatuida en sus orígenes en forma exclusiva para la Administración Nacional de Telecomunicaciones, a todos los entes del dominio industrial, comercial y financiero del Estado, con lo cual deja un margen muy amplio para la inaplicación de los principios de contratación administrativa y del marco garantista que proporciona el Derecho Administrativo.

Una disposición similar se prevé en el caso de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) para adquirir, ejecutar, reparar bienes o contratar servicios destinados al mantenimiento y mejoras de infraestructura de locales de enseñanza bajo su dependencia (Literal v.-) del Artículo 108 de la Ley 18.172).

Por otra parte, la mencionada ley de Rendición de Cuentas, también en el Artículo 108 Literal u, deroga el principio general consagrado en el Artículo 62 del TOCAF referente al efecto suspensivo que producía la interposición de los recursos administrativos interpuestos contra los actos administrativos dictados en el curso de un procedimiento de contratación administrativa.

Otro problema vinculado a los hechos antes referidos, es el que se plantea respecto a los órganos de contralor donde el dinero para realizar las obras y/o servicios se hacían con una transferencia a un privado sin más e incluso la supresión de las facultades de control previos de dichos órganos de control (vide Artículo 276 de la Ley 18.172).

También el fenómeno comentado, se manifiesta en el Artículo 343 de Ley 18.172, por el cual se autoriza a la Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE) a constituir con la Corporación Nacional para el Desarrollo, Gobiernos Departamentales y otras instituciones públicas; sociedades comerciales o consorcios a los efectos exclusivos de realizar obras de infraestructura vinculadas o que se consideren necesarias para la construcción y mantenimiento de obras de saneamiento, así como obras de infraestructura para el abastecimiento de agua potable. Esto sin perjuicio de la eventual inconstitucionalidad de la norma anteriormente referida.

En virtud de lo antes expuesto vemos que Uruguay no escapa a la tendencia que se registrara en el primer mundo años atrás referida al fenómeno de la huída del Derecho Administrativo. No podemos dejar de volver a remarcar que en países del primer mundo más que de "huída del Derecho Administrativo" se está produciendo el "regreso al Derecho Administrativo" debido a las nefastas consecuencias prácticas que aparejó dicho fenómeno, sobre todo en cuanto fomentara los más graves casos de corrupción registrados en el ámbito de la contratación administrativa.

Consideramos que, previo a continuar con la tendencia de la huída del derecho administrativo, nuestro país debería recoger la experiencia negativa que ha provocado la misma en el ámbito de los países desarrollados y reformular las normas del derecho vigente para adecuarlas a las actuales tecnologías y necesidades, pero sin perder nunca el marco garantista que solo proporciona la aplicación del Derecho Administrativo.

Como muestra de la aludida y posible reformulación, podemos citar en España, ante la proliferación de las entidades instrumentales de la Administración, la creación del concepto de "*sociedad mercantil estatal*"

recogido en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 3 de Noviembre de 2003. Según el Artículo 166.1 Literal c) de la referida ley española, son *sociedades mercantiles estatales* aquellas en que tenga una participación directa o indirecta superior al 50% una – o varias conjuntamente – de las entidades que integran el sector público estatal conforme a la Ley General Presupuestaria.²⁴

O sea, en dicho ordenamiento, la participación superior al 50% en una sociedad mercantil por una de esas entidades administrativas, o por varias conjuntamente, la convierte en sociedad mercantil estatal. Pero lo más importante son las consecuencias que conllevan aquellas sociedades que se encuadran dentro de dicha clasificación. Las sociedades mercantiles estatales se rigen por el Derecho Administrativo, en lo que les sea aplicable en los aspectos presupuestales, contabilidad, control financiero, patrimonio y contratación; en lo demás, se les aplica el Derecho Privado. Por tanto, no pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.²⁵ Y, algo que no es menor, parte de la doctrina española²⁶ entiende que las consecuencias que se hayan de extraer sobre el alcance instrumental de su personalidad jurídica deben extenderse a cuantas sociedades son controladas por el Estado, sea por la vía de la participación en el capital o por cualquier otra.

V - LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO UTILIZADAS POR EL ESTADO EN FORMA INSTRUMENTAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS COMETIDOS.

V.I - Desarrollo Teórico.

En tanto el Derecho Administrativo gira en torno a la presencia de la Administración o del Estado como persona jurídica, cabe plantearse la necesidad u oportunidad de levantar el velo de las personas jurídicas instrumentales de estos. A diferencia de lo que pueda suceder en el Derecho Privado, el fin último de la aplicación del disregard en este caso, no es solo verificar la existencia del Estado, sino que también radica en lograr la sumisión al Derecho Administrativo de la actividad que la Administración realiza a través de una interpuesta persona.

A los efectos de la aplicación del levantamiento del velo en el Derecho Administrativo, Santiago ORTÍZ VAAMONDE considera que es esencial comenzar por distinguir dos conceptos que muchas veces tanto doctrina como jurisprudencia confunden.

Estos conceptos son los de dependencia e instrumentalidad.

La dependencia es la situación en la que una persona jurídica ostenta un control potencial sobre otra, mientras que el término instrumental hace referencia a la identidad material entre dos personas jurídicas formalmente distintas y que se encuentran en relación de dependencia; es instrumental entonces la entidad dependiente a través de la cual actúa la dominante. Por ello sostiene el referido autor que: *“No cabe hablar de instrumentalización de la personalidad si no existe una situación de dependencia; pero sí cabe que una entidad dependiente de otra no tenga carácter instrumental. La actuación de la entidad instrumental ha de imputarse a la matriz para evitar el perjuicio a un tercero (levantamiento del velo). En el ámbito de las personas dependientes de las Administraciones públicas, la principal consecuencia no es tanto la responsabilidad subsidiaria de la Administración matriz por deudas de la dependiente cuanto la sumisión de la actuación de la dependiente al ordenamiento propio de la Administración.”*²⁷

Según expresa el citado autor, es el criterio de la actuación al margen de las reglas del mercado un criterio fundamental para determinar cuando la Administración actúa a través de una entidad mercantil instrumental y cuando actúa una entidad mercantil en mano pública. Se parte de la base de que una persona jurídica dependiente es instrumental si su actividad forma parte de la actividad de la matriz, si desarrolla una actividad y persigue un interés cuyo titular es la persona jurídica dominante. Y las actividades propias de la Administración pública son aquellas que no se guían por criterios económicos o que

24 ORTIZ VAAMONDE Santiago, “El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo” pág. 138.

25 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo” Pág. 139

26 ORTIZ VAAMONDE, Santiago Op, Cit, Pág. 141.

27 ORTIZ VAAMONDE, Santiago, “El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.”, LA LEY, Madrid, 2004, página 79.

están al margen de la libre competencia en el mercado (tanto por disfrutar de derechos exclusivos como por obedecer a criterios no económicos).

En lo que tiene relación con quienes poseen *legitimación para solicitar el levantamiento del velo*, vimos en capítulos anteriores que puede ser invocada por aquellos terceros que hayan padecido un perjuicio ya que nuestro Derecho no consagra la acción popular (artículo 11 del Código General del Proceso).

Dentro de estos terceros encontraremos, en primer lugar, a los acreedores de la entidad instrumental, ya sea por obligaciones de naturaleza contractual como extracontractual.

En segundo lugar, también están los terceros que en su relación con la Administración ven disminuidas sus garantías y derechos en virtud de que no fue de aplicación el Derecho Administrativo. En este grupo se encuentran los terceros que pretenden contratar con la Administración a quienes solo la aplicación del Derecho Administrativo les garantiza que las ofertas sean valoradas y analizadas en pie de igualdad y objetividad, publicidad y aplicando el principio de concurrencia conforme a un procedimiento de selección del mejor oferente establecido con anterioridad.

En tercer lugar, tendríamos a las personas que aspiran a ser contratadas por la Administración y con los cuales se creará una relación de trabajo.

Las *consecuencias del levantamiento del velo* de la entidad instrumental en el Derecho Administrativo son dos:

a.-) en primer lugar, la responsabilidad subsidiaria de la Administración frente a la entidad instrumental.

b.-) en segundo lugar, y consideramos que es la consecuencia de mayor trascendencia y que distingue al *disregard* del Derecho Privado del *disregard* del Derecho Administrativo, es la posibilidad de someter la actividad de la entidad instrumental al régimen jurídico de la Administración, es decir, al Derecho Administrativo. Esta consecuencia es el resultado de que la aplicación del Derecho Privado genera un perjuicio a los intereses públicos o a los intereses de los particulares que se relacionan o vinculan con la Administración. Pero para el primer caso, es decir, la lesión al interés público, la Administración no reviste el carácter de tercero por lo que no operaría el levantamiento del velo de la persona jurídica sino que la solución deberá provenir de la ley o de la misma Administración. Es importante destacar que entre los eventuales terceros perjudicados que pueden solicitar el levantamiento del velo en la hipótesis de la existencia de un perjuicio, se encuentra todo el campo de quienes aspiren a contratar con la entidad instrumental, por cuanto el Derecho Privado (Derecho Civil y Comercial) no garantizan un procedimiento de contratación en el cual se tutelen principios de la contratación administrativa básicos como ser el de concurrencia, el de publicidad y el de igualdad. Es más, más allá de la aplicación de estos principios, el tercero perjudicado podría solicitar la aplicación de los procedimientos administrativos de garantía ante un órgano jurisdiccional.

V.II - Análisis de un caso Jurisprudencial registrado en los países de la Unión Europea.

En la Jurisprudencia austriaca podemos citar el caso "*Mannesmann Anlagengestaltung Austria AG y otros c. Strobal Rogationsdruck GesmbH*", en donde se plantea la problemática de una sociedad mercantil en mano pública que goza de ciertos derechos exclusivos y que controla a su vez diversas sociedades mercantiles que operan plenamente en un marco de libre competencia. La sociedad mercantil "Imprenta Estatal Austriaca" es regida por un órgano en el que son mayoría los representantes del Gobierno, está sujeta a fiscalización del Tribunal de Cuentas y el paquete accionario pertenece en su mayoría al Estado. Tiene asignado como "obligación de servicio público y con carácter exclusivo" la producción de material impreso de carácter confidencial o sujeto a normas de seguridad (como pasaportes, Diario Oficial, entre otros). Por otra parte, la entidad puede actuar libremente en el mercado ejerciendo actividades de imprenta en régimen de libre competencia y participar en sociedades mercantiles. El litigio giraba en torno a si estaba sujeto o no a la Directiva *obras* un proyecto relativo a las instalaciones técnicas de la Imprenta Estatal Austriaca, el cual había sido en una primera instancia, objeto de licitación pública, para luego ser asignado directamente a una de las sociedades mercantiles filiales de aquella –SRG- con el claro objetivo de eludir la aplicación de las normas de la Directiva correspondiente. El Tribunal entendió que la mercantil filial no debía entenderse sometida a la Directiva, y ello en el entendido de que "*No basta que una empresa haya sido creada por un órgano de contratación o que sus actividades sean financiadas mediante recursos financieros derivados de las actividades ejercidas por un órgano de contratación para que ella misma sea considerada órgano de*

contratación; dicha empresa debe además constituir un organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.”²⁸

Analizando la referida Sentencia **ORTIZ VAAMONDE**, plantea la posibilidad de que se arribe a una solución contraria fundada en otra razón, como ser, **la intención fraudulenta con que ha sido creada o adquirida la sociedad, en el propósito deliberado de eludir las reglas de la Directiva por parte del “organismo de derecho público”**. En este sentido cita la opinión del Abogado general quien expresa lo siguiente: *“corresponde al Juez que conoce del litigio controlar la realidad de los motivos invocados en el origen de la creación del organismo que celebra el contrato litigioso (...) Así, es útil que el Juez verifique en cada caso si una empresa no ha sido constituida por un poder adjudicador para concluir contratos de obras con el solo fin de eludir la aplicación de la legislación comunitaria (...) lo que justificaría la aplicación de la Directiva. El poder adjudicador puede también optar por dirigirse a una empresa ya constituida. En este caso, el fraude a la ley parece más difícil de discernir (...) El Juez verificará si existe algún vínculo entre las obras encargadas y el objeto social de la empresa. Está claro que si una empresa celebra un contrato para la realización de obras que no contribuyen a su propia actividad debe presumirse que actúa por cuenta de otra.”²⁹*

No obstante la solución arribada por el Tribunal, éste entendió que una entidad que depende de la Administración y goza de derechos exclusivos posee una personalidad jurídica meramente instrumental, que no puede ser invocada en perjuicio de terceros (como es el empresario aspirante a participar en la contratación de la entidad). El Tribunal se basa en el fin para el cual ha sido creada la entidad, entendiendo en este sentido que si la entidad posee un derecho exclusivo atribuido por ley, aunque actúe en régimen de libre competencia en el mercado, debe ser considerada su creación para la satisfacción de necesidades de interés general que no detentan la calidad de sociedad mercantil, otrora, si una sociedad mercantil filial de la anterior, no goza de tales derechos exclusivos, se entiende que ha sido creada para satisfacer necesidades de carácter mercantil.

Afirma **ORTIZ VAAMONDE** que las consecuencias de este postulado teórico son las siguientes: *“toda entidad instrumental de una Administración territorial puede eludir fácilmente las Directivas comunitarias en cuanto a la parte de su actividad que se desarrolla en régimen de plena competencia: le basta con crear una o varias personas de Derecho privado carentes de derechos exclusivos (...) que adjudiquen libremente contratos.”* El referido autor entiende que *“la Imprenta Estatal Austriaca es un brazo más de la Administración que la controla: si ésta ha de aplicar las normas contenidas en la Directiva no debe eludirlas mediante la simple creación de una persona jurídica sujeta a Derecho privado que desarrolla una actividad de su titularidad en virtud de los derechos exclusivos que le ha otorgado.”*

La solución que plantea el fallo en cuestión, es detectar en cada caso la existencia o ausencia de fraude y mala fe por parte de los Organismos Públicos, para determinar la aplicabilidad o no de las Directivas a las contrataciones que las sociedades filiales realicen.³⁰

V.III - Vías para exigir la aplicación de las normas de contratación pública a una entidad instrumental de la Administración en el Derecho Comunitario.

El empresario que aspira a contratar con una entidad que entiende instrumental de la Administración y que no aplica las normas de contratación pública, tiene a su alcance, en los países de la Unión Europea, dos vías posibles para imponerle la observancia de esas normas: *el Derecho Comunitario y la invocación del LEVANTAMIENTO DEL VELO.*

V.III.I - El Derecho Comunitario.

Haciendo una breve referencia respecto a la aplicación del Derecho Comunitario, y al eventual procedimiento a llevar a cabo, un particular no puede demandar a un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia. Por tanto, aquella persona física o jurídica que considere que un “poder adjudicador” ha celebrado o va a celebrar un contrato, sin respetar las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, puede

28 **ORTIZ VAAMONDE** Santiago, “El levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo”, pág. 286 a 295) (el resaltado nos corresponde).

29 **ORTIZ VAAMONDE** Santiago, “El levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo”, pág. 286 a 295.

30 **ORTIZ VAAMONDE** Santiago, “El levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo”, pág. 286 a 295.

denunciar el hecho ante la Comisión Europea, solicitando su intervención (si ésta no interviene ya por propia iniciativa).

Si considera que el contrato debe adjudicarse según el procedimiento regulado en una de las Directivas, la Comisión puede demandar al Estado miembro ante el Tribunal de Justicia para que declare el incumplimiento, conforme el Artículo 226 CE.³¹

Señala S. ARROWSMITH que, cuando un ente adjudicador de un contrato, reviste forma de Derecho Privado, al estado solo se le podrá imputar un incumplimiento por sus acciones si tiene alguna responsabilidad en la particular función de la que deriva el incumplimiento (en este caso, la adjudicación de contratos públicos).³²

Continúa diciendo ORTIZ VAAMONDE³³ que la posibilidad de imputar un incumplimiento al Estado, no depende de la forma de Derecho privado o público que tenga la entidad a contratar, sino de que constituya o no un poder adjudicador. La jurisprudencia comunitaria confirma la responsabilidad del Estado por irregularidades en la contratación de los poderes adjudicadores. Así la STJCE de 28 de Octubre de 1999, Comisión c. Austria (as.328/96, Rec. 7503) señala en su apartado 75: *“Por lo que se refiere a la cuestión de si puede considerarse a la República de Austria responsable del comportamiento de NOPLAN como poder adjudicador, basta con señalar que las disposiciones comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de un poder adjudicador como Noplan, no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.”*

V.III.II.-) El levantamiento del Velo.

La otra vía para imponer la observancia de las normas de contratación pública por parte de un tercero, es el llamado *levantamiento del velo* que puede ser invocado ante los Tribunales nacionales, reclamando la sumisión del contratante a las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) cuya inaplicación le origina un perjuicio. El recurso ante los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos con base en el levantamiento del velo, tiene un carácter residual, esto es, en contratos de personas instrumentales de la Administración no sujetos a la LCAP ni a los Decretos Comunitarios. Los criterios que mueven al legislador comunitario se asientan en un concepto funcional de Estado a efectos de la contratación pública. Por eso suele hablarse de “levantamiento de velo” en términos muy amplios.

José María GIMENO FELIÚ³⁴ razona que el Derecho comunitario impone un concepto funcional de poder público, lo que nos permite *“levantar el velo de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (...) y sujetar al Derecho administrativo los actos separables de su actividad privada”*; y afirma que la solución a la huida del Derecho de la contratación pública le ofrece al Derecho comunitario, *“...a través del levantamiento del velo de estos entes instrumentales a fin de poder aplicar...”* las Directivas sobre obras, servicios y suministros.

Por su parte ORTIZ VAAMONDE³⁵ afirma que cuando existen discrepancias entre el ordenamiento interno y el ámbito subjetivo de las Directivas de contratación pública definido por el Tribunal de Justicia, no hace falta invocar ante el Tribunal Nacional la doctrina del levantamiento del velo, deben utilizarse los mecanismos a través de los cuales puede hacerse valer la prevalencia del Derecho comunitario. Dado entonces el carácter residual que tiene el levantamiento del velo (respecto al Derecho comunitario), solo tendrá sentido acudir a él cuando no resulten aplicables las Directivas comunitarias sobre contratación.

Como destaca J. M. BAÑO LEÓN³⁶, el legislador español ha incorporado las Directivas de contratación de los procedimientos de adjudicación de todos los contratos administrativos, incluidos o no en el ámbito objetivo de las Directivas.

Una de las consecuencias de la actuación de la Administración a través de entidades con personalidad jurídica instrumental es la elusión de las normas de contratación administrativas. Por tanto, el criterio que inspira el levantamiento del velo en esta clase de sociedades comerciales es relevante cuando el derecho

31 E. COBREROS MENDEZONA *“Incumplimiento del Derecho Comunitario y Responsabilidad del Estad”*, Civitas. Madrid 1995. R. Alonso García, *“La Responsabilidad de los Estados miembros por infracciones del Derecho Comunitario”*, Civitas. Madrid 1997, Apud ORTIZ VAAMONDE, ob. cit.

32 ENFORCING THE PUBLIC PROCUREMENT RULES: LEGAL REMEDIES IN DE COURT OF JUSTICE AND THE NACIONAL COURTS” en *Public Procurement in the European Community*; vol IV, “Remedies for enforcing the public procurement rules”. A.A.V.V; Edited by Sue Arrowsmith, Earlsgate Press, 1993, Capítulo 1º, pág. 23. Cita en este sentido la opinion del abogado general O. Lenz en el as.247/89. Comisión c. Portugal, apartado 19, Apud ORTIZ VAAMONDE, ob. cit, pág. 402.

33 ORTIZ VAAMONDE, ob. cit, pág. 403.

34 GIMENO FELIÚ JM, “Una valoración crítica sobre el procedimiento...”. Rap nº. 144, 1997.cit, págs, 160 y 162.

35 ORTIZ VAAMONDE Santiago, ob. cit, pág. 446 a 452.

36 “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas” RAP nº 151. 20000, págs. 12 y ss. Afirma que la consecuencia es que la interpretación que el TJCE haga de las Directivas, afectarán en España tanto a los contratos sujetos a ellas como a los no sujetos. “ Si al definir el ámbito subjetivo o los requisitos de capacidad del contratista, o los criterios de resolución del concurso, nuestra Ley de Contratos recoge conceptos del Derecho comunitario, no pueden la Administración o el Juez al aplicarla prescindir de su significado en ese ordenamiento”, Apud ORTIZ VAAMONDE, ob. cit, pág. 449.

positivo no protege al tercero eventualmente perjudicado, y cuando es necesario interpretar el alcance de un concepto material del Estado más allá de la forma jurídica que se haya utilizado.

Afirma ORTIZ VAAMONDE³⁷ que el problema de fondo es claro: el empresario (o sociedad empresaria) que pretende celebrar contratos con entidades instrumentales sujetas a Derecho Privado no cuenta con la protección que le brindaría el Derecho Administrativo. Éste regula un procedimiento de selección de los contratistas de las Administraciones Públicas que garantiza la publicidad, la libre concurrencia y objetividad en beneficios de los terceros aspirantes.

En España, ya en el año 1975, el Reglamento de Contratación del Estado, en su disposición transitoria 2ª señalaba que *las empresas nacionales, entidades con participación estatal mayoritaria y entes públicos que se rigen por el Derecho Privado, procurarán respetar en su actuación una serie de principios, entre los que se incluía la elaboración rigurosa de proyectos y pliegos, publicidad y concurrencia en la adjudicación como regla general... etc.*

La legislación española, al incorporar las Directivas Comunitarias, profundizó y amplió la normativa relativa a los contratos públicos y el carácter instrumental de ciertas personas dependientes de las Administraciones y, por tanto, la salvaguarda del interés de los terceros que se relacionan con aquéllas.³⁸

Ello se vio plasmado en la última reforma de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas del 30 de diciembre de 2003, que en su artículo 2.1 se refiere a las sociedades de Derecho Privado que cumplan con los mismos requisitos que las entidades de Derecho Público íntegramente sujetas a la Ley, si dichas sociedades celebran los contratos que señala, se aplican las normas de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas sobre preparación y adjudicación; si celebran otros contratos, se aplican los principios de publicidad y concurrencia.

Dicha Ley de Contratos de Administraciones Públicas establece que quedan sujetos a sus normas sobre capacidad, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, los contratos de obras y sus accesorios, siempre que concurren dos circunstancias: que su *f fuente de financiación proceda en más del 50% de subvenciones directamente otorgadas por la Administración, y que su importe alcance ciertos umbrales*³⁹.-

O sea, que el común denominador que justifica la aplicación del Derecho Administrativo en una relación privada entre particulares, consiste en la utilización de dineros públicos.

En efecto, gran parte de la doctrina europea⁴⁰ entiende que la financiación con fondos públicos es el elemento definitorio de toda actividad administrativa, determinante por tanto de la aplicación del régimen jurídico propio de ésta y del sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa.⁴¹

Por tanto, en el Derecho Comunitario el alcance de las normas de contratación administrativa abarca tanto las personas de Derecho Público como las de Derecho Privado (cuando éstas hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por la administración pública) , y es en relación con éstas últimas donde resultan útiles la aplicación de los principios de objetividad, igualdad y concurrencia que salvaguardan los derechos de los co-contratantes y aspirantes a contratar con dichas sociedades.

V.III.III - Invocación del levantamiento del velo ante los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos.

En España, una entidad instrumental de la Administración puede contratar al margen de las reglas que rigen la contratación de la matriz al amparo de los Artículos 1 y 2 de la LCAP, o de una ley que expresamente **afirme que contratará con arreglo al Derecho privado**. En cualquier caso, señala ORTIZ VAAMONDE⁴², la norma que concede personalidad jurídica a la entidad instrumental debería de considerarse norma de cobertura, a cuyo amparo se genera un resultado contrario al ordenamiento. Las normas defraudadas serían las que regulan el procedimiento, conforme al cual han de prepararse y adjudicarse los contratos públicos, garantizando la igualdad y objetividad con que ha de actuar la Administración. En efecto, los actos de la entidad instrumental de la Administración son atribuibles al Estado en cuanto sea preciso evitar el perjuicio a un tercero. En principio, la entidad está autorizada a contratar con

37 ORTIZ VAAMONDE, Santiago Op. Cit. Pág. 161.

38 ORTIZ VAAMONDE, Santiago; Op. Cit. Pág. 165

39 ORTIZ VAAMONDE, Santiago; Op. Cit. Pág. 168

40 FERNANDEZ FARRERES, Germán. "Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas" en "Derecho de los Contratos Públicos" Barcelona. 1995, pág. 239. Melangés Trotabas, LGDJ, París 1970. págs. 111-134.

41 ORTIZ VAAMONDE, Santiago Op. Cit. Pág. 169

42 ORTIZ VAAMONDE Santiago, ob. cit, pág. 451 Y 452.

arreglo al Derecho Privado, pero si un tercero se opone, la entidad no podrá invocar su personalidad jurídica separada y el régimen singular que de ella deriva. Desde el punto de vista procesal, el recurso contencioso-administrativo parte de la base de que el contrato que ha celebrado o va a celebrar la entidad instrumental (de Derecho privado) es atribuible a la administración matriz; esto permite afirmar que la actuación recurrida es actuación de una Administración (realizada a través de una personificación instrumental) y sujeta a Derecho Administrativo. Termina diciendo **ORTIZ VAAMONDE** que: **cuando el recurso contra la actividad contractual de una entidad instrumental de la Administración se funda en el levantamiento del velo, es aconsejable dar primero a la Administración matriz (a la que se imputa la actividad contractual de la filial) la oportunidad de pronunciarse. La resolución expresa o tácita de la reclamación administrativa dirigida al órgano de contratación de la matriz deja la vía judicial expedita y libre de riesgo de excepciones procesales.**

V.IV - SUSTENTO NORMATIVO DE LA APLICACIÓN DEL DISREGARD EN EL DERECHO URUGUAYO.

En nuestro derecho patrio, no se encuentra regulado a texto expreso el levantamiento del velo respecto de las entidades instrumentales utilizadas por la Administración.

Sin perjuicio de ello creemos que sí existe sustento normativo para fundamentar la aplicación de la teoría del disregard a las entidades instrumentales del Estado, siempre y cuando a través de la utilización de las mismas se cause un perjuicio a un tercero.

En este sentido podríamos invocar el Artículo 24 de la Carta Magna que establece: *“El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, y en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección.”* Asimismo resultan de aplicación los Artículos 7, 8, 72 y 332 de la Constitución donde se consagran verdaderos principios generales de derecho inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno.

El Estado, al utilizar en forma instrumental personas sujetas al Derecho Privado, no puede dejar de lado el principio de responsabilidad del estado y de tutela jurisdiccional, por cuanto, si dicha persona de derecho privado controlada total o parcialmente por un organismo estatal provoca un daño a un tercero, debería utilizarse la herramienta del levantamiento del velo, a los efectos de vincular la dirección de dicha sociedad con el organismo en cuestión.

En el ámbito de la contratación administrativa respecto a los eventuales terceros aspirantes a contratar con el Estado, damnificados o perjudicados, son de aplicación los principios de la contratación administrativa, consagrados positivamente en el *Artículo 131 del TOCAF* y en el *Artículo 2 del Decreto 500/991*, entre los cuales se encuentran los de Igualdad de los Oferentes, Publicidad, Concurrencia, Transparencia, Buena Fe, que sin duda alguna fundamentarían la pretensión del levantamiento impetrada por el particular.

No debemos olvidar la expresa consagración del disregard para las sociedades mercantiles establecida en los *Artículos 189 a 191 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060*, donde se expresa que podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los terceros.

Asimismo, sería de aplicación la teoría del Abuso del Derecho, recogida a texto expreso en nuestro derecho positivo en el *Artículo 1321 del Código Civil*

Las normas antes referidas son entonces las que, a nuestro juicio, fundamentarían una acción judicial que procure el levantamiento del velo de una entidad instrumental del Estado promovida por un tercero perjudicado. Creemos asimismo, que también serían de aplicación a los efectos de fundamentar dicha acción, los conceptos elaborados por la doctrina y jurisprudencia europeas de “poder público” o “poder adjudicador”; “equivalencia funcional”, “instrumentalidad” y “actos separables”, citados precedentemente.

No obstante lo expuesto en los capítulos precedentes respecto a la inexistencia de un marco normativo específico y sistemático (como sí existe en el Derecho Comunitario) en el cual se podría amparar la eventual acción de “disregard administrativo”, hemos detectado en nuestro derecho ciertas normas que se dirigen a imponer controles especiales aplicables a las empresas de propiedad estatal con actividad comercial e industrial. En este sentido podemos citar el *Artículo 1° de la Ley 17.040* de 20 de Noviembre de 1998, que obliga a las empresas de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial a publicar su balance general antes de un año de vencido el ejercicio contable, previo dictamen de auditoría del Tribunal de Cuentas que se expresará y responsabilizará respecto de la razonabilidad y consistencia de los mismos. Dicha publicación se realizará en, al menos, dos periódicos de circulación nacional y estará a disposición de los medios de comunicación que la soliciten.

También el *Artículo 7° de la Ley 17.292* de 25 de Enero de 2001 establece limitaciones a la participación de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado, en emprendimientos o asociaciones con entidades públicas o privadas, imponiéndoles la obligación de la existencia de un órgano de control interno.

Finalmente, el *Artículo 25 de la Ley 17.555* de 18 de Setiembre de 2002, dispone *“Las sociedades comerciales respecto de las cuales un órgano del Estado, incluyendo Entes Autónomos, Servicios Descentralizados o Gobiernos Departamentales o cualquier persona pública no estatal, sea tenedor de acciones o sea titular de participaciones, cualquiera fuere el porcentaje de las mismas dentro del capital social, deberán inscribirse en el Registro de Valores del Banco Central del Uruguay, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3° y*

4º de la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996. La información contable suministrada a ese Registro estará sujeta a las mismas condiciones de publicidad y requisitos de auditoría externa exigidos a los emisores de valores."

Asimismo el Artículo 26 de dicho cuerpo normativo dispone la publicación completa de los estados contables auditados, en el Diario Oficial y en las páginas Web de los Órganos Estatales, debiendo ser controlado el cumplimiento de esta obligación por el Tribunal de Cuentas.

No obstante la existencia de las normas de control antes referidas, consideramos que el alcance y contenido de las mismas son harto insuficientes, encontrándose siempre latente, en caso de perjuicio de un tercero, la posibilidad de solicitar el levantamiento del velo de la personalidad jurídica al amparo de las normas y principios referidos en el presente capítulo.

VI - CONCLUSIONES.

Mediante entidades con personalidad propia bajo su control, la Administración puede ejercer sus funciones al margen del Derecho Administrativo.

La doctrina europea es conteste en la necesidad de frenar la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado, ya que es el Derecho Público, el Derecho Administrativo, el ordenamiento que contiene las garantías de los derechos individuales frente a los poderes públicos.

Existen diversas señales acerca del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado en el Uruguay.

Las fórmulas que se proponen en el Derecho Comparado para la reconducción al Derecho Administrativo son diversas: la concepción material del Derecho administrativo; su necesaria aplicación a las entidades que ejerzan potestades administrativas cualquiera que sea su forma de personificación; la negación de la libertad de la administración para elegir formas organizativas, y por ende, regímenes jurídicos; la existencia de una reserva constitucional de derecho administrativo que impediría a la Administración convertirse en persona de Derecho privado salvo cuando actúe sujeta íntegramente a las reglas del libre mercado; y el levantamiento del velo de la persona jurídica instrumental.

Para determinar la aplicación del "disregard administrativo" es preciso determinar cuándo desarrolla la persona dependiente una parte de la Administración pública, es decir, cuando la entidad de Derecho Privado opera como una persona instrumental de la Administración. Para ello será importante analizar si la actividad desarrollada se guía por criterios económicos o si está fuera de la libre competencia en el mercado.

De acuerdo a lo sostenido por la doctrina europea, sólo cuando concurren las notas de dependencia de la Administración y actuación al margen de las reglas del mercado (por disfrutar de derechos exclusivos u obedecer a criterios no económicos), cabe admitir que existe una personalidad jurídica instrumental cuyo velo deberá levantarse en beneficio del tercero perjudicado por ella. Este criterio ha sido plasmado en el Derecho Comunitario y empleado por la jurisprudencia a la hora de configurar un concepto funcional de Estado como poder adjudicador.

La consecuencia de la aplicación del levantamiento del velo es que las entidades instrumentales de las Administraciones públicas sólo pueden obviar el Derecho Administrativo cuando de ello no resulte perjuicio para un tercero, en fraude a la ley, al orden público o a la buena fe.

Los terceros que podrían verse perjudicados por la actuación de la Administración a través de entidades instrumentales son: a.-) por un lado, los acreedores de la entidad instrumental; y b.-) por otro lado, los que, en sus relaciones con la Administración, ven mermados sus derechos y garantías como consecuencia de la inaplicación del Derecho Administrativo.

El levantamiento del velo de la entidad instrumental a instancia del acreedor determina: a.-) la responsabilidad subsidiaria de la Administración por deudas de aquella; y b.-) el aspirante a contratar con la entidad instrumental (sociedad comercial) podría exigirle que aplique las normas sobre contratación administrativa (TOCAF) que velan por la existencia de la publicidad y aseguran la concurrencia y el trato igualitario a los empresarios interesados.

El levantamiento del velo es una técnica que sólo se concibe para la protección de terceros. No puede solventar los eventuales perjuicios que sufra el interés público de la Administración a raíz de la inaplicación del Derecho Administrativo (la Administración no es un tercero respecto de la unidad material que de hecho forma con su entidad instrumental). Esta técnica permite que el aspirante a contratar con la entidad instrumental exija la sumisión de ésta a las normas administrativas que, al regular tanto en la fase preparatoria como en las subsiguientes, en los contratos públicos, velan por la existencia de publicidad

y aseguran la concurrencia y el trato igualitario a los empresarios interesados. Las normas de Derecho Administrativo que principalmente elude la Administración cuando actúa a través de entidades con personalidad instrumental, son las relativas, fundamentalmente a la preparación de los contratos. Pero asimismo podrían verificarse elusiones en la fase de ejecución de los contratos, y del control estatal.

Por último, y en virtud de todas las consideraciones expuestas, consideramos que en nuestro Derecho existe suficiente fundamento normativo para que prospere una acción de levantamiento del velo de una persona instrumental de la Administración, siempre que exista un tercero perjudicado.

VII - BIBLIOGRAFÍA

ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, F.C.U.

ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL, F.C.U.

"Aspectos Legales y Socio – económicos de la Desregulación y Privatización" Ciclo de Conferencias organizadas por el Instituto de Investigación Jurídica del "Centro Universitario MONTEFARO" FCU. 1991.

- BRITO, Mariano, "Derecho Administrativo su permanencia, contemporaneidad, prospectiva.", Universidad de Montevideo, 2004.

- CARRILLO, Fernando, "Las peculiaridades del procedimiento administrativo en la función regulatoria. El sector público en América Latina.", publicado en Internet www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc63-S.pdf.

- DELPIAZZO, Carlos, "Estado Actual de la contratación Administrativa" Revista de Derecho Público Nº 17.

- DELPIAZZO, Carlos, "Derecho Administrativo Uruguayo", Editorial Porrúa- Universidad Autónoma de México, año 2005.

- DELPIAZZO, Carlos, "Transparencia en la Contratación Administrativa", en "Liber Amicorum Discipulorumque" CAGNONI José Aníbal, FCU, Montevideo, año 2005.

- DELPIAZZO, Carlos, "Contratación Administrativa.", Universidad de Montevideo, Montevideo, 2000.

- DELPIAZZO, Carlos, "Normas y principios de la Contratación Administrativa.", F.C.U., Montevideo, 2002.

- GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995.

GIMENO FELIU, José María "Los Sujetos Contratantes: Alcance del Concepto Poder Adjudicador" www.seminari.fmc.cat.

GIMENO FELIU, José María, "Una valoración crítica sobre el procedimiento...". Rap nº. 144, 1997.

- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "De nuevo sobre la huída del Derecho Administrativo: a propósito de la sentencia del TSJG en el caso de la Fundación Semana Verde de Galicia", publicado en Internet <https://www.rexurga.es/colabora.asp?tipo=categoria-110k>.

HERRERA OREGGIA, Nicolás, "Teoría del Disregard of Legal Entity: un enfoque basado en el abuso de derecho"; Anuario de Derecho Comercial, Tomo I, Año 1984.

- LA JUSTICIA URUGUAYA.

LÓPEZ MENUDO, "El Derecho Administrativo como derecho 'especial' y 'excepcional' de algunos entes públicos. Consecuencias.", Libro Homenaje al Prof. Clavero, página 566; Apud GIMENO FELIÚ, José María, "El Control de la Contratación Pública.", Civitas, Madrid, 1995.

- ORTIZ VAAMONDE, Santiago, "El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración entre sí y con terceros.", LA LEY, Madrid, 2004.

- REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, F.C.U.

RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI.", Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Méjico durante los días 28 y 29 de Noviembre de 2000, publicado en Internet www.bibliojuridica.org/libros/1/316/9

SABORÍO VALVERDE Rodolfo, "Retos de la Organización administrativa costarricense" en Publicaciones Jurídicas Venezolanas-

SAYAGUÉS LASO, Enrique. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo I Sexta Edición. FCU 1988.-

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ Patricia, "Sociedades Mercantiles y Realización de Obras Públicas: Incumplimiento de la Normativa Comunitaria de Contratación, Extralimitación del Margen Constitucional de Reserva de Derecho Administrativo e Incongruencia en el Empleo de las Técnicas de Autoorganización para la Gestión de Actuaciones Administrativas, www.fiscalización.es

-VILLAR ROJAS, Francisco José, "La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud.", ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, (Santiago de Compostela, Junio de 1994), publicado en Internet www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2002/Vo10201-10.

ANEXO NORMATIVO - CONSTITUCIÓN

CAPITULO I

Artículo 7º.- Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 8º.- Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

Artículo 24.- El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.

Artículo 72.- 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.

Artículo 190.- Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes, ni disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales.

Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución 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 la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

TOCAF - Sección 2

DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Artículo 33.- Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos.

No obstante podrá contratarse:

- 1) Por licitación abreviada cuando el monto de la operación no exceda de \$ 700.000 (pesos uruguayos setecientos mil).
- 2) Directamente cuando el monto de la operación no exceda de \$ 35.000 (pesos uruguayos treinta y cinco mil).
- 3) Directamente o por el procedimiento que el ordenador determine por razones de buena administración, en los siguientes casos de excepción:
 - A) Entre organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales;
 - B) Cuando la licitación pública, abreviada o remate resultaren desiertos, o no se presentaren ofertas válidas o admisibles, o que las mismas sean manifiestamente inconvenientes.

La contratación deberá hacerse con bases y especificaciones idénticas a las del procedimiento fracasado y, en su caso, con invitación a los oferentes originales, además de los que estime necesarios la Administración;

- C) Para adquirir bienes o contratar servicios cuya fabricación o suministro sea exclusiva de quienes tengan privilegio para ello, o que sólo sean poseídos por personas o entidades que tengan exclusividad para su venta, siempre que no puedan ser sustituidos por elementos similares. La marca de fábrica no constituye por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre que no hay sustitutos convenientes. De todas estas circunstancias se dejará constancia en el expediente respectivo;

Los montos fueron establecidos por Resolución del Instituto Nacional de Estadística, vigencia setiembre-diciembre de 1996. (***) Ver Nota

- D) Para adquirir, ejecutar o restaurar obras de arte, científicas o históricas, cuando no sea posible el concurso de méritos o antecedentes o deban confiarse a empresas o personas especializadas o de probada competencia;
- E) Las adquisiciones de bienes que no se produzcan o suministren en el país y que convenga efectuar por intermedio de organismos internacionales a los que esté adherida la Nación;
- F) Las reparaciones de maquinarias, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo resulte oneroso en caso de llamarse a licitación.
Esta excepción no podrá aplicarse a las reparaciones comunes de mantenimiento, periódicas, normales o previsibles;
- G) Los contratos que deban celebrarse necesariamente en países extranjeros;
- H) Cuando las circunstancias exijan que la operación deba mantenerse en secreto;
- I) Cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación o remate público, o su realización resulte seriamente el servicio;
- J) Cuando exista notoria escasez de los bienes o servicios a contratar;
- K) La adquisición de bienes que se realicen en remates públicos. El precio máximo a pagar será el que surja de la tasación previamente efectuada;
- L) La compra de semovientes por selección, cuando se trate de ejemplares de características especiales;
- M) La venta de productos destinados al fomento económico o a la satisfacción de necesidades sanitarias, siempre que la misma se efectúe directamente a los usuarios o consumidores siempre que la misma se efectúe directamente a los usuarios o consumidores;
- N) La adquisición de material docente o bibliográfico del exterior cuando el mismo se efectúe a editoriales o empresas especializadas en la materia;
- Ñ) La adquisición de víveres frescos existentes en mercados, ferias o directamente a los productores;
- O) La adquisición en el exterior de petróleo crudo y sus derivados, aceites básicos, aditivos para lubricantes y sus respectivos fletes;
- P) Las adquisiciones que se realicen en el marco de acuerdos intergubernamentales o con entidades estatales extranjeras que involucren un intercambio compensado con productos nacionales de exportación.
- Q) Para adquirir, ejecutar, reparar bienes o contratar servicios destinados a la investigación científica por parte de la Universidad de la República, hasta un monto anual de U\$S 2.000.000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de América).
- R) Las compras que realice la Presidencia de la República para el Sistema Nacional de Emergencias a efectos de atender situaciones de emergencia, crisis y desastres excepcionales, dando cuenta a la Asamblea General.
Las contrataciones directas indicadas en las excepciones precedentes deberán ser autorizadas por los ordenadores primarios quienes podrán delegar en los ordenadores secundarios dicha competencia en los casos que determinen fundadamente.
Las contrataciones referidas en el literal A) no podrán incluir la participación, directa o indirecta de empresas privadas. Las realizadas al amparo del literal I), deberán contar con la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas tanto de la configuración de los extremos que habilitan la causal, como los precios y condiciones que corresponden al mercado.
Para el Poder Judicial y Universidad de la República e Intendencias Municipales, dicha certificación la realizará el Tribunal de Cuentas.
Las contrataciones que contravengan esta disposición son nulas (artículo 8° del Código Civil). (*)
- S) Para adquirir bienes o contratar servicios cuya producción o suministro esté a cargo de una cooperativa social, debidamente acreditada ante el Ministerio de Desarrollo Social, hasta el monto establecido para la licitación abreviada. (LITERAL AGREGADO por el artículo 8 de la Ley No. 17.978)
Fuente: Ley No. 15.903 de 10/nov/987, artículo 482 con el TEXTO DADO por el artículo 653 de la Ley No. 16.170 de 28/dic/990 y por el artículo 738 de la Ley No. 16.736 de 5/ene/996.
(*) Literal Q) AGREGADO por el artículo 6° de la Ley No. 17.088 de 30/04/999. Literal R) AGREGADO por el artículo 27 de la Ley No. 17.296 de 21/02/001.
Ver artículos 41, 55 y 106 de este TOCAF.
Ver artículo 27 de la Ley No. 17.243 de 29/06/000, artículos 404 y 494 de la Ley No. 17.296 de 21/02/001, artículos 8°, 9° y 11 del Decreto No. 90/000 de 3/03/000, artículo 2° del Decreto No. 108/000 de 12/04/000 y Decreto No. 172/000 de 9/06/000, Decreto No. 328/000 de 14/11/000, artículo 3° del Decreto No. 66/002 de 26/02/002, Decreto No. 232/003 de 9/06/003.

Artículo 131.- Los principios generales de actuación y contralor de los organismos estatales en materia de contrataciones serán:

- a) flexibilidad;
- b) delegación;
- c) ausencia de ritualismo;
- d) principio de la materialidad frente al formalismo;
- e) principio de la veracidad salvo prueba en contrario;
- f) publicidad, igualdad de los oferentes y la concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.

Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.

Fuente: Ley No. 16.170 de 28/dic/990, artículo 659, literal VI.

CÓDIGO CIVIL

Artículo 1321. 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.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Artículo 11.- Derecho al proceso.

11.1 Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

11.2 Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa.

11.3 El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando éste no haya sido violado o desconocido, o de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento; también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro.

11.4 Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

LEY 16.060 SECCION XV

De la inoponibilidad de la personalidad jurídica

Artículo 189. (Procedencia).- Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

Se deberá probar fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados.

Cuando la inoponibilidad se pretenda por vía de acción, se seguirán los trámites del juicio ordinario.

Artículo 190. (Efectos).- La declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, sólo producirá efectos respecto del caso concreto en que ella sea declarada.

A esos efectos, se imputará a quien o a quienes corresponda, conforme a derecho, el patrimonio o determinados bienes, derechos y obligaciones de la sociedad.

En ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe.

Lo dispuesto se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades personales de los participantes en los hechos, según el grado de su intervención y conocimiento de ellos.

Artículo 191.- (Inscripción).- El Juez interviniente en un proceso en el cual se pretenda la prescindencia de la personalidad jurídica de una sociedad, ordenará, si correspondiera, la inscripción del testimonio de

la pretensión en la Sección Reivindicaciones del Registro General de Inhibiciones, a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley No. 10.793, de 25 de setiembre de 1946; sin perjuicio de otras medidas cautelares que pueda adoptar. (*31)

Nota: (*31) Ver artículo 35 de la Ley No. 16.871

LEY 17.040

Artículo 1º.- Las empresas públicas o de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial, publicarán su balance general, expresado en los estados de situación patrimonial y de resultados, confeccionados conforme a lo dispuesto por los artículos 88 a 92 de la Ley No. 16.060, de 4 de setiembre de 1989, antes de un año de vencido el ejercicio contable, previo dictamen de auditoría del Tribunal de Cuentas que se expresará y responsabilizará respecto de la razonabilidad y consistencia de los mismos.

La publicación, que se realizará en el menos dos periódicos de circulación nacional, estará a disposición de los medios de comunicación que la soliciten.

Exceptúanse al Banco de la República Oriental del Uruguay y al Banco Hipotecario del Uruguay, quienes se atenderán a las disposiciones que regulan la actividad bancaria.

Artículo 2º.- La publicación deberá incluir notas que expresen los siguientes aspectos:

A) Número de funcionarios, detallando becarios y situaciones similares, y la variación de los últimos cinco ejercicios.

B) Ingresos, desagregados por división o grupos de servicios y de bienes de la actividad de la empresa.

C) Informe que refiera a utilidades y costos, incluyendo eventuales subsidios cruzados, desagregados de la misma forma.

D) Información respecto de los impuestos pagos por concepto de Impuesto el Patrimonio (PAT), Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio (IRIC) e Impuesto a la Compra de Moneda Extranjera (ICOME), y el monto recaudado como agente de retención, o de otros impuestos que gravan su actividad.

E) Transferencias a Rentas Generales.

La reglamentación que se dictará dentro de los noventa días de la promulgación de la presente ley establecerá los aspectos que deberá cumplir esta información para que el usuario no especializado pueda formarse un juicio cabal del servicio y su tarifa.

(Pub. D.O. 11.12.98)

LEY 17292 - SECCION II FISCALIZACION DE SOCIEDADES COMERCIALES EN LAS QUE PARTICIPEN LOS ENTES AUTONOMOS Y SERVICIOS DESCENTRALIZADOS

Artículo 7º.- Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio industrial y comercial del Estado autorizados legalmente al efecto, sólo podrán participar en emprendimientos o asociaciones con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, cuando el consorcio o sociedad a constituir admita jurídicamente la existencia de un órgano de contralor interno, integrado por sus representantes y en forma proporcional a su participación.

Los mencionados organismos deberán informar al Poder Ejecutivo sobre la configuración de tales extremos, con una antelación no menor a treinta días de la proyectada formalización del emprendimiento o asociación.

Asimismo, deberán informar anualmente al Poder Ejecutivo sobre la gestión de la sociedad o emprendimiento respectivo y remitirle toda otra documentación de carácter contable, jurídico o empresarial que sea sometida a su consideración, en un plazo no mayor a los treinta días de recibida la misma.

La Auditoría Interna de la Nación establecerá las normas técnicas generales a las que deberán someter su actuación los representantes de los Entes Autónomos o Servicios Descentralizados del dominio indus-

trial y comercial del Estado que integren los órganos de contralor internos previstos en el inciso primero de este artículo.

Lo establecido en el presente artículo es sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley No. 17.040, de 20 de noviembre de 1998.

Artículo 8º.- En caso de que los emprendimientos o asociaciones a que se alude en el artículo 7º de la presente ley, se hubieren acordado con anterioridad a la vigencia de la presente ley, los organismos involucrados deberán informar al Poder Ejecutivo sobre el grado de participación en el control interno y sobre los estados contables correspondientes, dentro del plazo de treinta días corridos a partir de su promulgación.

En todos los casos, la información será suministrada a través del Ministerio por el que se vincula el organismo con el Poder Ejecutivo.

LEY 17.555

Artículo 21º.- (Aeropuerto Internacional de Carrasco).- Autorízase al Poder Ejecutivo a contratar directamente con la Corporación Nacional para el Desarrollo, en el ámbito de sus cometidos establecidos en el artículo 11 de la Ley No. 15.785, de 4 de diciembre de 1985, para que ésta constituya una sociedad anónima abierta (artículo 247 de la Ley No. 16.060, de 4 de setiembre de 1989), que tendrá como objeto realizar la administración, explotación y operación, construcción y mantenimiento del Aeropuerto Internacional de Carrasco "General Cesáreo L. Berisso", en lo que refiere a las actividades aeroportuarias y no aeroportuarias, incluyendo actividades comerciales -comprendiendo el régimen de tiendas de venta libre de impuestos (tax free shops)- y de servicios que complementen dicha actividad aeroportuaria, en un plazo que no superará los 30 (treinta) años.

Quedan expresamente excluidos de esta autorización los servicios de tierra que se presten a las aeronaves y todos los servicios de seguridad, en especial aquellos relativos a los controles aéreos, de aduana, migración, meteorología, bomberos, sanitarios y de policía en la actividad aeroportuaria.

Artículo 22º.- La sociedad anónima que al efecto constituya la Corporación Nacional para el Desarrollo podrá subastar sus acciones, las que deberán ser nominativas, en la Bolsa de Valores, en los términos establecidos en la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996, y normas reglamentarias.

Artículo 23º.- (Puerto Libre).- Declárase aplicable al Aeropuerto Internacional de Carrasco "General Cesáreo L. Berisso", en lo pertinente, el régimen de puerto libre establecido en los artículos 2º y 3º de la Ley No. 16.246, de 8 de abril de 1992, debiendo la reglamentación establecer los límites territoriales respectivos.

Artículo 24º.- Declárase de interés nacional la explotación comercial del Aeropuerto Internacional "Teniente 2do. Mario Walter Parallada" de Santa Bernardina, departamento de Durazno, como terminal de cargas y depósito de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de la Ley No. 16.246, de 8 de abril de 1992, debiendo la reglamentación establecer los límites territoriales respectivos.

Facúltase al Poder Ejecutivo a utilizar para su adjudicación el procedimiento previsto en los artículos 21, 22 y 23 de la presente ley o cualquier otro legalmente precedente. (*1) Ver Nota Adjunta

Artículo 25º.- Las sociedades comerciales respecto de las cuales un órgano del Estado, incluyendo Entes Autónomos, Servicios Descentralizados o Gobiernos Departamentales o cualquier persona pública no estatal, sea tenedor de acciones o sea titular de participaciones, cualquiera fuere el porcentaje de las mismas dentro del capital social, deberán inscribirse en el Registro de Valores del Banco Central del Uruguay, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 3º y 4º de la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996.

La información contable suministrada a ese Registro estará sujeta a las mismas condiciones de publicidad y requisitos de auditoría externa exigidos a los emisores de valores.

Artículo 26º.- Los órganos estatales o paraestatales referidos en el artículo anterior deberán disponer la publicación completa de los estados contables auditados en el Diario Oficial y deberán disponer su inclusión en sus respectivas páginas "web" en Internet si éstas se hallaren en condiciones operativas. En ambos casos se incluirá una nota que deberá hacer referencia al porcentaje del capital social que pertenece al respectivo órgano estatal o paraestatal. El Tribunal de Cuentas controlará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, dando cuenta a la Asamblea General.

Artículo 27º.- Si los órganos estatales o paraestatales referidos en el artículo 25 de esta ley fueren tenedores de acciones o titulares de participaciones en personas jurídicas constituidas en el extranjero, que no actúen en el país por intermedio de sucursal, filial, agencia, establecimiento o representación permanente, deberán presentar al Poder Ejecutivo, con dictamen previo del Tribunal de Cuentas, los estados contables e informes de sindicatura de la persona jurídica del exterior, certificados, traducidos y legalizados en el

país de origen, con informes de auditor independiente y del órgano de dirección del organismo estatal o paraestatal, dentro del plazo de 120 días del cierre del ejercicio económico de la persona jurídica del exterior, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 26 de esta ley.

Artículo 28º. (Megaconcesión).- Autorízase a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder totalmente el contrato de concesión o a enajenar, a empresas radicadas en el país, o a organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, hasta el 100% (cien por ciento) del capital accionario de la sociedad anónima formada por aquélla para actuar como concesionaria de la llamada "Megaconcesión", de acuerdo al Convenio Contrato suscrito con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas el 5 de octubre de 2001, aprobado por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2001, en las condiciones que se indican en los artículos siguientes. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 29º.- En el caso de cesión de la concesión a otra firma será necesario: (*2) Ver nota Adjunta

A) El previo consentimiento del concedente, el que sólo podrá darse si el nuevo concesionario ofrece seguridades y garantías no inferiores a las que se requieren en las concesiones de obra pública adjudicadas por el Poder Ejecutivo a privados por intermedio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

B) El concesionario deberá constituir una sociedad anónima cuyas acciones serán nominativas y cuyo único objeto será la construcción, mantenimiento, explotación y administración de la concesión.

C) La cesión de la concesión o la enajenación del capital accionario no habilitará la modificación de las obligaciones asumidas en el contrato de concesión celebrado salvo lo dispuesto en el literal A) en materia de seguridades y garantías.

D) El cesionario deberá asumir las deudas contraídas a la fecha de la cesión por el cedente -sociedad formada por la Corporación Nacional para el Desarrollo- para el cumplimiento de los objetivos del Contrato mencionado en el artículo 28.

Artículo 30º.- En el caso de venta de acciones de la sociedad anónima concesionaria la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo en acuerdo con los Ministerios de Economía y Finanzas y de Transporte y Obras Públicas establecerá los términos, plazos y demás condiciones en que se concretará la enajenación mediante oferta pública, en los términos establecidos por la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996, y normas reglamentarias. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 31º.- El cumplimiento de los requisitos establecidos será verificado permanentemente por la Auditoría Interna de la Nación o por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas según corresponda.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, el Poder Ejecutivo remitirá trimestralmente a la Asamblea General y ésta a ambas Cámaras o durante el receso a la Comisión Permanente, un informe pormenorizado sobre el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en los artículos 29 y 30 de la presente ley, con su opinión expresa sobre la forma como se cumple con la concesión y como se ejercen los correspondientes controles. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 32º.- El producto de la cesión o venta autorizadas en el artículo 28 quedará afectado y se destinará por la Corporación Nacional para el Desarrollo a invertir en proyectos de infraestructura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, a cuyos efectos se mantendrá disponible. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 33º.- La intervención del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, una vez efectuada la cesión del contrato de concesión o la enajenación del capital accionario de la sociedad anónima mencionada en el artículo 28, será la que corresponde al concedente, según la normativa de la materia y el contrato de concesión. (*2) Ver nota Adjunta

Artículo 34º. (Concesión de depósitos de arenas negras).- La Corporación Nacional para el Desarrollo constituirá una sociedad anónima abierta (artículo 247 de la Ley No. 16.060, de 4 de setiembre de 1989), previa la autorización y la contratación que deberá realizar con el Poder Ejecutivo (artículo 11 de la Ley No. 15.785, de 4 de diciembre de 1985), que tendrá como objeto la prospección, exploración y explotación de los depósitos de arenas negras que se puedan desarrollar en el área de Reserva Minera establecida en el Decreto No. 183/002, de 23 de mayo de 2002, por un plazo de hasta 29 (veintinueve) años.

La reglamentación establecerá la forma de constitución de la sociedad referida, las condiciones que deberán reunir sus integrantes y los demás aspectos que correspondan. (*6) Ver Nota Adjunta

Artículo 35º.- La sociedad anónima referida al artículo anterior, que al efecto constituya la Corporación Nacional para el Desarrollo podrá subastar sus acciones en la Bolsa de Valores, en los términos establecidos en la Ley No. 16.749, de 30 de mayo de 1996, y normas reglamentarias. (*6) Ver Nota Adjunta

DECRETO 500/991

Artículo 2º.- La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales:

- a) imparcialidad;
- b) legalidad objetiva;
- c) impulsión de oficio;
- d) verdad material;
- e) economía, celeridad y eficacia;
- f) informalismo en favor del administrado
- g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos;
- h) delegación material;
- i) debido procedimiento;
- j) contracción;
- k) buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario;
- l) motivación de la decisión;

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

DECRETO NO. 383/002

VISTO: lo dispuesto por los artículos 28º a 33º de la Ley No. 17.555, de 18 de setiembre de 2002, que autorizaron a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder o enajenar hasta el 100% (cien por ciento) del capital accionario de la Sociedad Anónima formada por aquélla para actuar como concesionaria de la llamada Megaconcesión.

RESULTANDO: I) que con fecha 5 de octubre de 2001 se celebró entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Corporación Nacional para el Desarrollo un Convenio - Contrato para la ejecución de obras y proyectos por el sistema de concesión de obra pública y la cooperación y asistencia técnica, semitécnica y especializada a tales efectos, aprobado previa intervención del Tribunal de Cuentas de la República, por Resolución del Poder Ejecutivo de 20 dl diciembre de 2001. Dicho Convenio - Contrato fue modificado en su Anexo I, con igual intervención previa del Tribunal de Cuentas de la República, el 17 de setiembre de 2002.

II) de acuerdo al artículo 28º de la Ley No. 17.555, de 18 de setiembre de 2002, Ley de Reactivación Económica, se autorizó a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder totalmente el contrato de concesión o a enajenar a empresas radicadas en el país o a organismos internacionales de crédito de los que la República forma parte, hasta el 100% (cien por ciento), del capital accionario de la Sociedad Anónima formada por aquélla: Corporación Vial del Uruguay S.A.-

III) que según dispone el artículo 29º de la ley citada, se requiere para el caso de cesión de la concesión, entre otros: a) el consentimiento del concedente; b) que el concesionario ofrezca seguridades y garantías no inferiores a las que se requieren en las concesiones de obra pública adjudicadas por el Poder Ejecutivo a privados, por intermedio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas; c) que el concesionario asuma las deudas contraídas por la sociedad concesionaria.

IV) que en el caso de venta de acciones de la Sociedad Anónima concesionaria, el Poder Ejecutivo establecerá los términos, plazos y demás condiciones en que se concretará la enajenación mediante oferta pública.

CONSIDERANDO: que corresponde al Poder Ejecutivo dar el consentimiento al concesionario para efectuar la cesión de la concesión en un todo de acuerdo con la normativa citada, así como establecer los términos, plazos y demás condiciones en que se concretará la enajenación del capital accionario de la Corporación Vial del Uruguay S.A.-

ATENTO: a lo precedentemente expuesto y a lo establecido en el artículo 168º numeral 4º de la Constitución de la República, lo dispuesto por la Ley No. 16.749 de 30 de mayo de 1996 y las facultades que otorgan los artículos 28º al 33º de la Ley No. 17.555 de 18 de setiembre de 2002.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DECRETA:

Artículo 1º.- Autorízase a la Corporación Nacional para el Desarrollo a enajenar mediante oferta pública, de acuerdo a lo establecido en la Ley No. 16.749 de 30 de mayo de 1996 y normas reglamentarias, a empresas radicadas en el país, o a organismos internacionales de crédito del que la República forma parte, el 100% del capital accionario de la Sociedad Anónima "Corporación Vial del Uruguay S.A.", que opera como concesionaria de la llamada Megaconcesión según Convenio - Contrato de 5 de octubre de 2001, aprobado por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2001 y sus modificativos.

Artículo 2º.- La venta de las acciones de la mencionada Sociedad Anónima se efectuará en Bolsa de Valores habilitada por el Banco Central del Uruguay mediante oferta pública, al mejor postor y se adecuará a las exigencias del Decreto No. 344/996, de 28 de agosto de 1996, dando la más amplia publicidad al acto y brindando la información prevista en la normativa aplicable del mercado de valores. La venta se ajustará a las siguientes condiciones:

a) Comprenderá el 100% de las acciones de la compañía.

b) El adquirente de las acciones abonará en el acto el 20% (veinte por ciento) del precio resultante en efectivo, cheque o letra de cambio a satisfacción de la Bolsa de Valores y ejecutables en plaza, en dólares de los Estados Unidos de América y el saldo dentro de los diez días posteriores en la misma forma y moneda.

c) El procedimiento y las presentes condiciones de venta se anunciarán a más tardar dentro del término de 60 días contados a partir de la vigencia de este decreto y se concretará por la Corporación Nacional para el Desarrollo dentro del mes de marzo de 2003.

d) Previamente al anuncio del procedimiento de venta de las acciones, deberá estar celebrado y aprobado, con la intervención del Tribunal de Cuentas de la República, el contrato de cesión cuyos términos se autoriza por el artículo cuarto del presente decreto.

Artículo 3º.- La Corporación Nacional para el Desarrollo formalizará un Convenio con la Bolsa de Valores a los fines de viabilizar la venta en los términos expuestos.

Artículo 4º.- Autorízase a la Corporación Nacional para el Desarrollo a ceder a la Sociedad Anónima "Corporación Vial del Uruguay S.A." y ad referendum de la intervención del Tribunal de Cuentas de la República y de la aprobación del Poder Ejecutivo, todos los derechos y obligaciones emergentes del Convenio - Contrato de 5 de octubre de 2001 y sus modificativos suscrito entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la citada Corporación para la ejecución de obras y proyectos por el sistema de Concesión de Obra Pública y para la cooperación y asistencia técnica, semitécnica y especializada de la llamada Megaconcesión. El Contrato de Cesión agregará a las obligaciones asumidas por el Concesionario en los citados documentos:

a) Iguales seguridades y garantías que las que requiere el Poder Ejecutivo a los concesionarios en todas las concesiones de obra pública, que adjudica por intermedio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

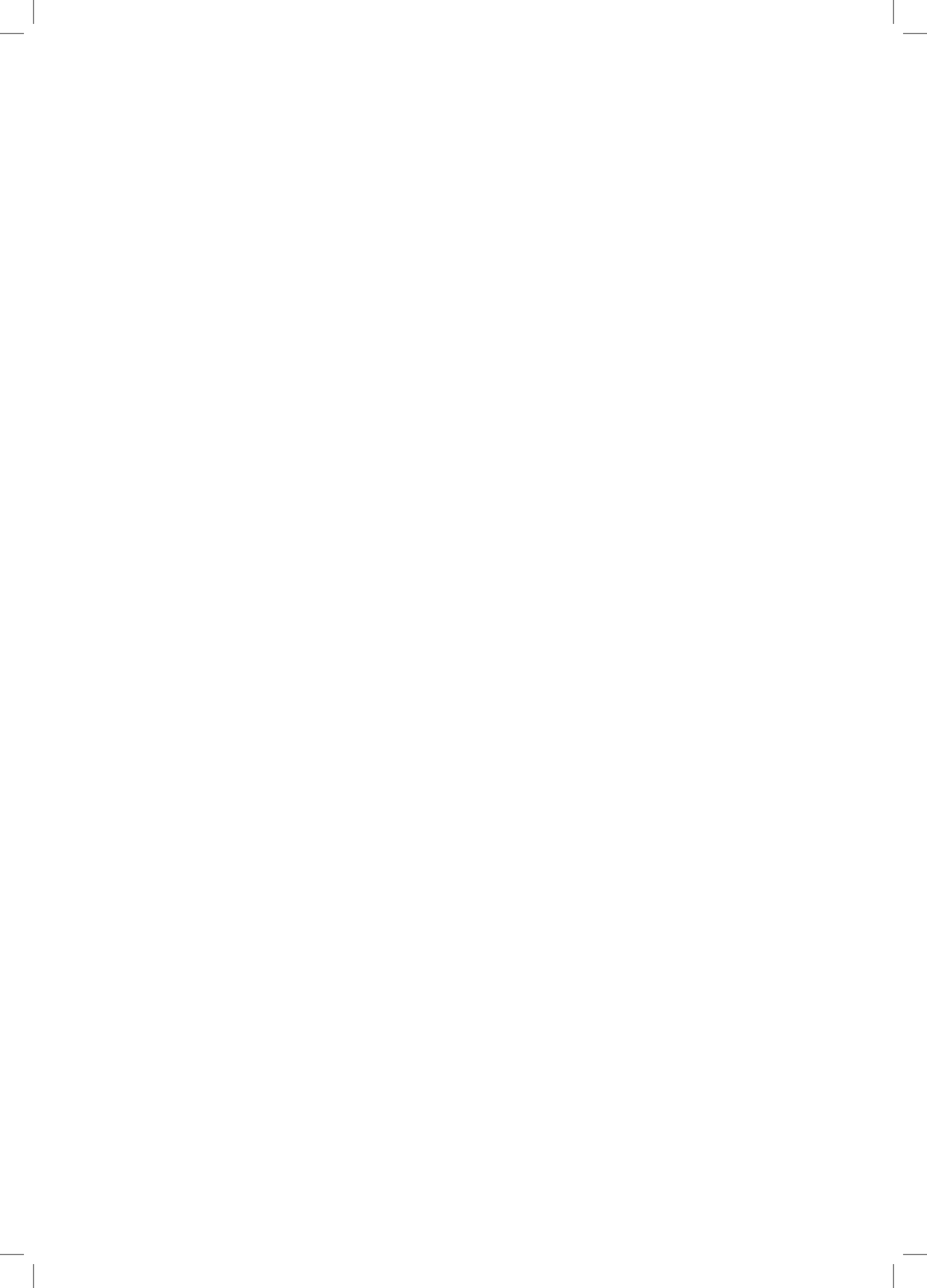
b) El compromiso de asumir o cancelar todas las deudas contraídas a la fecha de la cesión por el cedente, Corporación Vial del Uruguay S.A., para el cumplimiento de los objetivos del Convenio - Contrato mencionado.

Artículo 5º.- Para el caso de que los adquirentes del 100% (cien por ciento) del capital accionario desearan aprovechar cualquier financiamiento que hubiera obtenido el concesionario con garantías o avales del Estado, sólo podrá hacerlo sustituyendo tales garantías o avales por otros que sean satisfactorios y se aprueben por los respectivos organismos de crédito que los hubieren otorgado.

Artículo 6º.- El producido líquido de las ventas de las acciones quedará afectado y se destinará por la Corporación Nacional para el Desarrollo a inversiones en proyectos de infraestructura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas que dicha Secretaría de Estado identifique.

Artículo 7º.- Este decreto entrará en vigencia a partir de su publicación en dos diarios de circulación nacional.

Artículo 8º.- Comuníquese, publíquese, etc.



BALANCE Y PERSPECTIVAS DEL MERCOSUR: MIRADA DESDE EL AÑO 2007

NORBERT TÜLLMANN
Master en Integración y Comercio Internacional
Universidad de Montevideo

Balance

El Mercado Común del Sur (Mercosur) es una agrupación de integración en desarrollo, fundado en 1991 por el Tratado de Asunción (TA)¹ entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Se unieron con el fin de establecer un Mercado Común en el sentido técnico y jurídico. Obviamente, ello fue tan atractivo para sus vecinos en América del Sur, que la mayoría de ellos solicitaron en el transcurso del tiempo ser Estados Asociados de esta alianza económica – Venezuela incluso aspira una participación como Estado Parte.

Para analizar y evaluar adecuadamente tanto la actual situación del Mercosur como sus perspectivas, en primer lugar hay que entender particularmente el desarrollo histórico de los procesos de integración y la economía de esta región. Hay dos argumentos principales para esta manera de proceder: 1. Como todas las estructuras sociológicas, los Estados intentan aprovechar de ser posible de las experiencias suyas o de los demás para evitar cometer errores por una parte y por la otra para reiterar o superar éxitos propios o de los demás. 2. Referente a la integración del Mercosur se trata de un proceso principalmente económico. Sí tiene el potencial para incluir también otros ámbitos, y eso ya se verá.

Además no es suficiente, leer e interpretar solamente los textos básicos jurídicos de esta organización, sino considerar por un lado las intenciones políticas individuales de los Estados Partes y Socios del Mercosur. Por otro lado se tienen que tomar en cuenta los hechos, que – posiblemente – documentan algo que es comparable con una *conciencia común* de integración.

Considerando los dos modos alternativos – deductivo o inductivo – de desarrollar las reflexiones en cuanto a un tema particular, el trabajo va a explicar primero los componentes históricos y estructurales de los procesos de integración en general. En un paso siguiente podemos examinar la actual situación del Mercosur y deducir lo que ya logró hasta ahora. Finalmente nos queda pensar en lo que sus Estados Partes y Socios pueden alcanzar en el futuro o sea cuáles obstáculos son previsible hoy en día.

Desarrollo histórico y consideraciones generales

Empezando con el desarrollo histórico de los procesos de integración en general y del Mercosur en particular, es necesario tener en cuenta por una parte los motivos y por la otra la estructura típica de esta evolución.

¿Por qué y cómo se unen Estados independientes en procesos de integración?

No es una novedad, que los Estados se agrupan y cooperan. Ya ocurrió en los siglos pasados con varios ejemplos. Si partimos de la base de que se trata de Estados soberanos e independientes, primero se plantea la pregunta, por qué ellos se agrupan o sea se integran en realidad. En principio hay dos respuestas posibles: Primero, que ellos cooperan altruísticamente o a causa de una obligación supuesta para promover el bien común o por lo menos para el bienestar de su colectividad. Segundo, que actúan juntos por un interés propio que es tanto bien entendido como racionalmente calculado.² Los próximos párrafos van a explicar las motivaciones y estructuras más importantes que existían y persisten para interacciones interestatales con respecto al tema de cooperación o sea integración.

1 http://www.Mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Tratado%20Assunci%F3n_ES.pdf.

2 Compárese MEYERS, pág. 422.

Razones para la agrupación o sea la integración de Estados independientes

Cuando seguimos pensando en primer lugar del “sí” de un proceso de integración entre Estados independientes, se comprueba su sentido central: ¿De cuál punto de vista evaluamos nosotros la independencia de un Estado y lo hacen ellos mismos? Evidentemente, existen varias relaciones entre los Estados – tanto los antiguos como los modernos.³

La larga historia de los procesos de integración entre Estados independientes conoce distintas razones. En la mayoría de las veces se trata de territorios vecinos, es decir que Estados, que lindan uno con el otro o por lo menos que tienen intereses comunes, llegan a un acuerdo, y que en el futuro intentan juntos realizar objetivos comunes. En tiempos anteriores así como hoy en día, las dos causas más importantes para unirse o sea integrarse son por una parte, la defensa y por la otra, la economía. Según esto, ambas intenciones tienen como meta superior la geoestrategia⁴ regional. De todas maneras, con este conducto los integrantes de dicha alianza geoestratégica persiguen en teoría el objetivo más *utilitarista*: Quieren alcanzar el provecho más alto para la cantidad más grande de personas, es decir de los ciudadanos de estos Estados.⁵

El primer famoso ejemplo europeo, la “Hanse” medieval, nos muestra la conexión muy eficaz entre ambas motivaciones – defensivas y económicas. A inicios de esta asociación comercial entre mediados y fin del siglo doce se formaron grupos armados (“hansa”) los cuales acompañaron a los comerciantes para protegerlos al trabajar en lugares extranjeros – en particular en las áreas del Mar del Norte y del Mar Báltico. En este ambiente aproximadamente seguro surgieron relaciones permanentes y extremadamente fructuosas entre estos comerciantes de distintas procedencias – por ejemplo de Brugge o Londres en el oeste, de Bergen en el norte, de Nowgorod en el este, de Francfort/Meno en el sur y varias más⁶. Iniciada como alianza de comerciantes, se desarrolló y funcionó durante los siglos siguientes – hasta su fin de hecho por la Guerra de los Treinta Años y la formación inicial de algunos estados nacionales, por ejemplo en Scandinavia e Inglaterra, en los Países Bajos y en Rusia⁷ – como un conjunto tanto económico como jurídico de las ciudades libres hanseáticas.⁸ Ellas tuvieron un estatus bastante independiente con respecto a los titulares del dominio territorial – por lo menos en el “Santo Imperio Romano de Nación Alemana”, que fue el marco político general de la Hanse. A causa de la interacción de los tres factores importantes: ciudad, mercado y comercio, la cual ya dio buen resultado durante la Alta Edad Media, rindió muy rápidamente una economía próspera entre los integrantes.⁹ Ésta precisó tanto por la complejidad de los procesos comerciales que se incrementa continuamente como por sus correspondientes circunstancias concomitantes (por ejemplo la compra de depósitos en países extranjeros) un reglamento de navegación o una base jurídica unitaria, que se formó poco a poco.¹⁰ Es decir, que la funcionalidad económica llevó al crecimiento de una organización jurídica. Pero nunca fue una verdadera sociedad mercantil, sino quedó en el estadio menor de sólo una agrupación de interés común.¹¹ No obstante se puede constatar, que esta alianza económica fue un perfecto paradigma para ilustrar el principio científico-social del *funcionalismo*: “form follows function”.¹² Ésto significa, que siempre se forma un organismo más o menos estructurado o formal, cuando es necesario arreglar – y con ello optimizar – la manera del funcionamiento del estado de cosas en el ámbito respectivo.

Después de la formación de la mayoría de los estados nacionales a partir de la última cuarta parte del siglo dieciocho – por lo menos en Europa y poco más tarde también en América Latina a consecuencia de la modificación del estatus de los colonias ibéricas en este subcontinente – surgieron las primeras agrupaciones formales de “estados amigos”. Un buen ejemplo para este proceso es el “Deutscher Zollverein” (Asociación Aduanera Alemana). Se formó en 1834 como una organización superior referente a las

3 Compárese PEÑA, pág. 238.

4 Como término genérico en cuanto a las intenciones geopolíticas y geoeconómicas.

5 Según MILL, pág. 13 junto con 30, aplicado al contexto presente. Si el fin verdadero de cada uno estado realmente es el aumento del provecho para todos los ciudadanos de todos los integrantes del concreto proceso de integración o más bien sólo de su propia población, es muy discutible. Pero investigar esta pregunta adecuadamente nos llevaría demasiado lejos de la idea original del presente trabajo.

6 Compárese BÜSSEM/NEHER, pág. 224 y sig.

7 Compárese SEIBT, pág. 270, y además BÜSSEM/NEHER, pág. 226.

8 Según SEIBT, pág. 270, se fechan este cambio del año 1356.

9 Compárese DHONDT, pág. 166.

10 Compárese BÜSSEM/NEHER, pág. 224 y sig.

11 Compárese BÜSSEM/NEHER, pág. 226.

12 Compárese MEYERS, pág. 448.

correspondientes asociaciones regionales, que ya existían entre algunos territorios alemanes, y reguló un sistema aduanero unitario en la entera esfera de su influencia.¹³ En cierto sentido esta fusión estructurada anticipó la creación del futuro Estado nacional denominado Alemania poco más tarde¹⁴ – una consecuencia, que el iniciador principal de la Asociación Aduanera Alemana ya previó de antemano.¹⁵

Otros ejemplos muy importantes para organismos multilaterales históricos con una orientación económica son:

- el “Commonwealth of Nations” anteriormente británico, especialmente durante su auge a partir del siglo diecisiete hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial,
- el famoso “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros, Tarifas y Comercio” (GATT) de 1948, que se convirtió en la “OMC” (Organización Mundial de Comercio) en 1995 como consecuencia de la Ronda Uruguay del GATT (1986-1994) y su conferencia final en Marrakesh que estableció un sistema mundial – por lo menos occidental – de libre comercio. De hecho, los procesos de integración regional representan excepciones muy importantes del principio regulatorio básico del GATT/OMC, a saber de la famosa “cláusula de la nación más favorecida”. Esta faculta a todos los países para aprovechar las mismas condiciones comerciales que haya acordado un integrante del GATT/OMC con cualquier Estado. Pero con respecto a los procesos de integración regional, esa cláusula no se aplicaría,
- el “Consejo para mutua asistencia económica” soviético (COMECON) fundado por los integrantes del “Pacto de Varsovia” en reacción frente al GATT y para organizar sus propios intereses económicos durante la Guerra Fría,
- la Unión Europea, fundada en 1992 por el Tratado de Maastricht, que tiene sus raíces en los tres organismos comunes europeos anteriores¹⁶, actualmente es un conjunto principalmente económico muy complejo de 27 Estados Miembros.¹⁷ Podemos suponer sin más, que la Unión Europea tiene un papel modelo para la integración del Mercosur. Probablemente esta percepción se base solamente en la discrepancia de profundidad de estas dos agrupaciones integrativas. Del lado europeo lo podría ser, porque parece que la Unión Europea trata al Mercosur como un pupilo suyo y lo ayuda mucho de manera pragmática, teórica y por último financiera¹⁸ en cuanto a sus esfuerzos de conseguir un nivel de integración más alto. Por el contrario, los integrantes del Mercosur disponen de un impulso inicial muy distinto para integrarse.¹⁹ Pero vamos a ver adonde nos llevan las demás reflexiones.

En todo caso, tanto el Commonwealth como el COMECON representaron alianzas, que se basaron en marcos militares, en los cuales seguían las actividades comerciales. Además, estas organizaciones se compusieron de integrantes, que no fueron indispensablemente vecinos, sino formaron una red muy ramificada territorialmente que se extendió incluso por distintos continentes. El COMECON que fracasó, tuvo una segunda causa, descontado el cambio fundamental a nivel de política mundial – a saber; las grandes discrepancias en cuanto a las situaciones individuales tanto del potencial como del desarrollo macroeconómico de sus integrantes. Además su obstinación en conservar sus propias soberanías nacionales fue también decisiva junto con la preocupación por los impactos posibles de parte de la hegemonía soviética económica y militar.²⁰

Por fin, los destinos del GATT así como de la Unión Europea fueron más afortunados. Aunque el GATT también se extendió por más de un continente y adentro de esta organización los Estados Unidos, como poder significativo, dominaron a los demás integrantes, el funcionamiento del orden del libre comercio de

13 Compárese GÖRTEMAKER, pág. 170.

14 Compárese GÖRTEMAKER, pág. 173.

15 Véase ONCKEN/SAEMISCH, pág. 534. Esta fuente histórica cita el *spiritus rector* de la Asociación Aduanera Alemana, Friedrich von Motz, que fue el poderoso ministro de Hacienda de Prusia a partir del año 1825, en un memorándum del año 1829, que dijo explícitamente: “Si la ciencia de los Estados tiene razón, que los aranceles de importación, de exportación así como de tránsito solamente son la consecuencia de la separación política de distintos Estados (y esto es verdad), en contrario también debe ser verdad, que la unificación de estos Estados para construir una asociación aduanera y comercial va a llevar a una unificación hacia exactamente el mismo sistema político al mismo tiempo.”

16 Fueron la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951-2001), la Comunidad Europea de Energía Atómica (a partir de 1951) y finalmente la Comunidad Económica Europea (a partir de 1957).

17 A partir de 1951: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos; a partir de 1973: Dinamarca, Irlanda, Reino Unido; a partir de 1981: Grecia; a partir de 1986: España, Portugal; a partir de 1995: Austria, Finlandia, Suecia; a partir de 2004: Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia; a partir de 2007: Bulgaria, Rumanía; con Croacia y Turquía hay negociaciones para sus futuros ingresos a la Unión Europea.

18 Véase la publicación de la Delegación de la Comisión Europea en Uruguay y Paraguay „Unión Europea – Mercosur. El desafío de una integración regional”.

19 Compárese para el tema de las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea la publicación homónima de VENTURA.

20 Compárese BROCKHAUS, Tomo 18, entrada “Rat für gegenseitige Wirtschaftshilfe”, pág. 49 y sig.

manera occidental se comprobó – hasta nuevo aviso – como lo más viable en la competencia económica mundial. La Unión Europea persigue el mismo concepto y – como “Unión Económica y Monetaria” en el sentido técnico – ya logró un nivel de integración regional muy alto. Cuáles son los pasos siguientes hasta este punto y que grados más hay, lo vamos a ver un poco más tarde. Como conclusión, se puede decir que la Unión Europea es una continuación más avanzada de la antigua “Hanse”.

En general, cuando examinamos estos cuatro casos, que no se trata en absoluto de paradigmas funcionalistas, más bien son representantes destacados de la opuesta teoría científica-social del *institucionalismo* (“function follows form”)²¹ – no obstante con distintos orígenes históricos referente a sus fundaciones individuales.²²

A inicios del siglo dieciocho ya existían consideraciones críticas en cuanto a las prácticas integrativas antes citadas. Sus representantes exigieron de una macroeconomía nacional que abandone completamente – si bien poco a poco – sus relaciones comerciales con el exterior, especialmente de importación así como de exportación. En lugar de eso el respectivo Estado debería variar su parecer para producir todos los bienes, los cuales el mismo ha importado antes. Incluso la reproducción de las mercaderías extranjeras con medios propios es permitida explícitamente.²³ Ésto es, en cierto sentido, la primera formulación del famoso sistema de la “sustitución de importaciones” que practicaron los Estados sudamericanos – impulsados por la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [de las Naciones Unidas]) – durante las décadas 1960-1970.²⁴ De hecho, esta renuncia significa nada más que un aislamiento económico voluntario del Estado – o denominándolo eufemísticamente: *independización*.²⁵

Como conclusión podemos responder a esta primera pregunta parcial que planteamos, que los Estados se unen, porque no son realmente independientes – hoy en día particularmente no en el sentido económico mundial. Y además podemos suponer que actúan a causa de una motivación mezclada. Por eso, en el caso ideal, quieren aumentar egoístamente sus fortunas así como altruísticamente el bienestar común.

a) Estructuras modernas de los procesos de integración

El segundo paso de las reflexiones nos lleva a pensar del “cómo” de un proceso de integración. Partimos ahora de la base de que los Estados no disponen de absoluta independencia. Suponemos además que más probabilidad y más permanencia de la conducta cooperativa de los demás integrantes de un proceso de integración influyen positivamente en la disposición de un Estado Parte o Socio para cooperar con los otros ya ahora.²⁶ Si echamos un vistazo a las balanzas comerciales de los Estados modernos, podemos constatar que ya interactúan el uno con el otro, casi sin ninguna excepción.

Entonces, es objetivamente sensato organizarse de modo estructurado, si algunos Estados (vecinos) quieren combinar una cierta constelación ventajosa de factores económicos individuales, con añadidura de las expectativas regionales, que pueden consistir en el posible aumento comercial de la agrupación referente a su situación endógena así como en un atractivo más alto en cuanto a los terceros cooperadores comerciales de afuera. Cuando ahora agregamos la conclusión del párrafo previo que hay en general dos alternativas determinantes para realizar una estructura integrativa moderna – el modo funcionalista o institucionalista – llegamos al resultado siguiente: la intensidad de integración depende de los demás fines de los integrantes.

Hasta un cierto punto de cooperación es suficiente perseguir el funcionalismo que significa que los Estados respectivos fijan el *statu quo* de sus relaciones comerciales de manera más o menos sencilla. Por el contrario si quieren alcanzar un nivel más alto, es necesario manifestar los objetivos comunes en un acuerdo básico – con el cual crean instituciones o sea órganos de integración y regulan obligatoriamente algunos ámbitos del procedimiento, como por ejemplo: referidos a los efectos intencionados, valores comunes, estatutos, sistemas de solucionar controversias etc. Ésto corresponde el institucionalismo.

21 Compárese MEYERS, pág. 448.

22 El Commonwealth muy obviamente sacó provecho de la potencia militar del Imperio Británico, aunque el dicho “La bandera siguió el comercio” (compárese BROCKHAUS, Tomo 3, entrada “Britisches Reich und Commonwealth”, pág. 734) podría sugerir un entendimiento opuesto. Lo mismo hizo el COMECON, cuando aprovechó la existencia del marco básico de su correspondiente alianza militar oriental. En contrario, tanto el GATT como la Unión Europea se juntaron respectivamente sin asistencia militar, sino el objetivo expresivo en particular de la Unión Europea es evitar futuros conflictos armados por lo menos entre sus integrantes.

23 Compárese FICHTE, pág. 156 y sig.

24 Compárese DA CONCEIÇÃO TAVARES/GOMES, pág. 214, así como FERNÁNDEZ REYES, pág. 132.

25 Por ejemplo la teoría del así llamado “geschlossener Handelsstaat” (que significa aproximadamente “estado comercial cerrado” y esta situación cerrada de nuevo representa un aislamiento voluntario del propio Estado), compárese FICHTE, pág. 137.

26 Compárese MILNER, pág. 474 y sig.

En general, se puede constatar, que en el transcurso del tiempo se formaba un sistema gradual de agrupaciones integrativas de Estados. Como regla general de los procesos de integración podemos recordar que la profundidad y complejidad de los organismos va a incrementarse cada vez más.

aa) Área de Preferencias Arancelarias

El primer nivel se llama “Área de Preferencias Arancelarias” (APA). Esta formación de integración consiste por lo menos de dos países. Los integrantes acuerdan las preferencias referente a determinadas mercaderías, materias primas o servicios importados de uno de ellos al otro, y siguen recaudando, por el contrario, sus aranceles o sea tarifas originales con respecto a cualesquiera productos de terceros países.²⁷ De hecho, se trata de rebajas mutuas particulares de aranceles o sea tarifas sólo en el marco de la APA. No significa, que los participantes bajen sus tasas de importación por el mismo porcentaje, ni en cuanto a los mismos productos, porque cada Estado tiene una demanda distinta. En el caso ideal la agrupación va a igualar o sea optimizar sus intereses comerciales mutuos. Ésto significa una cierta limitación de la soberanía aduanera de cada Estado Parte. Pero es absolutamente suficiente, que las administraciones aduaneras nacionales se preocupen del funcionamiento del sistema preferencial arancelario. Entonces, la APA no precisa una administración propia.

bb) Zona de Libre Comercio

El próximo escalón se denomina “Zona de Libre Comercio” (ZLC). Se basa en la APA. Pero en comparación con ésta los participantes de una ZLC acuerdan la eliminación paulatina de todos los obstáculos al comercio recíproco de bienes y servicios adentro de la agrupación – sean aranceles o tarifas de importación u otras restricciones no arancelarias de cualquier naturaleza, como medidas cuantitativas, técnicas, burocráticas o impositivas, que surten efectos equivalentes.²⁸ Los aranceles exteriores con respecto a terceros países quedan como temas propios e individuales de los Estados participantes. Entonces, la ZLC obviamente tampoco necesita una organización administrativa propia. Por el contrario, esta forma de integración trae consigo la necesidad de un “régimen de origen” para asegurar la homogeneidad del sistema. Este régimen significa, que los productos o servicios enteros tienen que provenir originalmente de uno de los integrantes de la ZLC o – por lo menos – que consistan en la mayoría de las partes o de los componentes de procedencia de uno o más de los Estados Participantes de la ZLC.²⁹

cc) Unión Aduanera

Al nivel de una “Unión Aduanera” (UA), los integrantes tienen la intención de lograr la supresión completa de todos los obstáculos arancelarios y no arancelarios referente al comercio con bienes y servicios. Además agregan un “Arancel Externo Común” (AEC) al sistema de una ZLC. El AEC es un reglamento arancelario, aplicable uniformemente a todos los bienes y servicios que ingresan a la plaza de la UA de cualquier país desde afuera de ella. Como base jurídica tiene frecuentemente una “legislación aduanera común”.³⁰ Ella destina tanto el gravamen de los aranceles comunes así como la distribución de los ingresos respectivos.³¹ Justamente estos dos efectos esenciales implican un aumento importante referente a la cualidad de la nueva agrupación, pues a causa de ello la UA en realidad demanda una administración propia con órganos comunitarios. Ésta es indispensable para organizar e implementar los asuntos arancelarios comunes de los integrantes de una UA en forma eficiente.

En resumen se trata del caso extremo entre ambas teorías del funcionalismo y del institucionalismo. La UA frecuentemente no es el nivel inicial de un proceso de integración. Casi siempre ya hay procedimientos integrativos y funcionalistas del nivel inferior – pero sin instituciones propias para mantenerlos. Cuando ahora pasa el cambio hacia la UA, eso no sucede de la manera funcionalista (“form follows function”), porque lo que causa el establecimiento de los órganos comunitarios de una UA son las nuevas funciones que se basan en el AEC. Por eso podemos constatar acá la mutación esencial de un sistema científico-social

27 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 49.

28 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 50.

29 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 50. Según el Art. 2 del Régimen de Origen Mercosur (publicada en el Anexo de la decisión del Consejo del Mercado Común [MERCOSUR/CMC/DEC.] N° 01/04 – véase <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm>), este porcentaje se eleva a un valor de 60 %. Véase también el quinto laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur (véase [http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/V%20LAU DO.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/controversias/archivos/V%20LAU%20DO.pdf)).

30 En el caso del Mercosur se habla del “Código Aduanero Mercosur” (CAM).

31 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 51.

al otro. Finalmente, nos queda la comprobación que la “cláusula de la nación más favorecida” del sistema GATT aprueba la creación de procesos de integración con alcance regional hasta el nivel de una UA.³²

dd) Mercado Común

El “Mercado Común” (MC), como nivel siguiente en el esquema de integración, de nuevo se basa en una UA. Los demás componentes principales de un MC son en particular las así llamadas “cuatro libertades comerciales”: los intercambios libres de bienes, servicios, personas y capitales.³³ El MC adicionalmente requiere una “política comercial y aduanera común”, una “coordinación de las políticas macroeconómicas” y finalmente una “armonización legislativa”.³⁴ Por supuesto, el MC sigue necesitando instituciones propias con un alcance del reglamento común tan amplio a causa del nivel de integración más intensivo.

Ejemplos muy destacados de esta forma de integración fueron en el pasado la “Asociación Latinoamericana de Libre Comercio” (ALALC – 1960-1980), y hoy en día todavía están en primer lugar la “Asociación Latinoamericana de Integración” (ALADI – a partir de 1980, fundada por el Tratado de Montevideo [TM80]³⁵), seguida por la “Comunidad Andina de Naciones” (CAN – a partir de 1969) y por último la “Comunidad Europea” (CE – que representa la columna económica de la Unión Europea).

ee) Unión Económica (y Monetaria)

Comparado con un MC, la Unión Económica (y Monetaria)” (UE[M]) se destaca por el cambio de una sencilla coordinación de las políticas macroeconómicas hacia una unificación respectiva.³⁶ Es decir que los participantes de una UE(M) suprimen su soberanía legislativa en alto grado y la delegan a favor de los órganos comunitarios de la nueva agrupación integrativa.³⁷ Además este proceso lleva – no automáticamente pero por regla general – poco a poco a una moneda común para evitar impactos innecesarios a la balanza económica de los integrantes de una UE(M) a causa de distintos tipos de cambio.³⁸ Encima de eso, a partir de este nivel de integración los integrantes cambian su denominación – mientras que antes se llamaban sólo “Estados Partes”, ahora se denominan “Estados Miembros”. Naturalmente, se puede decir que esta modificación sólo es una apariencia. Pero no prescindimos que la participación en una UE(M) significa para cada Estado un paso muy importante con respecto tanto a su autopercepción individual como a su entendimiento en el conjunto de los integrantes. Hasta el nivel del MC, por lo menos hasta el de una UA los Estados quieren aprovechar en primer lugar los beneficios que resultan de la respectiva agrupación integrativa para ellos mismos. Cuando empiezan a unificar sus políticas macroeconómicas en el marco de una UE(M), los integrantes limitan en el mismo momento uno de los tres pilares políticos principales de su poder estatal que pertenece a cada Estado independiente.³⁹ Entonces, este cambio señala un salto fundamental y persistente en cuanto a la cualidad de la voluntad para integrarse.

ff) Unión Política

Esta motivación antes explicada la superan sólo aquellos Estados, que tienen la intención de desarrollar un proceso de integración hasta el nivel de una “Unión Política” (UP). Es el nivel más alto de los procesos

32 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 41.

33 Aquellas características son denominadas por ejemplo en el Art. 14 pára. 2 Tratado sobre la Comunidad Europea. El Art. 15 Tratado de Montevideo 1960 (ALALC) sólo previó la armonización del tratamiento de capitales, bienes y servicios.

34 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 53.

35 <http://www.aladi.org/nsfaladi/perfil.nsf/inicio2004?OpenFrameSet&Frame=basefrm&Src=%2Fnsfaladi%2Fperfil.nsf%2Fvsite%2Fintroduccion%3FOpenDocument%26AutoFramed>

36 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 53. Ilustrada por el ejemplo de la Comunidad Europea (CE), que representa la parte económica de la Unión Europea y de hecho es una verdadera UEM, podemos notar además los siguientes sectores políticos comunitarios que pueden ser componentes reglamentados a este nivel de integración: agricultura, comercio, competencia, protección del consumidor etc.

37 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 54. En realidad, se dice – por ejemplo – que aproximadamente 80 % del trabajo legislativo de la Cámara Baja del Parlamento alemán consiste en la implementación de actos jurídicos de los órganos comunes de la Unión Europea.

38 La obligación que falta, no por último ilustra la simple existencia de una publicación alemana con el título “La lucha por el Euro” (editada por H.-U. JÖRGES). El proceso más ejemplativo es lo del “Espacio Euro” en el marco integrativo de la Unión Europea. Desde su establecimiento en 1999 hasta ahora participan 13 de los 27 actuales integrantes de la Unión Europea. El examen más detallado de esta situación resulta, que todavía faltan 3 (Dinamarca, Reino Unido y Suecia) de los 15 Estados Miembros que participaron en la Unión Europea ya antes de su gran expansión oriental a inicios del año 2004 (véase la nota a pie N° 15). De los nuevos 12 integrantes recién Eslovenia está participando en el sistema de la moneda comunitaria desde inicios de 2007. A partir de 2008 siguen Malta y Chipre. Además la larga historia del desarrollo de la moneda comunitaria europea a partir de los años 1970 con sus fases intermedias (“Europäische Währungsschlange” [más o menos: “Serpiente Monetaria Europea”], “Europäisches Währungssystem – EWS” [Sistema Monetario Europeo] y “Europäische Verrechnungseinheit – ECU” [Unidad Europea de Compensación Monetaria]) hasta su realización como “Unión Monetaria Europea” final a inicios de 2002 constata por fin que “no hay una clasificación obligatoria en cuanto a los progresos integrativos, no obstante existe una sucesión harmónica con una Unión Monetaria como punta final” (véase SARRAZIN, pág. 77 junto con 97 y sig.).

39 Si entendemos por ello no sólo economía sino también haciendas públicas, los demás son: seguridad interna, defensa externa, salvaguardia de las relaciones exteriores y justicia.

de integración – aparte de la creación de un nuevo Estado (federal).⁴⁰ De hecho, la UP resulta cuando se agrega la “coordinación de los ámbitos de la seguridad interna así como la defensa externa” de los Estados Miembros al reglamento de una UE(M).⁴¹ Por su parte, este paso causa una tensión entre los dos conceptos generales de estructuras interestatales que se llaman *intergubernamentalidad* y *supranacionalidad*.⁴² Cuando unos Estados quieren cooperar y por eso crean una institución multilateral o más, como las Naciones Unidas o el Banco Mundial, los intereses estatales actúan de manera intergubernamental en los respectivos órganos de estas organizaciones internacionales, porque sin ninguna duda cada Estado Parte quiere conservar su soberanía entera. Entonces, se reservan la posibilidad de participar en proyectos concretos o no. Por eso, para que la organización multilateral pueda tomar decisiones eficaces es necesario que los integrantes se pongan de acuerdo en forma totalmente. La manera opuesta requiere que los integrantes de una organización supranacional deleguen en ella algunas partes esenciales de la soberanía estatal – correspondiente al nivel o sea a la profundidad del proceso de integración. Además, un gran porcentaje de las decisiones comunitarias se toman de manera mayoritaria.

Como nos muestra el ejemplo de la Unión Europea, sólo la parte económica de este proceso de integración es de tipo supranacional. Por el contrario los demás ámbitos – la “Política Exterior y de Seguridad Común” (PESC) y la “Cooperación Policial y Judicial en materia penal” (CPJ) – ambos son de tipos intergubernamentales. Posiblemente se puede juzgar el alcance de esta distinción estructural, cuando nos damos cuenta que la Unión Europea en realidad consta de estos tres pilares – pero es cierto que ella no sólo es la suma de ellos. Por fin, aunque el carácter de los componentes integrativos puede ser intergubernamental o supranacional y, no obstante, existan varias aberraciones tanto de los Estados Miembros como de los órganos comunitarios con respecto a distintos motivos propios, adentro de la Unión Europea existe esencialmente una conciencia común. Después de todo, ésto es lo que vale.

2. Resumen parcial

Con referencia al pensamiento previo podemos constatar la existencia de una línea divisoria – si bien de tipo permeable – que separa los procesos de integración en dos grupos: El primer grupo sigue el principio funcionalista que significa la satisfacción de los Estados respectivos con el funcionamiento y los provechos del nivel alcanzado así como consecuentemente la falta de voluntad para profundizar más la cooperación. El segundo grupo tiende hacia un nivel de integración más avanzado. Por eso sus integrantes crean instituciones o sea órganos comunitarios y tienen que decidirse por una delegación de partes de su soberanía estatal más o menos amplia o en contra de eso – o, como tercera subalternativa, por una mezcla de ambos modos. Cuando subsumimos ahora los antes ilustrados procesos de integración en esta hipótesis, resulta el siguiente esquema:

funcionalista ("form follows function")	Institucionalista ("function follows form")
APA	intergubernamental Supranacional
ZLC	U A*
UA*	M C
	UE (M)
	U P

(= “caso extremo” referente a la línea divisoria entre los dos principios estructurales)

40 Según la famosa sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA (TCFD) del 12 de octubre 1993 en cuanto al recurso de amparo constitucional por la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (véase nota a pie N° 1), Recopilación oficial de las decisiones del TCFDA (BVERFGE) N° 89, pág. 155 y sig., muy justamente pág. 184 (véase: <http://dejure.org/dienste/internet2?www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html>), la Unión Europea ni es un Estado Federal (“Bundesstaat”), ni una confederación (“Staatenbund”), sino “una unión de las naciones europeas por una asociación de Estados democráticos (Staatenverbund)”. Lo que le falta a la Unión Europea incluso hoy en día para realizar la visión europea de ser una verdadera Unión Política son por ejemplo competencias legislativas enteras para el Parlamento Europeo o la creación de un verdadero Gobierno Europeo como consecuencia directa de las elecciones de los diputados de este parlamento comunitario.

41 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 54.

42 En el marco de este trabajo no consideramos las incidencias de la relacionada pareja de los conceptos “monismo” y “dualismo” en cuanto a las consecuencias respectivas del “efecto directo” de las decisiones etc. concertadas por instituciones superiores al nivel nacional por un lado o por otro lado la necesidad de una transformación o sea internalización obligatoria e individual por cada uno de los Estados que participan, antes de que el orden de derecho superior pueda entrar en vigor en los integrantes.

A. El Mercosur en sí

En el próximo párrafo vamos a recapitular muy brevemente los pasos anteriores que llevaron al Mercosur. Después nos dedicamos más detalladamente a clasificar los esfuerzos de los Estados Partes en cuanto a las consideraciones previas.

1. ¿Cómo surgió el Mercosur?

En el transcurso de la década 1980, los países sudamericanos cambiaron sus ideas del comercio internacional.⁴³ Mientras que antes estuvieron siguiendo la noción de la CEPAL e instalaron un “sistema de sustitución de importaciones”, acordaron después en base del llamado “Consenso de Washington”⁴⁴ en la ampliación de sus mercados. Por ende están aprovechando la competencia comercial mundial organizada por el GATT/ OMC.⁴⁵

La fundación de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en 1980 como organización sucesora jurídicamente⁴⁶ de la antaño Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) era un requisito elemental. Por ejemplo no sólo sentaba las bases para el establecimiento del Mercosur como “Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica (Nº 18)”, sino que funcionó además a inicios del Mercosur como paraguas jurídico después de que los Estados Unidos se opusieran a la aprobación de dicha alianza como proceso de integración regional (por la aplicación de la Cláusula de Habilitación para los países en desarrollo) en el marco del GATT.

El próximo paso – y como veremos el inmediatamente precedido – fue la creación de la cooperación argentino-brasileño a partir de 1985. Al principio surgió el “Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo” en 1988, que todavía continúa y por lo menos estuvo influyendo fundamentalmente en la creación del Mercosur.⁴⁷ Con este acuerdo bilateral, ambos países querían establecer un “espacio económico común” ya antes de que se firmara el “Acta de Buenos Aires” en 1990, que formuló el objetivo del establecimiento de un Mercado Común hasta el 31 de diciembre 1994.⁴⁸ Cuando tenemos en cuenta los acuerdos bilaterales por una parte entre Uruguay y Argentina (“Convenio Argentino-Uruguayo de Complementación Económica” [CAUCE]) y por la otra entre Uruguay y Brasil (“Protocolo de Expansión Comercial” [PEC]) a fines de los años 1980, no es sorpresivo que como consecuencia de este “movimiento tripartito”, los Estados Partes del Mercosur poco más tarde mantuvieran el esqueleto de los modelos principales entre Argentina y Brasil que ya se encontraron en vigor.⁴⁹

2. La actual situación del Mercosur

Con las previas reflexiones sobre la clasificación de los procesos de integración, ahora podemos hacer muy fácil y rápidamente un balance con respecto a la pregunta siguiente: ¿Qué nivel de integración logró el Mercosur hasta hoy y cuál no?

43 Compárese referente a este tema en general: FERNÁNDEZ, pág. 32 y sig., en particular a parte de la pág. 40.

44 Véase MONIZ BANDEIRA, pág. 423 y sig. Compárese también OLIVARES TRAMÓN, pág. 45.

45 Compárese OLIVARES TRAMÓN, pág. 23 junto con 42 y sig., así como BECK, pág. 1.

46 Art. 54 TM80.

47 Compárese MAGARIÑOS (1991), pág. 55.

48 Compárese <http://www.fmmeducacion.com.ar/Recursos/Documentos/Mercosur/antecedentes.htm>, punto 2.

49 Compárese MAGARIÑOS (1991), pág. 55.

Nivel de integración / – componentes	realizado	no realizado/ ya previsto	no realizado/ no previsto
Área de Preferencias Aduaneras (APA) ... Preferencias referentes al comercio con determinadas bienes (mercaderías y materias primas) y servicios	✓		
Zona de Libre Comercio (ZLC = APA + ...) ... Supresión de los obstáculos arancelarios y no arancelarios del comercio con bienes y servicios en su mayoría adentro de la agrupación ... Régimen de origen	✓ ✓		
Unión Aduanera (UA = ZLC + ...) ... Eliminación completa de los obstáculos arancelarios y no arancelarios (⇒ libre intercambio) al comercio con bienes y servicios adentro de la agrupación ... Legislación aduanera común (“Código Aduanero Mercosur” [CAM]) ⇒ AEC (Arancel Externo Común) ... Creación de instituciones o sea órganos comunitarios/os ... Supranacionalidad (¡no obligatorio!)	✓	✓* ✓**	✓***
Mercado Común (MC = UA + ...) ... Libre intercambio también de personas y capitales – encima de bienes y servicios (“Cuatro Libertades Comerciales”) ... Política comercial y aduanera común ... Coordinación de las políticas macroeconómicas ... Armonización legislativa		✓+ ✓++ ✓+++ ✓+	
Unión Económica (y Monetaria) (UE[M] = MC + ...) ... Unificación de las políticas macroeconómicas ... Moneda común			✓ ✓
Unión Política (UP = UE[M] + ...) ... Coordinación de los ámbitos de la seguridad interna así como la defensa externa			✓

De esto se deduce que hoy en día el Mercosur en realidad sólo cumple los requisitos de una Zona de Libre Comercio (ZLC). Aunque el Art. 1 TA ya preveía que a partir del 1 de enero 1995 la creación de un verdadero Mercado Común (MC) habría sido terminada, todavía se halla perfeccionando el funcionamiento correcto del nivel inferior de una Unión Aduanera (UA).⁵⁰ Entonces se valora debidamente al Mercosur cuando se lo cualifica como una UA imperfecta⁵¹ que se halla en un “proceso de perfeccionamiento de la Unión Aduanera”.⁵²

Como el esquema previo nos muestra, hay dos problemas elementales – uno en cuanto a la eliminación completa de todos los obstáculos al comercio con bienes y servicios para implementar un verdadero intercambio libre de ellos adentro de la agrupación, y el otro problema consiste en la creación de una legislación aduanera común para el Mercosur.

Mirando al primer problema, podemos notar que la libre circulación de bienes todavía está obstruida parcialmente. Para ésto de nuevo hay dos explicaciones. *De iure* existen “Listas de Excepciones al Programa de Liberación Comercial”⁵³ que causan un tratamiento arancelario especial referente a los bienes y servicios referente a varios sectores comerciales.⁵⁴ Lo que resuelve esta situación no satisfactoria, es el así llamado “Régimen de Adecuación Final a la Unión Aduanera”. Este reglamento preve plazos finales de desgravación lineal y automática con el objetivo de la eliminación completa de dichos obstáculos.⁵⁵ No obstante, hasta hoy el cumplimiento de dichos plazos está pendiente.⁵⁶

Por otro lado, actualmente existen obstáculos *de hecho* en forma de cortes de los puentes internacionales entre Uruguay y Argentina por ciudadanos argentinos – sin que el gobierno argentino lo impida – a causa del conflicto pendiente entre estos dos Estados Partes del Mercosur por la construcción de fábricas de celulosa en Uruguay.

En segundo lugar, los trabajos para implementar una “legislación aduanera común” del Mercosur se demoran demasiado tiempo. A partir del 1 de enero 1995 existe una normativa – por lo menos en teoría – que ya preve la creación de un “Código Aduanero Mercosur” (CAM) así como de un “Arancel Externo Común” (AEC). En particular el último está previsto explícitamente en el Art. 1 segundo guión TA y mencionado más detalladamente en el Protocolo de Ouro Preto (POP) del 17 de diciembre 1994⁵⁷ y especialmente en la Decisión N° 7/94 del Consejo Mercado Común (CMC) del Mercosur. En resumen, el AEC fue implementado, el CAM no. Esta situación pendiente es la causa principal para el no funcionamiento del régimen arancelario del Mercosur, que lleva por ejemplo al síndrome del “doble cobro” y a una mala distribución de la renta aduanera.⁵⁸ La aprobación del CAM actualmente está prevista para ser realizada “no más allá del año 2008”.⁵⁹ De eso deduce por fin un periodo total de casi 15 años a partir de la entrada en vigor del POP que el Mercosur precisó para arreglar este asunto de importancia muy destacada para el funcionamiento de su forma de integración.⁶⁰

Como tercer problema podríamos divisar la reciprocidad explícita⁶¹ de la noción del Mercosur. Este hecho es la manifestación estructural del principio intergubernamental más obvia posible.⁶² No obstante, la decisión entre esta forma de cooperación y la opuesta de supranacionalidad recién es relevante al nivel

50 Compárese también la evaluación propia del Mercosur por ejemplo en su siguiente página web: http://www.mercosur.int/mercoturwiki/index.php?title=R%C3%A9gimen_de_Origen.

51 Compárese FERNÁNDEZ REYES, pág. 52. Según la calificación poco más positiva de ROBLES FRAGA, pág. 125, se trata sólo de una Unión Aduanera en forma de una organización intergubernamental en lugar de un Mercado Común.

52 Véase la Decisión CMC N° 54/04 sobre la “Eliminación del doble cobro del AEC y la distribución de la renta aduanera” – http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/DEC%20054-004_doble%20cobro-ES_Acta%202-04.PDF.

53 Compárese Art. 6 de la Decisión CMC N° 7/94 (Arancel Externo Común). Véase http://www.mercosur.int/aecis/index.php?/view_content/download_norm/1/7/1994/es/pdf.

54 Compárese Art. 1 de la Decisión CMC N° 5/94 (Régimen de Adecuación). Véase http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/CMC_DEC_1994-005_ES_Regimen%20Adecuación.PDF.

55 Compárese Art. 4 de la Decisión CMC N° 5/94.

56 Art. 3 lit. a de la Decisión CMC N° 5/94 regló plazos de cuatro o respectivamente de cinco años a partir del 1 de enero 1995.

57 Entre otros en Art. 19 POP (véase http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Ouro%20Preto_ES.pdf).

58 Véase la Decisión CMC N° 54/04 cuyo título (“Sobre la eliminación del doble cobro del AEC y la distribución de la renta aduanera”) está significativo.

59 Compárese Art. 4 lit. a de la Decisión CMC N° 54/04.

60 Compárese artículo den “La Nación” del 1 de marzo 2005 – véase http://www.lanacion.com.ar/Archivo/nota.asp?nota_id=683590.

61 Véase Art. 2 TA: “El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes.”

62 Compárese MAGARIÑOS (1994), pág. 41 y sig. Con respecto al tema entero, compárese VENTURA, pág. 157 y sig.

de una Unión Económica (y Monetaria) (UE[M]) o sea de una Unión Política (UP), como ya hemos visto. Por eso, no se trata de un obstáculo elemental ni actual para el Mercosur mantener los esfuerzos necesarios de sus Estados Partes para realizar un día el “Mercado Común del Sur” mencionado en el Art. 1 TA.

De hecho, hay señales que nos demuestran la voluntad permanente de los integrantes del Mercosur de desarrollarlo siempre más.⁶³ Entonces, aunque no se trata de un verdadero MC en el sentido técnico y jurídico, sin embargo los Estados Partes habían constituido un “Mecanismo de Consulta y Concertación Política” en 1998, que significa tal vez el inicio del “Mercosur Político”, en el cual los Estados Partes – incluso Bolivia y Chile – consensúan posiciones comunes en temas de alcance regional que complementan los aspectos económicos y comerciales. Más allá, unos de los valores básicos del Mercosur aparte del ámbito económico puro son: los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable así como el compromiso con la consolidación de la democracia, la seguridad jurídica, el combate a la pobreza y el desarrollo económico y social en equidad.⁶⁴ No por último tenemos que tomar en cuenta la existencia del Protocolo de Ushuaia de 1998, según el cual todos los Estados Partes del Mercosur deben tener gobiernos democráticos.⁶⁵

Notando que no existía un automatismo para su creación, el Mercosur como MC no existe y en resumen podemos concluir que el Mercosur hoy en día es una UA tendiendo hacia un Mercado Común (MC). Eso nos lleva a considerar las perspectivas de este proceso de integración sudamericana.

A. Perspectivas

Precedentemente ya hemos notado que en el marco del Mercosur todavía hoy en día no parece que se supere la tendencia de actuación estatal de modo intergubernamental a la manera opuesta supranacional. Deducimos de eso que los respectivos Estados Partes siguen teniendo distintas dudas con respecto al provecho individual de su participación en este proceso de integración. Supongamos por ende que mantienen una así llamada “reserva mental” en cuanto a esta forma de cooperación en particular o a alcanzar un nivel más alto de los procesos de integración. Entonces eso nos lleva a la conclusión sucesiva: Cuando el escepticismo de los integrantes referente a un éxito persistente del Mercosur es mayor que la confianza de generar más beneficios a causa de la participación integrativa, para los Estados Partes no es necesario intensificar ni mantener sus actuales esfuerzos en favor de la agrupación.

En resumen, los Estados funcionan de la misma manera como las empresas: Lo que vale es el aumento de la ganancia o en otros términos la maximización del bienestar común. Si pueden alcanzarlo junto con socios determinados y con la misma manera de pensar, seguramente van a elegir esta alternativa.

Si no, es cierto que intentarán realizar – dependiendo de la capacidad individual para reorientarse – una de las siguientes opciones de su futura actuación: 1. seguir marchando solos, si no son miembros de una agrupación respectiva, 2. buscar otras constelaciones estructuradas, 3. modificar o sea reorganizar la agrupación de la cual ya son miembros a favor de sus propias intenciones o por fin 4. emanciparse de la alianza anterior y empezar a funcionar solos. De este modo – en términos científicos-sociales se denomina como “competencia en el estado de anarquía” – se manifiesta la teoría de cooperación internacional llamada realismo.⁶⁶ A diferencia de sus dos alternativas, que se llaman racionalismo y internacionalismo liberal, conforme a la manera realista la motivación principal de los integrantes de una agrupación es que participan para aumentar su provecho propio.⁶⁷

Las próximas reflexiones van a demostrarnos, si existen incentivos realistas para los Estados Partes del Mercosur para superar sus actitudes dudosas por una parte y por la otra crear o sea fortalecer la noción elemental de una conciencia común. Al respecto comenzamos nuestras consideraciones con los elementos funcionalistas (en nuestro caso son equivalentes a los geoestratégicos – ahí: geografía y economía), que fueron los primeros para integrarse tanto en los ejemplos antiguos dados al inicio de este trabajo como

63 Como ejemplo destacado miramos al dicho del actual Presidente de Uruguay, Tabaré Vázquez: “¡Queremos más y mejor Mercosur!”

64 Véase <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/mercosul/mercosur.html>.

65 Véase http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/1998_ProtocoloUshuaia-CompromisoDemocr%20Eitico_ES.pdf.

66 Véase MEYERS, pág. 421.

67 Compárese MILNER, pág. 468.

en lo que refiere a los participantes del Mercosur. Luego examinaremos aquellos institucionalistas a causa de la suba de complejidad y del esfuerzo organizador.

I. La visión geográfica

Consideramos sólo a los actuales Estados Partes del Mercosur⁶⁸, nos referimos a una población de 63,3% y a una superficie territorial de 66,7% de toda América del Sur. Junto con Venezuela, que se asoció como último país y ya está esperando alcanzar plena participación en el Mercosur, el porcentaje subiría a 70,3% de la gente y 71,9% del territorio de Sudamérica. Agregamos finalmente los demás Estados Asociados⁶⁹, y hablamos casi del subcontinente sudamericano entero – 99,6% de la población y 97,4% de la superficie territorial.⁷⁰ Por eso podemos constatar que “el Mercosur es América del Sur”.⁷¹ Como consecuencia, en esta región configura la cuarta gran plaza del mundo.⁷²

No obstante, tenemos que considerar las muy diferentes situaciones geográficas, no sólo referente a los distintos tamaños y niveles demográficos de los integrantes del Mercosur, sino también al yacimiento de recursos naturales y correspondientemente de materias primas en ellos. Mencionando sólo los tres ejemplos muy interesantes de Argentina, Brasil y Venezuela, por lo menos relativo a los últimos dos países tenemos que tomar en cuenta las posiciones muy poderosas en el ámbito económico mundial, en el caso de Venezuela a causa de las voluminosas exportaciones de petróleo y en el caso de Brasil por el potencial de sus muy desarrolladas regiones económicas orientales relacionadas con la dimensión pura del país en sí. Incluir Venezuela en estas consideraciones es independiente de que si participa de manera plena o sólo asociada en el Mercosur, porque de todos modos influye en la conducta de los demás participantes. No por último Argentina, si bien no tiene un potencial económico como Brasil, junto con él configuran la pareja dominante del Mercosur. De esta conclusión se explica la reciente intervención exterior por parte del actual Presidente argentino, Néstor Kirchner. Él invitó a México – a pesar de ser un país “norteamericano” – a participar también en el Mercosur. Pero aparte de la seriedad de esta propuesta, no parece que sea un escenario realista, sino un intento más para agregar futuros obstáculos al proceso de integración sudamericana y posiblemente neutralizarlo un día. Pero eso solo es mencionado en forma de comentario dicho de paso.

II. La visión económica

Las observaciones precedentes nos llevan inmediatamente a examinar luego los datos de referencia de los Estados Partes del Mercosur mediante los volúmenes del intercambio comercial tanto recíproco como con otros significativos bloques económicos.⁷³ Aunque se trata de una percepción estática, que tendría que ser reemplazada por una manera evolucionista, al examinar una gran economía multinacional, como presenta por ejemplo el Mercosur,⁷⁴ se demuestra ser de gran utilidad si se tiene en cuenta sus características principales de las relaciones comerciales.

Producto Interior Bruto (PBI) en mil millones USD			
Argentina	Brazíl	Paraguay	Uruguay
151,0	603,9	7,3	13,2

Exportaciones en %									
desde - a	ARG	BRA	PAR	URU	RSA*	EE.UU.	China	Europa	RDM**
ARG		15,8	1,4	1,9	15,8	10,7	8,0	19,2	27,2
BRA	11,5		0,9	0,6	6,3	21,1	5,6	24,1	29,9
PAR	5,8	25,7		24,2	5,2	3,4	2,1	6,4	27,2
URU	7,3	18,6	2,0		4,6	16,6	4,1	21,3	25,5

Importaciones en %									
a - desde	ARG	BRA	PAR	URU	RSA*	EE.UU.	China	Europa	RDM**
ARG		33,0	1,8	1,0	3,0	15,3	5,7	18,7	21,5
BRA	9,3		0,7	0,9	4,6	19,0	5,5	25,2	34,8
PAR	21,3	27,6		2,0	1,8	3,4	15,5	6,1	22,3
URU	23,6	21,2	0,5		2,3	7,1	4,6	11,4	29,3

68 Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

69 Chile (a partir de 1996), Bolivia (1997), Perú (2003) así como Colombia y Ecuador (2004).

70 Hoy en día, faltan solamente los tres más pequeños países en el noreste de Sudamérica: Guyana, Suriname y Guyana Francesa.

71 Véase METHOL FERRÉ, pág. 45.

72 Véase <http://www.europa-digital.de/aktuell/dossier/aussenhandel/mercusor.shtml>

73 Limitamos a los Estados Partes porque son aquellos que tienen derecho a voto en el Mercosur.

74 Compárese MAGARIÑOS (1991), pág. 7.

Fuente: RIOS/MADURO, pág. 52 y sig., (fecha de los datos: 2003/2004)

* =Resto de Sudamérica / ** =Resto del Mundo

Los cuadros previos ilustran perfectamente la manera en que los Estados Partes del Mercosur conceden prioridad a sus vinculaciones económicas entre sí y el Resto del Mundo. En esencia podemos constatar la indiscutida dominancia brasileña en el marco del Mercosur con respecto al comercio recíproco de sus integrantes así como al potencial absoluto económico, que se muestra por el PBI, y lo geopolítico.⁷⁵ Por ende el título de “líder natural” parece adecuado.⁷⁶ Aparte de eso se verifica la importancia de la Unión Europea seguida por los Estados Unidos como socios comerciales fuera del Mercosur.

Una reciente evaluación publicada por el Consejo Nacional de Inteligencia de los Estados Unidos (CNI) prevé lamentablemente un escenario poco ventajoso en cuanto al desarrollo económico de América Latina en general. Aun explica la posibilidad del fracaso de los procesos de integración a causa de las futuras situaciones económicas que podría llevar finalmente hasta una división del subcontinente.⁷⁷

III. La visión jurídica

El ámbito jurídico está ligado indisolublemente con la existencia de cualquier proceso de integración. Los integrantes tienen que tomar varias decisiones jurídicas conectadas una con la otra ya antes del establecimiento, por ejemplo de cuáles son los objetivos de la nueva agrupación y cómo los formulan, es decir si se basa la agrupación en el principio de derecho internacional *monista o dualista*, si precisa una estructura más o menos profunda con órganos propios o no, si prefieren la manera organizadora supranacional o si contemplan el intergubernamentalismo y por ende cómo los órganos – o los Estados mismos – toman decisiones eficaces y válidas para la agrupación, si confían en tribunales (arbitrales) internacionales o si les gusta más establecer un propio sistema para solucionar controversias y cual carácter debe tener, qué competencias tienen sus miembros y si los laudos u otras decisiones o sea acuerdos tienen efecto compulsivo o no y no por último de qué modo nuevos participantes van a ser admitidos y si los integrantes pueden desvincularse. Todo eso ya está reglamentado por el Tratado de Asunción (TA) y los protocolos que lo complementan.

Cuando examinamos el mecanismo de solución de controversias según el reglamento del Protocolo de Olivos (PO)⁷⁸, podemos notar sobre todo el avance procedimental en forma de la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR) del Mercosur. Como su nombre alude es la instancia responsable de la resolución de los recursos de revisión contra los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAAH).⁷⁹ Las decisiones del TPR prevalecen sobre los laudos de los TAAH.⁸⁰ Aparte de eso las partes litigantes pueden dirigirse directamente al TPR para solucionar su controversia en las situaciones previstas en el PO.⁸¹ Es notable que el PO, él mismo en este contexto prevea que las partes litigantes pueden “acordar expresamente someterse [...] al TPR”. Esta expresión recuerda de inmediato al sistema intergubernamental de derecho internacional de sumisión explícita por ejemplo bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ).

Además existe el sistema de “medidas compensatorias temporarias”.⁸² Cuando la parte litigante obligada por un laudo no lo cumple total ni parcialmente, el reglamento faculta a la parte beneficiada para iniciar dichas medidas. Se trata de otra manifestación del principio intergubernamental, porque se basa en la reciprocidad del control del cumplimiento de laudos. Las medidas compensatorias deben ser temporarias y adecuadas en cuanto al efecto. El problema es que las partes litigantes mismas juzgan el último requisito.

Finalmente podemos notar, que el mecanismo de “solución de controversias” se dirige solamente a los Estados Partes del Mercosur.⁸³ De eso se deduce que lamentablemente no existe un acceso directo al TPR para los particulares.

⁷⁵ Compárese FERNÁNDEZ a parte del capítulo 5, pág. 57 y sig.

⁷⁶ Compárese LAVAGNA, pág. 33.

⁷⁷ http://www.dni.gov/nic/NIC_globaltrend2020_s3.html#page78. Una examinación del Parlamento Europeo (publicada como “Informe Linkohr” – referencia por parte de Oppenheimer, pág. 7) supone una disminución similar del desarrollo en el América del Sur.

⁷⁸ Véase http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Protocolo%20Olivos_ES.pdf.

⁷⁹ Art. 17 y sig. PO.

⁸⁰ Art. 22 pára. 2 PO.

⁸¹ Art. 23 pára. 1 PO.

⁸² Art. 31 y 32 PO.

⁸³ Art. 1 pára. 1 PO.

Entonces, algunas perspectivas para seguir desarrollando el Mercosur en los aspectos jurídicos podrían ser:

- Reemplazar el sistema de las “medidas compensatorias temporarias” por una vigilancia del cumplimiento correcto – en otros términos: objetivamente adecuado – de los laudos respectivos por parte de los órganos del Mercosur, por ejemplo la Secretaría del TPR.
- Promover el mecanismo de “solución de controversias” en forma de implementar un “procedimiento prejudicial” que podría ser configurado tipo el procedimiento ante el Tribunal de Justicia Europeo (TJE).⁸⁴
- Introducir el acceso directo para particulares. Eso podría resultar en una percepción mejorada por parte de los ciudadanos de los Estados Partes del Mercosur.

IV. La visión institucional

Aunque dieciséis años después de que el Tratado de Asunción entrara en vigor, las instituciones del Mercosur todavía no alcanzaron un nivel tan desarrollado suficiente y necesario “para dirigir y administrar un mecanismo tan complejo como el de un mercado común”.⁸⁵ En cuanto a la visión institucional nos hallamos en medio de la matriz de combinaciones conceptuales ya mencionadas de *funcionalismo/institucionalismo* por una parte e *intergubernamentalidad/supranacionalidad* por la otra. Aparte de eso notamos que el Mercosur hoy en día consta en la mayoría de sus partes de elementos funcionalistas y a su vez configura una organización intergubernamental. No obstante, se trata de una Unión Aduanera imperfecta que representa el “caso extremo” referente a la línea divisora en particular entre las concepciones funcionalista e institucionalista y con importancia menor entre los modos estructurales de supranacionalidad e intergubernamentalidad. Pero justamente esta afirmación nos demuestra – a base de la historia explicada precedentemente – de que el Mercosur no sólo está en transición al perfeccionar el nivel de una Unión Aduanera, sino también se está convirtiendo en una agrupación más institucionalista y supranacional.

La primera señal respectiva para este cambio podría ser el reciente establecimiento del Parlamento del Mercosur⁸⁶, cuyos diputados serán elegidos directamente a partir de 2010. De hecho, se trata del sexto parlamento regional en el subcontinente sudamericano.⁸⁷ Las manifestaciones de los políticos encargados actualmente deja crecer la confianza en un posible incremento de profundidad en el Mercosur. Por ejemplo dijo el actual Vicepresidente de Uruguay, Nin Novoa, con motivo de la inauguración de dicho Parlamento, que el nuevo órgano del Mercosur subraya el carácter político que sería inherente a cada uno proceso de integración.⁸⁸ La posición opuesta sigue reiterando que el incremento de las plazas de los Estados Partes del Mercosur sea el objetivo único de este proceso de integración. Cada expansión en cuanto a la creación o al aumento de un aspecto político de la alianza económica resultaría compulsivamente en la pérdida de la independencia política de cada uno de los Estados Parte.⁸⁹ No obstante, ya existen otros órganos del Mercosur.⁹⁰

Si consideramos la posibilidad de desvincularse en cualquier momento, tenemos que preguntarnos, si se trata de una ventaja o una desventaja. Por una parte es cierto, que dado que existe esta salida de emergencia, los Estados Partes no precisan preocuparse referente a posibles consecuencias integrativas que no les gusten. Así no se desarrolla una coherencia compulsiva entre los integrantes compartiendo el mismo destino. Por otra parte este modo configura una medida idónea para ventilar tensiones o controversias infranqueables adentro de la agrupación. Sea como sea, en ciertos casos esta opción puede llevar a consideraciones como las de políticos uruguayos que pensaban en cambiar el estatus de la participación uruguaya plena a favor de una sencilla asociación en el Mercosur. Con esta maniobra querían facilitar que Uruguay pudiera acordar un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Como modelo se

⁸⁴ Compárese OLIVARES TRAMÓN, pág. 229 y sig.

⁸⁵ Véase MAGARIÑOS (1991), pág. 54.

⁸⁶ Véase COMISIÓN EUROPEA, pág. 18.

⁸⁷ Aparte del Parlosur ya existen los siguientes asambleas regionales: el Parlamento Latinoamericano, el Parlamento Andino, el Parlamento Centroamericano, el Parlamento Amazónico y no por último el Parlamento Indígena.

⁸⁸ Véase http://www.kas.de/proj/home/pub/61/1/year-2007/dokument_id-10872/index.html.

⁸⁹ Véase http://www.kas.de/proj/home/pub/61/1/year-2007/dokument_id-10872/index.html.

⁹⁰ Los principales son: el Consejo del Mercado Común (CMC) como órgano político; el Grupo Mercado Común (GMC) como órgano ejecutivo; la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) como órgano ejecutivo y político comercial; el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) como órgano jurisdiccional, pero sin poder jurídico compulsivo de sus opiniones consultivas; véase además: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/mercosul/estructura.html>.

remitieron a Chile.⁹¹ Pero con respecto a la situación total tanto comercial como política eso se parecería una automutilación económica. Teniendo en cuenta las vinculaciones comerciales mostradas, aunque se tratara de ventajas económicas y desventajas políticas, las ventajas que resultaran de los acuerdos con terceros países nunca podrían compensar las desventajas – por lo menos en el caso de Uruguay. Si se tratara de Brasil, sólo por ejemplo, hablamos de otras condiciones, como ya hemos visto.⁹²

En el próximo paso vamos a imaginarnos un Mercosur de tipo supranacional donde existan órganos comunitarios. Los integrantes se llamarían Estados Miembros y delegarían materias elementales de su soberanía a dichos órganos. Aquellos estarían encargados de la salvaguardia de los intereses de los integrantes. Ahora ganaría en importancia tanto la existencia como el funcionamiento de un procedimiento de votación, porque los Estados Miembros estarían interesados en guardar a ser posible la proporcionalidad en cuanto a su importancia individual. Dado que se representan como más o menos iguales, abandonarían decisiones de modo consensual y acordarían al adoptar decisiones con la mayoría de los votos. Por ende precisarían un mecanismo clave para asignar el número adecuado de votos correspondiente a dicha importancia, expresado por el nivel demográfico, el tamaño territorial y el volumen económico.

Si se tratara de una agrupación de integrantes desiguales, en cuanto a esos factores, será necesario que el reglamento de votación previera un mecanismo que los convirtiera proporcionalmente para que los votos de los representantes estatales finalmente correspondieran a dichos factores. Como nos demuestra el ejemplo europeo de los Estados del Benelux, el establecimiento de un procedimiento respectivo puede funcionar perfectamente de modo que los Estados pequeños disponen por lo menos de una minoría de bloqueo. Así pueden impedir que los Estados más grandes dominen los órganos del proceso de integración. Por el contrario aquellos Estados más grandes son protegidos de sorpresas por parte de los Estados más pequeños por la necesidad de alcanzar una “doble mayoría” – tanto del número de los votos en la votación respectiva como en cuanto a la población total de la agrupación.⁹³ De esta manera intentan evitar de ser posible que surjan incidencias significativas a causa de posibles asimetrías entre los integrantes. No obstante, semejantes asimetrías posiblemente pueden llevar a una promoción de los esfuerzos dentro del proceso de integración a causa de incentivos inherentes en forma de concesiones para cooperar.⁹⁴ Con estatutos o sea reglamentos organizadores poco modificados, los actuales órganos del Mercosur podrían cumplir estos requisitos, aparte del procedimiento de votación. Eso debería ser desarrollado expresamente y – como podemos constatar por último – configuraría un aspecto muy importante tanto institucional como institucionalista.

Venezuela que está esperando para alcanzar la plena participación en el Mercosur, aunque es el último país que se asoció. Esto depende solamente de las ratificaciones de los parlamentos de Brasil y de Paraguay. Normalmente significaría nada más que una formalidad. Sin embargo este caso contiene un cierto potencial de incertidumbre a causa de un posible futuro cambio fundamental del Mercosur después de un ingreso venezolano a la organización. Esto resulta tanto referido a la institucionalidad de la agrupación como en cuanto a su agenda exterior y propuestas venezolanas para nuevas tareas del Mercosur, por ejemplo la creación de una defensa militar común.⁹⁵ Con una retrospectiva muy breve a la visión jurídica, podemos preguntarnos en este contexto, qué significa el Protocolo de Ushuaia con su requisito de un gobierno demócrata. Es verdad, que el actual gobierno venezolano resulta de elecciones. Pero su conducta tanto en el interior – inventó la Presidencia por vida, restringió la libertad de los medios de comunicación (por ejemplo el reciente caso RCTV) etc. – como frente al exterior – insultó al senado brasileño por su vacilación en cuanto a la ratificación del acta participatoria venezolana al Mercosur – nos deja dudas en la sinceridad y fiabilidad del régimen venezolano. Por fin, Brasil es soberano también económicamente. No depende por ejemplo del petróleo venezolano. Quizás podría estrechar esta independencia a Paraguay. Entonces ambos países no necesitarían firmar el ingreso venezolano en el Mercosur como nuevo Estado Parte.

B. Resumen

El Mercosur es un conjunto de estados de distintas importancias económicas así como diferentes intereses. Si bien se trata de una organización o sea alianza económica, no configura un bloque económico.

91 Compárese LAVAGNA, pág. 31, que menciona que existen también correspondientes motivaciones en Argentina.

92 Compárese LAVAGNA, pág. 31.

93 De este modo funciona el sistema de “doble mayoría” en la Unión Europea según el Art. 205 pára. 2 Tratado de la Comunidad Europea. Compárese HERDEGEN, pág. 99.

94 Compárese MEYERS, pág. 423, punto 6. Con respecto a los asimetría adentro del Mercosur véase VENTURA, pág. 511 y sig.

95 Compárese RIOS/MADURO, pág. 64 y sig.

Para alcanzarlo los Estados Partes en primer lugar tendrían que querer y luego implementar una actuación homogénea y coherente con respecto a la situación económica en el interior del organismo así como frente a sus contrapartes internacionales. Para el futuro del Mercosur, en lo sucesivo podemos imaginarnos tres escenarios probables: profundización, estancamiento o fragmentación.⁹⁶

Es cierto que la profundización es la alternativa más ambiciosa, exigente y posiblemente utópica. Por otro lado parece que podría ser la más practicable, razonable y viable. La última evaluación se basa en la suposición del aumento permanente de la presión económica frente a cada macroeconomía. Para optimizar sus capacidades en cuanto al reaccionar adecuadamente los desafíos crecientes de la economía mundial los integrantes podrían mejorar su posición como plaza comercial significativa, etc. en forma más fácil, si se quedan agrupados.⁹⁷ No obstante tenemos que admitir que estas reflexiones son muy optimistas con respecto al desarrollo institucional del Mercosur.⁹⁸ Por eso vamos a completar nuestras consideraciones finales y pasamos al segundo escenario.

Cuando basamos nuestra suposición en el miedo de los Estados Partes con efecto de emancipación de la integración, hablamos de la preocupación en cuanto al famoso efecto "spill-over". Se dice, que sería inherente a cada proceso de integración de manera que no lo puede frenar después de su comienzo.⁹⁹ De hecho, en el Mercosur ya podemos notar que existe un excedente de instituciones o sea órganos aludiendo al cambio del sistema funcionalista al institucionalista y aun más de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad. El ejemplo clásico configura el Parlamento del Mercosur. Superan las preocupaciones de los integrantes, en el mejor de los casos sigue el estancamiento, en el peor la fragmentación de la agrupación.

Esta última alternativa significa el fracaso final del proceso de integración. Superaran los obstáculos de modo mentales o reales. En todo caso los integrantes de la agrupación antigua tienen dos opciones más – como ya hemos simulado: 1. agruparse de nuevo en una constelación modificada referente a la estructura o a los demás integrantes o 2. quedarse solos.

Los tres escenarios se pueden realizar. Pero sólo la profundización es deseable – por lo menos desde del punto de vista de un Europeo en 2007.

Concluimos que una integración sin delegación de ciertas partes del poder estatal a una organización integrativa superior no es un verdadero proceso de integración ni puede funcionar prácticamente, sino que está condenado a fracasar. Por eso para seguir desarrollando el Mercosur, sus integrantes tienen que crear de ser posible sobre todo una *conciencia común*, por lo menos una *conciencia económica común*. La única alternativa sería que los Estados Partes se queden cediendo a la influencia de los Estados Unidos, de Venezuela o de cualquier otra poder hegemonal de afuera.¹⁰⁰ Parece poco probable que quieran eso y, por fin, tampoco sería deseable.

96 En cuanto a las perspectivas del Mercosur, Peña, pág. 243 y sig., también preve tres escenarios, pero más negativos: irrelevancia ("irrelevance"), debilitación ("dilution") y consolidación ("consolidation"). La última alternativa parece similar a la ahí explicada profundización.

97 Compárese PEÑA, pág. 237.

98 CAETANO, pág. 150 y sig., aboga por una persistente profundización del Mercosur. Compárese además GARCÍA PELUFFO, pág. 67 y sig.

99 Véase MEYERS, pág. 442 y sig.

100 Compárese VENTURA, pág. 498.

Bibliografía

- BECK, Johannes
 "MERCOSUR: Ergebnisse und Aussichten der regionalen Integration in Südamerika", Köln, 1998
- BROCKHAUS, F. A.
 "Die Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden", vigésima edición, Leipzig, Mannheim, 1998 – Tomo 3, BED-BROM; Tomo 18, RAH-SAF
- BÜSSEM, Eberhard / NEHER, Michael
 "Arbeitsbuch Geschichte. Mittelalter (3. bis 16. Jahrhundert). Repetitorium", Tübingen, Basel, décima edición, 1995
- CAETANO, Gerardo
 "Mercosur: ¿quo vadis?", en: Diplomacia. Estrategia. Política, Nº 5, pp. 148-185, Brasilia, 2007
- COMISIÓN EUROPEA, Delegación en Uruguay y Paraguay
 "Unión Europea – Mercosur. El desafío de una integración regional", Montevideo, 2006.
- DA CONCEIÇÃO TAVARES, Maria / GOMES, Gerson
 "La CEPAL y la integración económica de América Latina" en: Revista de la CEPAL, Número extraordinario, Octubre 1998 – pp. 213-228 – (<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/19238/concei.htm>)
- DHONDT, Jan
 "Fischer Weltgeschichte. Band 10. Das frühe Mittelalter", Francfort/Meno, 1968
- FERNÁNDEZ, Wilson
 "Mercosur. Economía, Política y Estrategia en la Integración", primera edición, Montevideo, 1992
- FERNÁNDEZ REYES, Jorge E.
 "Curso de Derecho de la Integración. Los procesos de integración. El Mercosur", Montevideo, 2005
- FICHTE, Johann Gottlieb
 "Der geschloßne Handelsstaat" (publicado por primera vez en 1800), en: BATSCHA, Zwi / SAAGE, Richard, "Johann Gottlieb Fichte. Ausgewählte Politische Schriften", Frankfurt, 1977
- GARCÍA PELUFFO, Juan Ignacio
 "Algunos aspectos relevantes en la profundización del Mercosur", en: BARBATO, Celia, "Mercosur, una estrategia de desarrollo. Nuevas miradas desde la economía y la política", pp. 59-68, Montevideo, 2000
- GÖRTEMAKER, Manfred
 "Deutschland im 19. Jahrhundert. Entwicklungslinien", tercera edición, Bonn, 1989
- HERDEGEN, Matthias
 "Europarecht", novena edición, Munich, 2007
- JÖRGES, Hans-Ulrich
 "Der Kampf um den Euro. Wie riskant ist die Währungsunion? 41 Experten und Prominente streiten über das neue Geld", segunda edición, Hamburgo, 1998
- LAVAGNA, Roberto
 "Mercosur: Zona de Libre Comercio o Área de Decisiones Brasileña", en: BARBATO, Celia, "Mercosur, una estrategia de desarrollo. Nuevas miradas desde la economía y la política", pp. 29-38, Montevideo, 2000
- MAGARIÑOS, Gustavo (1991)
 "Uruguay en el Mercosur", Montevideo, 1991
- MAGARIÑOS, Gustavo (1994)
 "Comercio e integración. Mundo – continente – región. Tomo I", Montevideo, 1994
- METHOL FERRÉ, Alberto
 "El Mercosur es América del Sur. América del Sur ya es América Latina", en: Fundação Alexandre de Gusmão (Ed.), "O Mercosul e a Integração Sul-Americana: Mais do que a Economia. Encontro de Culturas", Fortaleza, 1997
- MEYERS, Reinhard
 "Theorien internationaler Kooperation und Verflechtung" en: WOYKE, Wichard (Editor), "Handwörterbuch Internationale Politik", Bonn, 1998, pp. 419-458
- MILL, John Stuart
 "Utilitarianism", Stuttgart, 1997 (edición alemana [Reclam] – fundada en la última versión original corregida del autor él mismo de 1871)

MILNER, Helen

"International Theories of Cooperation among Nation. Strengths and Weaknesses" en: *World Politics* 44 (1992), pp. 466-496

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto

"Argentina, Brasil y Estados Unidos. De la Triple Alianza al Mercosur", Buenos Aires, 2004

OLIVARES TRAMÓN, José Miguel

"Das Vorabentscheidungsverfahren des EuGH als Vorbild des Mercosur. Die Förderung einer effektiveren Gerichtsbarkeit im Mercosur", primera edición, Baden-Baden, 2006

ONCKEN, H. / SAEMISCH, F.M. (Editores)

"Vorgeschichte und Begründung des Deutschen Zollvereins 1815-1834. Akten der Staaten des Deutschen Bundes und der europäischen Mächte", Tomo 3, Berlin, 1934

PEÑA, Félix

"Understanding Mercosur and its Future", en: Roy, Joaquín / Domínguez, Roberto (editores), "The European Union and Regional Integration. A Comparative Perspective and Lessons for the Americas", pp. 235-245, Miami, 2005

RÍOS, Sandra / MADURO, Lucía

"Venezuelas Beitritt zum Mercosur", en: HOFMEISTER, Wilhelm, "Europa – América Latina. Nr. 24. Analysen und Berichte. Venezuelas Beitritt zum Mercosur", Río de Janeiro, 2007

ROBLES FRAGA, José María

"Mercosur y la Unión Europea", en: *Política Exterior*, 60, XI (1997), pp. 121 y sig.

SARRAZIN, Thilo

"Der Euro. Chance oder Abenteuer?", Bonn 1998

SEIBT, Ferdinand

"Die Begründung Europas. Ein Zwischenbericht über die letzten tausend Jahre", Bonn, 2005

VENTURA, Deisy

"Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea. Los desafíos de una asociación interregional", Montevideo, 2005



CONFERENCIAS Y CLASES

DELPIAZZO, Carlos E.

"La responsabilidad de ser universitario"



LA RESPONSABILIDAD DE SER UNIVERSITARIO ^{1(*)}

CARLOS E. DELPIAZZO ^{2(**)}

¿Qué puede decir un Profesor con más de treinta años ininterrumpidos en el ejercicio de la docencia a un grupo de profesionales jóvenes, sus familiares y amigos en un acto de graduación?

Seguramente nada nuevo o que sus alumnos no hayan oído ya a lo largo de los cursos o en el diálogo mano a mano como instrumento idóneo para hacer verdad la enseñanza personalizada ³⁽¹⁾ que nos esforzamos en practicar.

Siendo así, me limitaré a repetir algunas cosas viejas respecto a la responsabilidad de ser universitario, dichas desde la razón pero también desde el corazón en un acto tan emotivo como éste, en el que todos sentimos el impulso de expresar a cada uno de los que se gradúan que les deseamos lo mejor en la vida por venir.

I

Lo primero que quiero decirles es que sean universitarios auténticos. Una Universidad no es tal por sus edificios y equipamiento sino por su gente, especialmente sus Profesores, alumnos y egresados. Como bien se ha definido por un grande de nuestro tiempo ⁴⁽²⁾, la Universidad “es una comunidad académica que, de modo riguroso y crítico, contribuye a la tutela y desarrollo de la dignidad humana y de la herencia cultural mediante la investigación, la enseñanza y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales”.

Dicha comunidad se funda y encuentra su impulso vital originario en la búsqueda de la verdad en toda su extensión y plenitud. Esa universalidad ha de impregnar la vida del universitario en serio, manifestándose en la apertura a todos los hombres, sin discriminaciones, sabiendo convivir con los que piensan diferente, con lealtad, comprensión y sinceridad.

El amor a la verdad debe imbuir el trabajo todo del universitario, como una brújula que le muestre el camino por el cual transitar, que será el debido y no el más cómodo o aún el de la mayoría, en temas tan trascendentes como la defensa de la vida, la familia y los derechos fundamentales del hombre.

1 ^(*) Exposición pronunciada en el Acto Académico de Colación de Grados realizado el 18 de octubre de 2007.

2 ^(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica, y Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

3 Víctor GARCIA HOZ - “Educación personalizada” (Rialp, Madrid, 1981), 5ª edición renovada, pág. 19 y sigtes.

4 Juan Pablo II - “Constitución Apostólica sobre las Universidades Católicas de 15 de agosto de 1990 (Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1990), pág. 12.

II

Para ello, es necesario que sean libres. Según magistral enseñanza ⁵⁽³⁾, “un hombre no es propiamente libre cuando hace lo que quiere, sino cuando quiere lo que debe, puesto que la libertad no se refiere al hacer sino al querer. Y hace falta que la voluntad esté muy libre para aplicarse al deber que, a veces, no coincide con el gusto, ni con el capricho, ni con la comodidad ni con el interés. Es esta calidad de la libertad la que da la medida de la hombría, porque un hombre que lo sea de verdad hace lo que tiene que hacer, con ganas o sin ella, y además responde de sus actos, pues no hay libertad donde no existe responsabilidad”.

En la medida que la libertad permite elegir entre uno y otro curso de acción, es preciso asumir la consiguiente responsabilidad por cada opción que se toma sin echarle la culpa a los demás o al sistema o al gobierno o al país.

III

Asimismo, es propio de los universitarios que sean laboriosos, lo cual quiere decir que trabajen bien y que aprovechen el tiempo.

Es que el trabajo profesional no es sólo un medio de sustento personal y familiar sino que es originaria y radicalmente una cualidad o atributo inherente a la persona humana, que se realiza a través del mismo ⁶⁽⁴⁾. Es cierto que el trabajo cansa pero no es cierto que el trabajo es un mal sino que, por el contrario, es camino de crecimiento y perfeccionamiento: nos hace mejores personal y socialmente.

Ciertamente, la sociedad cambiaría si calara hondo en cada uno de sus miembros que el trabajo hecho lo mejor posible tiene un efecto multiplicador de superación personal y colectiva.

En ese sentido, es preciso aprovechar bien el tiempo, que es un bien muy valioso para quienes somos de vida finita. Por eso, el universitario no debe dejar espacio al ocio ni al aburrimiento. Distinto es el caso del descanso merecido. Pero no hay que olvidar que sólo descansa quien previamente se cansa a través del trabajo intenso. Perder el tiempo es una insensatez; ganarlo es vivir el momento presente sabiendo que la vida del hombre es una sucesión de continuos presentes, que el pasado ya no está a nuestro alcance y que el futuro no lo poseemos.

IV

En la medida que el trabajo tiene una dimensión no sólo personal sino social, debe ser un rasgo de los universitarios que sean serviciales.

La servicialidad debe manifestarse en primer lugar con los que están más cerca, es decir, con quienes integran su familia, una institución a la que debemos todo ⁷⁽⁶⁾. Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen. Según se ha destacado, “todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Todos nacemos, no de la tierra, sino de unos padres concretos... Por tanto, la filiación es una característica radical de la persona... Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece. Ser hijo significa, por tanto, tener padres, pertenecer a una familia de muchas generaciones (los abuelos son la presencia viva de la estirpe)” ⁸⁽⁶⁾.

5 Francisco BAUZA - “Estudios Constitucionales” (Biblioteca Artigas, Montevideo, 1953), pág. 369.

6 Mariano R. BRITO - “El trabajo: objeto y límite de la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, en Estudios sobre la Administración del Trabajo en el Uruguay (Montevideo, 1979), vol. II, pág. 18.

7 Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 37 y sigtes.

8 Ricardo YEPES STORK - “Fundamentos de Antropología” (EUNSA, Pamplona, 1996), págs. 285 y 286.

Por lo tanto, la familia es una institución natural y permanente, que constituye “el lugar de la persona”⁹⁽⁷⁾. En ella, el hombre nace, crece, se educa, se casa, cría a sus hijos y finalmente muere.

“En la familia se aprende a vivir. La familia es la principal tarea humana, tanto pasiva (la niñez) como activa (la madurez): en ella se pueden llevar a la plenitud algunas de las dimensiones humanas más radicales. La familia proporciona un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica, etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.)”¹⁰⁽⁸⁾.

En segundo lugar, la servicialidad del universitario debe darse en los distintos ambientes en los que se desempeñe: el lugar de trabajo, el club, el barrio, la parroquia.

Pero hay una manifestación de la servicialidad que hoy no goza de mucho crédito entre los jóvenes y que es fundamental para una sociedad democrática y sana. Me refiero a la actividad política, probablemente una de las más nobles formas de servicio al bien común.

De poco sirve criticar si no se está dispuesto a comprometerse por los demás en el nivel que cada uno juzgue apropiado, teniendo en cuenta que el poder y la autoridad no son fines en sí mismos sino que sólo tienen un sentido instrumental que nada agrega al que lo ejerce pero que, mal usado, puede sumirlo rápidamente en la autocomplacencia, la corrupción y aún la tiranía.

V

Por otra parte, es responsabilidad de los universitarios que sean profundos, es decir, que siempre “vayan a más”. Vivimos en un mundo que prioriza lo inmediato y lo superficial. Frente a ello, el universitario que se precie de serlo no debe conformarse con lo básico sino que debe ampliar permanentemente sus conocimientos y capacidades.

No en vano aquel gran hombre y jurista que fue Eduardo J. Couture incluyó como el primero de sus célebres Mandamientos del Abogado, “Estudia”¹¹⁽⁹⁾, poniendo así de manifiesto que la vida del universitario es un continuo aprendizaje que no termina con la graduación sino que se prolonga por toda la vida y del cual va a depender en buena medida la ubicación de cada quien en su ambiente de desempeño.

Pero en el mundo de hoy la profundidad requerida al universitario debe manifestarse también en su conducta madura frente a los adversarios actuales de la Ética, los cuales están muy metidos en la sociedad contemporánea y se advierten, entre otros, en los siguientes síntomas¹²⁽¹⁰⁾: el refugio en lo colectivo, lo que permite escudarse en que “todos lo hacen”; el cultivo de lo efímero e inmediato, trasladando al campo de las relaciones humanas el “use y tire” que propicia el consumismo y que conduce a mirar sólo lo útil o a corto plazo, sin que importen las consecuencias en el mediano o largo plazo; y el amparo en el cinismo ridiculizante que utiliza el humor corrosivo, la ironía o la ridiculización para degradar los comportamientos virtuosos, riéndose de la lealtad por considerarla aburrida, reputando la honestidad como perimida y propia de fracasados, burlándose de la laboriosidad por considerarla síntoma de inmadurez, y trivializando el amor como algo que “se hace” y no que “se da”.

9 Adolfo GELSI BIDART - “La familia y el Derecho”, en A.A.V.V. - “El Derecho y la Familia” (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 248.

10 Ricardo YEPES STORK - ob. cit., págs. 284 y 285.

11 Eduardo J. COUTURE - “Los Mandamientos del Abogado” (Montevideo, 1956), pág. 23 y sigtes.

12 Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS - “Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado” (U.M., Montevideo, 2006), pág. 90 y sigtes.

VI

Para que los universitarios sean exitosos en todos los frentes, será necesario, además, que sean virtuosos. Según la enseñanza aristotélica, las virtudes son hábitos operativos buenos, por lo que nadie nace virtuoso sino que las virtudes se van alcanzando mediante esfuerzo, lucha y educación. Precisamente, la madurez humana a nivel natural es consecuencia del desarrollo armónico de las virtudes humanas¹³⁽¹¹⁾ y, en el desempeño profesional, son necesarias la generosidad, la fortaleza, la perseverancia, el orden, el respeto, la sinceridad, la lealtad, la laboriosidad, la paciencia, la justicia, la obediencia y la humildad.

El reverso de la moneda de cada una de esas virtudes es un defecto, y es necesario no acostumbrarse a esos vicios sino luchar personal y colectivamente contra ellos; el tolerar el egoísmo, la debilidad, la negligencia, el desorden, la irreverencia, la mentira, la deslealtad, la pereza, la injusticia, la desobediencia, la soberbia y la viveza criolla desembocan en la corrupción. Corrupción significa echar a perder o pudrir; “una sociedad y un país que se acostumbra a estas prácticas y actitudes y las toma como normales, es una sociedad y un país que terminan pudriéndose... No hay duda entonces que para evitar este tipo de acostumbraamientos hay que desarrollar virtudes y tener ideas y principios claros en la cabeza. Ello implica formar la conciencia primero y no engañarla después”¹⁴⁽¹²⁾.

VII

En particular, es propio de los universitarios que sean optimistas porque la búsqueda de la verdad es una empresa positiva y alegre, que permite descubrir a cada paso (en lo cotidiano y en lo importante) el lado bueno de las cosas.

Pero no hay que confundir el optimismo de quien vive con alegría con la circunstancial visión positiva producida por la algarabía de un momento (a veces buscada en el ruido, que apaga el silencio necesario para la reflexión sobre el verdadero sentido de la vida). El espíritu universitario provee de medios para afirmar el optimismo y llevar con alegría el ejercicio de la vocación profesional elegida.

VIII

Aquí y ahora es preciso pedir a los universitarios que sean patriotas, no sólo para que se queden en el país sino para que sean agentes de cambio.

Vivimos en un país que pudo haber sido rico y culto en otro tiempo pero que ya no lo es: no crece o crece poco y muchos compatriotas -los más calificados- se van.

Frente a esa realidad, es propio del buen universitario no apostar al destino, a un milagro o a la casualidad sino construir el provenir con sacrificio y generando causas de progreso, queriendo al país como algo propio -que lo es- y no como algo ajeno que depende de gobernantes y administradores. ¿Qué dirían nuestros próceres de estas generaciones? Dejo a cada uno la respuesta, pero estoy seguro que a todos nos ha pasado de leer en páginas de la historia afirmaciones de hace más de un siglo que aplican al día de hoy casi perfectamente. ¿No será que no hemos hecho cada uno lo que teníamos que hacer?

13 David ISAACS - “La educación de las virtudes humanas” (Eunsa, Pamplona, 1988), pág. 40 y sigtes.

14 Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS - “Un torneo de nuestros tiempos. Ética profesional ¿por qué y para qué?”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 78.

IX

Además, somos pocos y nuestra escasa población no crece, lo que revela una sociedad sin dinámica, con tendencia al envejecimiento, que no retiene a sus jóvenes ni atrae emigrantes de otros países. Parecería que nosotros mismos no tenemos confianza en nuestras propias fuerzas. He aquí una causa noble para invocar “la celeste” y “la garra charrúa”: luchar por algo nuestro y que importa, cambiando a este querido país desde el lugar que a cada uno le corresponda.

Por eso, quiero pedirles que no envejezcan. Envejecer quiere decir perder la juventud y alude a lo superado, antiguo o pasado de moda. Por lo tanto, no envejece quien mantiene los valores de la juventud. Si es verdad que “el envejecimiento comienza cuando lo accesorio le gana a lo esencial”¹⁵⁽¹³⁾, entonces es posible la eterna juventud; sólo que requiere de sabiduría.

La vida bien empleada en pos de ideales nobles es un medio de perfeccionarse en vez de envejecer. Se atribuye al General Mac Arthur haber dicho que “Los años arrugan la piel; renunciar a nuestros ideales arruga el alma”. No dejen arrugar el alma y vivan una juventud pujante, ahora y siempre.

X

Finalmente, quiero desearles que sean felices -que sean muy felices- y asegurarles que lo serán si viven su condición de profesionales universitarios con simplicidad y altruismo, sabiendo lo que quieren y queriéndolo con pasión, de manera de identificar el trabajo con el placer.

¡Qué Dios los bendiga!

Amén.

15 Jean GUITTON - “Sabiduría cotidiana. El libro de las virtudes recuperadas” (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2002), pág. 192 y sigtes.





JURISPRUDENCIA COMENTADA

*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
16 de octubre de 2003*

DELPIAZZO ANTON

Gabriel - "Censura de la huida del Derecho Administrativo a través de sociedades comerciales"



SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 16 DE OCTUBRE DE 2003 ⁽¹⁾

«Incumplimiento de Estado - Contratos públicos - Directiva 93/37/CEE - Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras - Sociedad mercantil estatal regulada por el Derecho privado - Objeto social consistente en la ejecución de un plan de amortización y de creación de centros penitenciarios - Concepto de entidad adjudicadora»

En el asunto C-283/00,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. G. Valero Jordana, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandante, contra

Reino de España, representado por la Sra. M. López-Monís Gallego, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo, parte demandada, que tiene por objeto que se declare que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y cuyo montante sobrepasa ampliamente el umbral previsto por la Directiva, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva y, más concretamente,

CENSURA DE LA “HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO” A TRAVÉS DE SOCIEDADES COMERCIALES

GABRIEL DELPIAZZO ANTÓN*

Sumario: I. Contexto en el que recae la sentencia. II. El caso que motiva la sentencia. III. Distintas posiciones. IV. Los fundamentos del fallo. 1) La cuestión planteada. 2) Criterios fijados por el Tribunal. 3) Aplicación de los criterios al caso. 4) El fallo. V. Trascendencia de la sentencia.

a las normas de publicidad previstas en el artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),
integrado por el Sr. J.-P. Puissochet, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen y V. Skouris (Ponente),
la Sra. N. Colneric y el Sr. J.N. Cunha Rodrigues, Jueces;
Abogado General: Sr. S. Alber;

Secretario: Sr. R. Grass;
visto el informe del Juez Ponente;
oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 7 de noviembre de 2002;
dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de julio de 2000, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 226 CE, un recurso con objeto de que se declare que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (en lo sucesivo, «SIEPSA»), sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y cuyo montante sobrepasa ampliamente el umbral previsto por la Directiva, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en

I. Contexto en el que recae la sentencia

De acuerdo a lo que releva la doctrina actual, “uno de 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”.¹

En efecto, la creación por parte de las Administraciones públicas de personificaciones jurídico-privadas -en especial, de sociedades mercantiles- para cumplir con la realización de fines meridianamente públicos, se ha vuelto una realidad en los últimos años.

Se invoca como justificación de este alejamiento conciente del Derecho Administrativo, la necesidad de que la Administración actúe en el mercado en paridad con las entidades privadas, para lo cual, es menester adoptar formas de organización lo más cercanas posibles a las utilizadas por éstas, que aseguren, sobre todo, la celeridad de decisión, y la simplificación en el actuar que los nuevos cometidos exigen imperiosamente.²

1 * Egresado de los cursos del Programa Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Cursante del Master Oficial en Derecho Público en la Universidad Carlos III (Madrid). Miembro de la Sección Uruguaya del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas.

Antonio TRONCOSO REIGADA – “Privatización, empresa pública y Constitución”, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 29.

2 Julio Rodolfo COMADIRA y Héctor Jorge ESCOLA – “Derecho Administrativo Argentino”, Porrúa, México, 2006, pág. 221.

virtud de dicha Directiva, al no someterse al conjunto de sus disposiciones y, más concretamente, a las normas de publicidad previstas en el artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2.

El segundo considerando de la Directiva 93/37 indica que «la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras celebrados en los Estados miembros por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de otros organismos de derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras».

3.

A tenor del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37:

«se entenderá por *poderes adjudicadores*: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

organismo de derecho público: cualquier organismo:

- creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y

En definitiva, se busca desadministrativizar determinadas entidades, haciéndolas actuar como las empresas privadas, con sujeción al derecho privado, y, por tanto, con un mayor nivel de agilidad y flexibilidad,³ desobligándolas de la rutina y rigidez propia de la organización pública estatal.⁴

La cuestión problemática se plantea cuando dicho obrar administrativo mediante entidades no sujetas formalmente al Derecho público, supone para la Administración el autoeximirse de las cargas consiguientes (y que la propia Constitución impone sin equívocos) al ejercicio de los poderes públicos,⁵ ya sea la evasión de controles presupuestarios, la limitación de su responsabilidad⁶ o, en lo que interesa al presente comentario, el escape del ámbito de aplicación del régimen de contratación pública.

Este último aspecto ha sido objeto de especial atención y preocupación desde el Derecho comunitario, el cual, mediante diversas directivas⁷, ha impulsado el sometimiento de la contratación pública (sea de “empresas públicas” o de “organismos de Derecho público”) a principios y criterios de adjudicación de los contratos públicos de aplicación general, cuyas definiciones se interesan más por la sustancia que por la forma jurídica de la entidad adjudicadora.⁸

3 Juan Alfonso SANTA MARÍA PASTOR – “Principios de Derecho Administrativo General, Iustel, Madrid, 2005, tomo I, pág. 703.

4 Benigno ILDARRAZ, Alberto R. ZARZA MENSAQUE y Claudio Martín VIALE – “Derecho Constitucional y Administrativo”, Eudecor, Argentina, 2001, pág. 382.

5 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA – “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas” en Revista Española de Derecho Administrativo, Año 2003 (octubre - diciembre), Nº 120, pág. 668.

6 Juan Carlos CASSAGNE – “Derecho Administrativo”, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, tomo I, pág. 364.

7 Ver: Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; todas las cuales han sido unificadas en la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

8 Así: Alfonso PÉREZ MORENO – “La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público” en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, A.A.V.V., Civitas, Madrid, 1996, pág. 860.

- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.

En el Anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra. Dichas listas son lo más completas posible y podrán ser revisadas según el procedimiento previsto en el artículo 35. [...]»

4.

El artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, de la Directiva 93/37 establece:

«2. Los poderes adjudicadores que deseen adjudicar un contrato público de obras a través de un procedimiento abierto, restringido o negociado, en los casos contemplados en el apartado 2 del artículo 7, darán a conocer su intención por medio de un anuncio.

[...]

6. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 se ajustarán a los modelos que figuran en los Anexos IV, V y VI y precisarán la información que en éstos se solicita.

Los poderes adjudicadores no podrán exigir más condiciones que las establecidas en los artículos 26 y 27 cuando soliciten las informaciones relativas a las condiciones de carácter económico y técnico que exigen a los contratistas para su selección [...].

7. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 serán enviados por los poderes adjudicadores a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. [...]

[...]

Entre dichas directivas, procede hacer referencia, a los efectos del presente análisis, a la N^o 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, dado que es su correcta incorporación por el Reino de España lo que se discute en el litigio que culmina con la sentencia que se comenta.

A ello debe agregarse que, desde la década de los noventa, la Comisión Europea ha manifestado, en su calidad de guardiana de los Tratados, su compromiso de “seguir un enfoque más activo y menos reactivo” frente a los incumplimientos de las directivas sobre contratación pública⁹, a fin de “crear las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación, conseguir una utilización racional del erario público mediante la elección de la mejor oferta, facilitar a las empresas el acceso a un mercado único que ofrezca extensas zonas de ventas, y reforzar la competitividad de las empresas europeas como resultado de todo el proceso”¹⁰.

En este contexto, se produce el litigio entre la Comisión Europea y el Reino de España que culmina con la sentencia objeto del presente comentario. Los apartados siguientes se dedicarán a la reseña del caso y de las alegaciones de las partes, para luego ingresar al análisis de los fundamentos de la sentencia.

9 Así: Comunicación de la Comisión sobre “La Contratación Pública en la Unión Europea” de 11 de marzo de 1998 (COM/98/0143), pág. 13.

10 Así: Comunicación de la Comisión sobre “La Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” de 27 de noviembre de 1996 (COM/96/0583), pág. 3.

11. La publicación de los anuncios en los diarios oficiales o en la prensa del país del poder adjudicador no deberá producirse antes de la fecha de envío a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y deberá mencionar dicha fecha. [...]»

5.

El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 93/37 está redactado en los siguientes términos:

«En los procedimientos abiertos, los poderes adjudicadores determinarán el plazo de recepción de las ofertas de forma que no sea inferior a cincuenta y dos días a contar desde la fecha de envío del anuncio.»

6.

A tenor del artículo 18 de la Directiva:

«La adjudicación del contrato se efectuará con arreglo a los criterios establecidos en el capítulo 3 del presente título, habida cuenta las disposiciones del artículo 19, una vez verificada la aptitud de los contratistas que no hayan sido excluidos en virtud del artículo 24. Dicha verificación será efectuada por los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica, financiera y técnica contemplados en los artículos 26 a 29.»

7.

El artículo 24 de la Directiva 93/37 establece en particular:

«Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo contratista:

a) que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales;

II. El caso que motiva la sentencia

La situación que motiva el litigio de referencia tiene su origen en la creación, por parte del Ministerio del Interior, de una sociedad mercantil anónima con la finalidad de construir y equipar todas las prisiones dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de dicha Secretaría de Estado.

En efecto, de acuerdo a sus Estatutos, esta sociedad, denominada Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (SIEPSA), tiene por objeto “el desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, aprobado por el Consejo de Ministros (...), en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros y dependencias penitenciarias, ya sea por sí o mediante terceros (...), desarrollando en particular las siguientes operaciones de acuerdo con las directrices emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: ... d) convocar y adjudicar los contratos para la ejecución de las obras por los procedimientos legalmente establecidos, así como realizar las actuaciones necesarias relativas a la dirección de obras, control de calidad, mediciones, certificaciones y supervisión...”

Al amparo de esta disposición estatutaria, en abril de 1997 SIEPSA convocó a un concurso para adjudicar un contrato de obras en Segovia, cuyo objeto era la construcción de un Centro Educativo Experimental por valor superior a los cuatro mil millones de pesetas, y lo anunció solamente en un diario de Madrid (Diario El País de 3 de abril de 1997).

- b) que sea objeto de un procedimiento de declaración de quiebra, de liquidación, de intervención judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales;
- c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a la moralidad profesional del contratista;
- d) que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar;
[...]
- g) que se le considere culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar los informes exigidos en aplicación del presente capítulo.
[...]

8.

A tenor del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 93/37:

«1. La justificación de la capacidad técnica del contratista podrá acreditarse:

[...]

c) por una declaración mencionando el utillaje, el material y el equipo técnico del que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra;

[...]

e) por una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.»

9.

Del artículo 29, apartado 3, de la Directiva 93/37 se desprende que la inscripción en las listas oficiales certificada por los organismos competentes constituirá una presunción de aptitud ante los

Tal convocatoria motivó una denuncia ante la Comisión Europea, en el entendido de que habría incumplido el procedimiento de adjudicación que pauta la referida Directiva 93/37,¹¹ principalmente respecto a las siguientes exigencias:

- a) falta de publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (art. 11);
- b) vulneración del plazo mínimo de 52 días requerido para la recepción de las ofertas (art. 12);
- c) apartamiento de los criterios de selección y adjudicación fijados (arts. 18, 24, 27, 29 y 30); y
- d) desconocimiento del régimen especial de tratamiento de las ofertas anormalmente bajas (art. 30).

En virtud de dicha denuncia, la Comisión llamó la atención de la autoridades españolas sobre los incumplimientos mencionados, sin perjuicio de lo cual, éstas respaldaron la actuación de SIEPSA, invocando la libre actuación de las sociedades mercantiles públicas.

Frente a esta situación, la Comisión decidió interponer ante el Tribunal de Justicia el recurso por incumplimiento de los Estados que prevé el artículo 226 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.¹²

11 Actualmente incorporada a la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

12 Dicho art. 226 establece que "Si al comisión estimarse que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia".

poderes adjudicadores de los demás Estados miembros, en particular en el caso de las letras b) y d) del artículo 27, para las obras que correspondan a la clasificación de un contratista.

10.

El artículo 30, apartados 1 y 4, de la Directiva 93/37 establece:

«1. Los criterios en que se basará el poder adjudicador para la adjudicación de los contratos son:

a) o bien únicamente el precio más bajo;

b) o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.

[...]

4. Si, para un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja, con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta, y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones presentadas.

El poder adjudicador podrá tomar en consideración las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, o a las soluciones técnicas que se hayan adoptado, o a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras, o a la originalidad del proyecto.

Si los documentos relativos al contrato disponen la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador deberá comunicar a la Comisión el rechazo de las ofertas que se consideren demasiado bajas.

[...]

III. Distintas posiciones

Los argumentos esgrimidos por la Comisión para sustentar dicho recurso ante el Tribunal de Justicia apuntaron a demostrar, como punto de partida para alegar los mencionados incumplimientos de la Directiva 93/37, que la actuación de SIEPSA se encontraba plenamente sometida a las disposiciones de la misma.

El ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva resulta delimitado por su artículo 1º, lit. b),¹³ al definir como “poderes adjudicadores” a los siguientes sujetos: “el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”.

Asimismo, entiende como “organismo de Derecho público” cualquier organismo que cumpla con tres características:

a) “creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”;

b) “dotado de personalidad jurídica”; y

c) “cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

¹³ Actual art. 2, num. 1º, lit. a), de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

11.

El anexo I, parte V, de la Directiva 93/37 contiene la lista de las categorías de organismos de Derecho público a los que se refiere el artículo 1, letra b), en relación con España. Se trata de las siguientes categorías:

- «- Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social,
- Organismos Autónomos de la Administración del Estado,
- Organismos Autónomos de las Comunidades Autónomas,
- Organismos Autónomos de las Entidades Locales,
- Otras entidades sometidas a la legislación de contratos del Estado español»

12.

El artículo 1, puntos 1 y 2, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), está redactado en los siguientes términos:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) *poderes públicos*: el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por una o varias de dichas entidades o de dichos organismos de Derecho público.

Se considerará como organismo de Derecho público, cualquier organismo que:

- haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no sea[n] de carácter industrial o comercial,
- tenga una personalidad jurídica propia, y
- esté financiado, mayoritariamente, por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público; o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros

La Comisión consideró que SIEPSA verifica cada una de las notas referidas, por lo que estaba sometida a las reglas de procedimiento exigidas por la Directiva al momento de contratar.

Asimismo, agrega que tal conducta de SIEPSA, violatoria de la Directiva 93/37, es imputable al Reino de España, ya que la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea de alcanzar el resultado que una Directiva prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 del Tratado¹⁴, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros.¹⁵

Por su parte, los argumentos esgrimidos por el Reino de España buscaron demostrar la inexistencia de incumplimiento alguno, ya sea respecto al procedimiento de adjudicación pautado por la Directiva como a su obligación de trasponer adecuadamente las Directivas comunitarias.

En primer lugar, el Gobierno español sostuvo que, por ser la entidad convocante del concurso una sociedad mercantil, no podía ser catalogada como "organismo público" de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 1º, lit. b), de la Directiva, que excluye expresamente de tal naturaleza a las entidades que "tengan carácter industrial o mercantil" (primera nota característica). Por lo tanto, concluye que SIEPSA quedaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva y, consecuentemente, no se encontraba sujeta a las reglas de procedimiento preceptuadas en la misma, sino al régimen privado propio de las sociedades mercantiles.

14 El art. 10 del Tratado constitutivo de la CE dispone: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado".

15 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Comisión contra Irlanda, Asunto C-353/96, que sostiene que las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de una entidad adjudicadora no fuera imputable al Estado miembro de que se trate (apartado 23).

son nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público;

2) *empresas públicas*: aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

- tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o
- dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o
- puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa».

Normativa nacional

Régimen general aplicable a SIEPSA

13.

La adaptación del Derecho interno español a la Directiva 93/37 se realizó mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n. 119, de 19 de mayo de 1995, p. 14601; en lo sucesivo, «Ley 13/1995»).

14.

El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley 13/1995 establece:

«2. Se entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local.

En segundo lugar, la defensa española señaló que la Directiva 93/37 había sido correctamente incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas,¹⁶ la cual, al delimitar su ámbito de aplicación subjetiva, incluyó a todas las “entidades Derecho público” que verifiquen las tres notas características dispuestas por la Directiva.¹⁷

Alega, además, que esta Ley hace referencia expresa a “las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de Derecho público” en su Disposición Adicional Sexta, exigiendo únicamente a éstas que ajusten su actividad contractual “a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. Ambos principios habrían sido respetados en el caso.¹⁸

16 Actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual, a su vez, ha sido derogado por la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, manteniendo su vigencia hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que entrará en vigor esta última.

17 El art. 1º de la Ley 15/1995 establece en su num. 3º que: “Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos: a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público.”

18 Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de España había sostenido, en su Informe 24/95 de 24 de octubre de 1995, que “la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no supone en modo alguno la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto, lo hubiera consignado expresamente. ... será la propia Empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos...”.

3. Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.»

15.

La disposición adicional sexta de esta misma Ley, titulada «Principios de contratación en el sector público», es del siguiente tenor:

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.»

16.

Procede señalar que, tras la interposición del presente recurso, el Reino de España adoptó, mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE n. 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775), una nueva versión refundida de dicha Ley que se limita, no obstante, a reunir y ordenar las disposiciones anteriores sin alterar su sustancia.

Por ende, España concluye que las sociedades mercantiles bajo control público, como SIEPSA, están excluidas del ámbito de aplicación subjetivo tanto de la normativa española como de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.

*A nivel doctrinario, la cuestión también ha motivo discrepancias. Por un lado, se ha destacado que, "en lo que concierne al régimen jurídico de estas entidades resulta claro que, en principio, es de derecho privado, comercial en la especie, lo cual no significa que no puedan coexistir conjuntamente algunas relaciones de Derecho público que impliquen una derogación o excepción al régimen común que las caracteriza".*¹⁹

Sin embargo, hay quienes han sostenido que estas personas jurídicas deben estar sometidas íntegramente al Derecho público. Porque "los sujetos que son creados para cumplir con cometidos públicos, es decir, con cometidos que corresponden al sector público del ordenamiento -ya sea por naturaleza o porque fueron asumidos así por dicho sector- son personas públicas".²⁰ "Estas sociedades públicas están incardinadas en el tejido mismo de la Administración, al formar parte de su propio dispositivo organizativo".²¹

"Aquí se enjuicia ya un caso concreto, y bien expresivo, ciertamente, el de la actuación de una pretendida sociedad mercantil del Ministerio del Interior, con la que éste ejerce inequívocas funciones públicas aunque con libertad total, sometida solo a las reglas formales del Derecho privado y ello por el solo título de la forma de personificación de dicha entidad instrumental".²²

19 Juan Carlos CASSAGNE - "Derecho Administrativo" cit., pág. 365. En el mismo sentido: Julio Rodolfo COMADIRA y Héctor Jorge ESCOLA - "Derecho Administrativo Argentino" cit., pág. 222.

20 Rodolfo Carlos BARRA - "Tratado de Derecho Administrativo", Abaco, Buenos Aires, 2003, tomo II, págs. 182 y 183. En el mismo sentido: José Roberto DROMI - "Derecho Administrativo Económico", Buenos Aires, 1977, tomo I, pág. 37.

21 Francisco SOSA WAGNER - "El Contrato Público de Suministro", Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág. 105.

22 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA - "Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas" cit., pág. 668.

17. El artículo 2, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su versión modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE n. 12, de 14 de enero de 1999, p. 1739; en lo sucesivo, «Ley 30/1992») dispone lo siguiente:
«Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.»
18. De la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE n. 90, de 15 de abril de 1997, p. 11755; en lo sucesivo, «Ley 6/1997»), resulta que las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, cualquiera que sea su forma jurídica, salvo en las materias en las que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación y que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.
19. Por otra parte, SIEPSA se rige concretamente por el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (BOE n. 234, de 29 de septiembre de 1988, p. 28406), por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE n. 310, de 27 de diciembre de 1989, p. 40012), por la legislación general relativa a las sociedades anónimas y por sus Estatutos. Los Estatutos de SIEPSA

IV. Los fundamentos del fallo

1) La cuestión planteada

Así trabada la litis, la cuestión que se planteó como problemática fue la de determinar si SIEPSA había sido creada para satisfacer necesidades de interés general que tuvieran -o no- carácter industrial o mercantil.

En efecto, el Tribunal advierte en el apartado 70 de la sentencia que, “En el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37 [personalidad jurídica y sujeción al control público, respectivamente], disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil”.

De comprobarse dicho carácter, la entidad quedaría, de acuerdo con las disposiciones citadas, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva en cuestión y de la Ley española de Contratos de las Administraciones Públicas. En el caso contrario, ésta verificaría todas las notas constitutivas de una “organismo público”, quedando en tal carácter sujeta a las mismas, y, por ende, faltando a su cumplimiento.

20. SIEPSA es una sociedad estatal creada mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 1992 bajo la forma de sociedad anónima mercantil. Inicialmente creada con una duración de ocho años, se transformó en sociedad por tiempo indefinido a raíz de una modificación de sus Estatutos en octubre de 1999. A principios del año 2000, su capital ascendía a 85.622.000.000 de pesetas, íntegramente suscrito y desembolsado por el Estado español como accionista único.
21. De acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, la sociedad está dirigida y representada por un Consejo de Administración. Los ocho miembros de dicho Consejo son designados por la Junta General de accionistas, a propuesta de los Ministerios de Justicia, de Economía y de Hacienda. El Consejo de Administración nombra a su Presidente, eligiéndolo entre los Consejeros propuestos por el Ministerio de Justicia.
22. El objeto social de SIEPSA, tras la modificación estatutaria de 17 de julio de 1998, es el siguiente: «1. El desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que contiene o pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros [...], en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros y dependencias penitenciarias, ya sea por sí o mediante terceros, así como a la amortización o enajenación de los bienes inmuebles y Centros que, previa desafectación de servicios o fines penitenciarios, le sean aportados de acuerdo con las previsiones del Plan, desarrollando, en particular, las siguientes operaciones de acuerdo con las directrices emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias:
- a) Realizar cuantas actividades de asesoramiento y gestión urbanística se precisen para el desarrollo del citado Plan, así como colaborar con entidades públicas o privadas a los efectos anteriores.

2) Criterios fijados por el Tribunal

El valor de la sentencia que se comenta radica en que establece los criterios que el Tribunal considera relevantes para determinar el carácter industrial o mercantil de las sociedades de capital público. Éstos recogen los lineamientos contenidos en diversas sentencias dictadas por el Tribunal en la materia, por lo que constituyen una postura jurisprudencial decantada a lo largo de los años y frente a diferentes casos.

En este contexto, la sentencia hace referencia a los siguientes criterios:

a) el concepto de “organismo público” como poder adjudicador -y, por ende, sus notas características- debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (apartado 73);²³

b) el concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (apartado 79);²⁴

c) constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil aquellas que no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado (apartado 80);²⁵

23 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España, Asunto C-214/2000; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/2000; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, Asunto C-470/1999; de 1 de febrero de 2001, Comisión contra Francia, Asunto C-237/1999; de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, Asunto C-360/1996; y de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, Asunto C-44/1996.

24 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/2000.

25 Así: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2003, Korkhonen y otros, Asunto C-18/2001; y de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, Asunto C-373/2000.

- b) Localizar y adquirir los inmuebles precisos, o adecuar, en su caso, los que resulten aptos para la instalación de los nuevos centros o dependencias penitenciarias, así como realizar el pago de las adquisiciones efectuadas por la Administración Penitenciaria por cualquier medio y para el expresado fin.
- c) Redactar los proyectos de ejecución de las obras, realizar el replanteo de las mismas y preparar las condiciones de licitación de las obras que se contraten.
- d) Convocar y adjudicar los contratos para la ejecución de las obras por los procedimientos legalmente establecidos, así como realizar las actuaciones necesarias relativas a la dirección de las obras, control de calidad, mediciones, certificaciones y supervisión, y todo lo referente al equipamiento y material auxiliar, con la colaboración de los facultativos designados por la Administración Penitenciaria.
- e) Promover y ejecutar las obras de urbanización, construcción, edificación, dotación, así como el equipamiento que sean precisos para la puesta en servicio de los nuevos centros y dependencias penitenciarios.
2. Enajenar los bienes inmuebles y Centros Penitenciarios que, desafectados del servicio o fines penitenciarios, le sean aportados por el Estado [...], los cuales, en los casos en que así se estime oportuno para mejorar su aprovechamiento y valor de enajenación, podrán ser objeto de cesión parcial a las Corporaciones Locales interesadas o de permuta por otros pertenecientes a éstas, con las que se podrán establecer Acuerdos de colaboración que permitan dicha mejora y la satisfacción de necesidades de su competencia. Los fondos que se obtengan por la realización de estas actividades serán aplicados a la financiación de las actividades previstas en el Plan [...].»

d) tampoco revisten tal carácter aquellas necesidades que, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (apartado 80);²⁶ y

e) la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la misma (apartado 81).²⁷

De acuerdo con tales criterios jurisprudenciales, procedió el Tribunal al examen y resolución del caso planteado.

3) Aplicación de los criterios al caso

Para concluir que las necesidades de interés general que SIEPSA pretendía satisfacer no revestían un carácter industrial o mercantil, el Tribunal aplicó cada uno de los referidos criterios al caso en cuestión.

En primer lugar, de acuerdo con el referido *criterio funcional*, el Tribunal subraya que, “para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo público en el sentido del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esa Directiva” (apartado 74).

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

Procedimiento administrativo previo

23.

La Comisión recibió una denuncia relativa a un procedimiento de adjudicación de un contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocado por SIEPSA de acuerdo con el proyecto aprobado por el Ministerio de Justicia e Interior, con un presupuesto máximo de 4.392.399.500 pesetas, IVA no incluido. La licitación para el procedimiento de que se trata se había publicado en el diario «El País» del 3 de abril de 1997.

24.

Mediante escrito de 24 de septiembre de 1997, la Comisión llamó la atención de las autoridades españolas sobre el hecho de que en dicha licitación se habían ignorado numerosas disposiciones de la Directiva 93/37.

25.

En su respuesta de 17 de diciembre de 1997, las autoridades españolas sostenían que SIEPSA, como sociedad mercantil estatal regulada por el Derecho privado, no constituye una entidad adjudicadora en el sentido de la citada Directiva y, por tanto, sus disposiciones no son aplicables al caso de autos.

26.

Como consecuencia de esta respuesta, la Comisión remitió a las autoridades españolas el 6 de noviembre de 1998 un escrito de requerimiento, en el que señalaba que SIEPSA debía considerarse como una entidad adjudicadora y que, por consiguiente, estaba obligada a someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva 93/37, a pesar de la redacción de la Ley 13/1995.

Conforme con ello, cuando la Directiva excluye de su aplicación a las sociedades creadas para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil, “se refiere a la actividad de fondo que cumple la entidad de que se trate, lo que en el caso de la Sociedad determinante de estas actuaciones es completamente evidente que no realizaba en absoluto, y que en modo alguno la simple personificación convencional en una sociedad regulada por el Derecho Mercantil supone que tal actividad (construir y habilitar centros penitenciarios en el caso enjuiciado) pueda ser calificada materialmente como actividad de carácter industrial o mercantil. La diferencia entre forma de personificación, que puede ser convencionalmente la que se quiera, y naturaleza de la actividad que tal persona realiza, es aquí la esencial”.²⁸

Quiere decir que, frente al criterio formal sustentado por el Gobierno español y recogido en su legislación interna de contratos públicos, el Derecho comunitario y sus Tribunales proclaman un criterio funcional, que valora la realidad de fondo, por encima de envoltorios formales.

En segundo lugar, resulta del *criterio de interpretación autónoma de los conceptos pertenecientes al Derecho comunitario* que la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 no puede depender de si, con arreglo al Derecho nacional español, el organismo está sujeto al Derecho público o al privado.

Frente a las disposiciones de la Directiva, será indiferente la calificación de SIEPSA que haga el Derecho interno. Carecería de todo efecto la norma comunitaria si, por una disposición nacional, pudiera excluirse de su aplicación a una entidad que verifique las tres notas características de “organismo público”.

En tercer lugar, aplicando el *criterio de presencia en el mercado*, el Tribunal señala que, “puesto que la aplicación de penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre

28 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA – “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas” cit., pág. 673.

27. Mediante escrito de 26 de enero de 1999, las autoridades españolas transmitieron sus observaciones, que insistían en primer lugar en el argumento de que las sociedades estatales como SIEPSA están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 13/1995, ya que se rigen por normas de Derecho privado. En segundo lugar, rechazaban que SIEPSA cumpla el primer requisito del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, puesto que satisface necesidades de interés general de carácter mercantil. Además, consideraban que SIEPSA había respetado suficientemente los principios de publicidad y competencia al haber publicado anuncios de licitación en los diarios de la prensa nacional y local.
28. Al considerar insatisfactoria esta respuesta, la Comisión remitió el 25 de agosto de 1999 a las autoridades españolas, con arreglo al artículo 226 CE, un dictamen motivado en el que recogía y completaba la argumentación expuesta en su escrito de requerimiento de 6 de noviembre de 1998 y concluía que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por SIEPSA, el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de determinadas disposiciones de la Directiva 93/37.
29. El Gobierno español respondió a dicho dictamen motivado mediante escrito de 22 de noviembre de 1999, en el que rechazaba el análisis de la Comisión.
30. Considerando que de las observaciones presentadas por el Gobierno español resultaba que subsistían los incumplimientos recogidos en el dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetos a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos" (apartado 87).

En cuarto lugar, de acuerdo con el *criterio que atiende al grado de influencia que mantiene el Estado sobre las necesidades en cuestión*,²⁹ el Tribunal entiende que el mismo es "determinante", en virtud de los siguientes aspectos:

- a) "las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado" (apartado 85);
- b) SIEPSA "ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros" (apartado 86); y
- c) SIEPSA "realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública" (apartado 86).

En quinto lugar, atendiendo al *criterio que considera las circunstancias que rodean la creación del organismo*, la sentencia precisa que éstas no obedecen a motivos industriales o mercantiles, sino que "ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español" (apartado 84).

²⁹ Al respecto, cabe destacar que la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, establece en su art. 1, num. 1º, lit. b), al definir el concepto de "empresas públicas", que "Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia determinante, directa o indirectamente, sobre una empresa cuando: tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa". Todos estos aspectos se verifican respecto de SIEPSA.

SOBRE EL FONDO

Alegaciones de las partes

31.

La Comisión expone que en el procedimiento seguido para la adjudicación de las obras en cuestión se incumplieron determinados requisitos de la Directiva 93/37. Después de destacar con carácter previo que el presupuesto máximo superaba el umbral previsto por la Directiva 93/37, que en aquel momento ascendía a 5 millones de ecus, señala que el anuncio de licitación se publicó exclusivamente en la prensa nacional y no en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, contrariamente a lo que dispone el artículo 11, apartados 2, 7 y 11, de la Directiva 93/37. Por otra parte, el plazo para la presentación de las ofertas era de sólo treinta y cinco días, cuando el artículo 12, apartado 1, de la Directiva establece un plazo mínimo de cincuenta y dos días en los procedimientos abiertos.

32.

La Comisión alega asimismo que, entre las condiciones exigidas para licitar, es necesario, en primer lugar, estar clasificado en veinticinco subgrupos distintos como contratistas del Estado, en segundo lugar, tener un capital social desembolsado por un importe mínimo de 1.000 millones de pesetas y, en tercer lugar, haber ejecutado en los últimos cinco años al menos cuatro contratos de obras (de los cuales, al menos, dos de edificación) con un importe mínimo final de 2.000 millones de pesetas por contrato, avalados por los correspondientes certificados. Pues bien, a juicio de la Comisión, el tercer requisito es redundante ya que, de acuerdo con el artículo 29, apartado 3, de la Directiva 93/37, la inscripción en las listas oficiales certificadas constituye una presunción de aptitud ante las entidades adjudicadoras de los demás Estados miembros por lo que respecta a la lista de las obras ejecutadas durante los últimos cinco años.

En sexto lugar, aplicando el *criterio del lucro como principal objetivo*, la sentencia sostiene que, "aún suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartado la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad" (apartado 88). De sus Estatutos se desprende que el mismo "consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado" (apartado 89).

En séptimo lugar, a partir del *criterio de la asunción de los riesgos*, el Tribunal considera que "parece poco probable que SIEPSA haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA" (apartado 91).

En consecuencia, el Tribunal entiende que, "teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil" (apartado 93).

4) El fallo

Resuelta la controversia en torno a la presencia de la nota característica referida, el Tribunal concluye que "SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora" (apartado 94). "En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad" (apartado 95).

Todo lo cual conduce al fallo de la sentencia que dispone:

33. La Comisión señala a continuación que entre los ocho criterios de adjudicación del contrato se encuentran «el equipo técnico adscrito permanentemente a pie de obra» y el «grado de cumplimiento de los contratos adjudicados por SIEPSA». A este respecto, destaca que ambos criterios figuran en el artículo 27 de la Directiva 93/37 entre los elementos que pueden justificar la capacidad técnica del contratista y contribuir a su selección, pero que, por el contrario, no pueden servir para determinar la mejor oferta, ya que los criterios de adjudicación que contempla el artículo 30 de la Directiva sólo pueden referirse a la prestación concreta de que se trate. La Comisión concluye que la inclusión de los dos criterios citados entre los de adjudicación del contrato es contraria a las disposiciones de los artículos 18, 27 y 30, apartado 1, de la Directiva 93/37.
34. En cuanto al criterio del precio, la Comisión indica que del pliego de condiciones se desprende que «se calificarán negativamente sin excluir las ofertas que se encuentren en baja temeraria, siendo éstas las que excedan en 10 unidades la media aritmética de las proposiciones admitidas». Pues bien, según la Comisión, la calificación negativa automática de las ofertas consideradas en baja temeraria produce un efecto equivalente a la exclusión automática de estas ofertas, sin posibilidad de justificación del precio, lo que constituye una práctica contraria al artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37.
35. La Comisión concluye de lo anterior que, al organizar la licitación de que se trata, SIEPSA debería haber cumplido las disposiciones relevantes de la Directiva 93/37, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obli-

“1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1º, lit. b), de la Directiva 93/37.

2) Condenar en costas al Reino de España”.

gación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros. A este respecto, la Comisión se remite concretamente a la sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 23, de donde resulta que las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de una entidad adjudicadora no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.

36.

El Gobierno español no niega que la licitación relativa al procedimiento de adjudicación del contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia convocado por SIEPSA no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alega que esta sociedad no puede ser considerada como entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva.

37.

Con carácter general, el Gobierno español aduce que la Directiva 93/37, al igual que las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), no incluye en el concepto de organismo de Derecho público a las sociedades mercantiles bajo control público, tales como SIEPSA. Esta observación se ve corroborada por el hecho de que la Directiva 93/38 distingue entre el concepto de organismo de Derecho público, idéntico en las cuatro Directivas, y el de empresa pública, cuya definición se corresponde con la de sociedad mercantil pública.

38.

A este respecto, el Gobierno español señala que el legislador comunitario era consciente de que, en el sector privado, numerosas entidades, aunque adopten la forma de empresas públicas, cumplen

V. Trascendencia de la sentencia

La importancia de este fallo y, en particular, de los fundamentos que lo motivan, puede apreciarse tanto a nivel nacional como comunitario e internacional.

En el ámbito nacional, la condena al Reino de España en el presente caso evidenció definitivamente la necesidad y urgencia de una reforma y rectificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ajustando su contenido a las exigencias comunitarias.

Conforme con ello, ha sido recientemente publicada la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la cual entrará en vigor el 30 de abril de 2008, derogando la referida Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como su nombre lo indica, esta nueva ley tiene un ámbito de aplicación más amplio que la anterior: ya no se circunscribe únicamente a las "Administraciones Públicas", sino que comprende a todo el "Sector Público".

En tal sentido, su artículo 3 delimita su ámbito subjetivo, estableciendo en su num. 1º que, "A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades: ...d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento...".

específicamente una finalidad puramente mercantil, pese a su vinculación con el Estado, y actúan en el mercado según las normas de la libre competencia y en condiciones de igualdad con el resto de las empresas privadas con un ánimo estrictamente lucrativo. Por tanto, éste sería el motivo por el cual el legislador limitó el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 a los organismos que cumplan conjuntamente los tres requisitos enunciados en su artículo 1, letra b).

39.

Pues bien, aunque este Gobierno reconoce que SIEPSA cumple los dos últimos requisitos del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, alega que presenta las características de una sociedad mercantil, puesto que su finalidad y funciones son típicamente mercantiles y satisface por tanto necesidades de interés general de carácter mercantil, con lo cual no se cumple el primer criterio de dicha disposición.

40.

Además, el Gobierno español hace referencia a la lista incluida en el anexo I, parte V, de la Directiva 93/37, que contiene las categorías de organismos españoles de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva, y alega que SIEPSA no pertenece a ninguna de esas categorías, al no ser un Organismo Autónomo ni estar sometida a la legislación española sobre contratos públicos.

41.

El Gobierno español manifiesta que SIEPSA no está comprendida en el ámbito de aplicación personal de la Ley 13/1995, que, según se desprende de su artículo 1, no incluye ni hace referencia a las sociedades mercantiles estatales. En efecto, a su juicio, únicamente la disposición adicional sexta de dicha Ley se refiere de forma expresa a estas sociedades estatales, imponiéndoles así la aplicación estricta de los principios de publicidad y competencia en los procedimientos de adjudicación de contratos que convoquen, principios que SIEPSA había respetado en el presente caso.

Es más: el lit. h) de esta disposición incluye a "Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia". Todos éstos se considerarán, además, poderes adjudicadores (num. 3º).

En el ámbito comunitario, la sentencia que se comenta también ha tenido singular trascendencia, en la medida en que viene a consolidar una postura jurisprudencial anunciada antes por el Tribunal en diversos fallos.

Asimismo, tiene el mérito de recopilar y sistematizar los principales criterios delineados en las mismas para determinar cuando una sociedad mercantil estatal queda sujeta a las exigencias de las Directivas comunitarias sobre contratación pública.

En el ámbito internacional, aún cuando se trata de un fallo dictado por un Tribunal de la Unión Europea, cabe asignarle un valor relevante por sentar unas bases firmes para el tratamiento, desde un punto de vista iuspublicista, de un fenómeno que se verifica en muchos Estados de otras regiones.

En efecto, la sentencia advierte que, cuando se trata del Estado, "la mera utilización instrumental de formas privadas de personificación en absoluto puede justificar la minoración de las garantías del

42. En opinión del Gobierno español, dicha exclusión del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos y, por tanto, de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, se explica por el hecho de que, en el ordenamiento jurídico español, los organismos públicos con estatuto jurídico privado, categoría constituida por sociedades mercantiles bajo control público, tales como SIEPSA, satisfacen en principio necesidades de interés general, lo que explica que estén bajo control público, pero necesidades que tienen carácter mercantil o industrial, ya que, en otro caso, no constituirían el objeto de una sociedad mercantil.
43. Por lo que se refiere más concretamente a SIEPSA, el Gobierno español señala que la principal misión encomendada a esta sociedad, a saber, la construcción de nuevos centros penitenciarios adecuados a las necesidades de la sociedad, consiste en una necesidad de interés general de carácter mercantil, que sirve al objetivo último de contribuir a la política penitenciaria, que pertenece también al interés general.
44. SIEPSA se creó para garantizar la realización de cuantas actividades resulten necesarias para la correcta gestión de los programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, ya sea por sí misma o por medio de terceros. Se caracteriza como una entidad típicamente mercantil e incluso se rige por el Derecho mercantil, sin perjuicio de las excepciones previstas en particular en materia presupuestaria, contable y de control financiero.
- 45.

ciudadano",³⁰ como ser las que resultan de las reglas de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (publicidad, transparencia, objetividad, competencia no falseada, entre otras).³¹

Tanto el interés público que dichas entidades persiguen³² como el control público al que se encuentran sujetas, determinan que necesariamente existirá un régimen jurídico peculiar, propio y diferenciado de la actividad realizada por los particulares.³³

Criterios claros y firmes, como los sustentados por la sentencia, son lo que permiten sostener al día de hoy que, en vez de "huída", pueda hablarse de un "retorno" al Derecho Administrativo.

30 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ - "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 2004, tomo II, pág. 391.

31 José Luis PIÑAR MAÑAS - "El Derecho comunitario de la contratación pública. Marco de referencia de la nueva Ley" en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, A.A.V.V., Civitas, Madrid, 1996, pág. 50.

32 Así: Alfonso PÉREZ MORENO - "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público" cit., pág. 870.

33 Elisenda MALARET I GARCÍA - "El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales", en "Derecho público y Derecho privado en la actuación de la Administración Pública", A.A.V.V., Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 31.

En efecto, para satisfacer dichos fines, realiza actos que han de ser objetivamente calificados de mercantiles, como la localización y adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción.

46.

El Gobierno español señala que, mediante el ejercicio de estas actividades, SIEPSA obtiene un beneficio y que la realización de transacciones para generar beneficios es una actividad típicamente mercantil, que sólo puede llevarse a cabo por una sociedad sujeta al juego de las normas mercantiles del sector privado, con el que necesariamente ha de entrar en contacto. Añade que la actividad de esta sociedad no puede calificarse de administrativa, ya que su objetivo es obtener medios o recursos económicos como cualquier otro empresario, aun cuando estos recursos se apliquen, en último término, a otros fines de interés general.

47.

Invocando el apartado 47 de la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), en el que el Tribunal de Justicia precisó que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público, el Gobierno español alega que, esté o no sometida a la competencia del mercado, SIEPSA realiza una actividad de carácter mercantil, lo que la excluye sin más del concepto de entidad adjudicadora utilizado por la Directiva 93/37.

48.

A juicio de dicho Gobierno, el sometimiento de las sociedades mercantiles estatales como SIEPSA al Derecho privado no es tanto la causa como la consecuencia de su propia naturaleza. A este respecto, precisa que el carácter mercantil de dicha sociedad no se le atribuye por su sometimiento al Derecho privado, sino que es precisamente el carácter mercantil de su actividad el que le confiere sus características y tiene como consecuencia que esté sujeta al Derecho privado.

49.

El Gobierno español considera que su tesis es la única que respeta la definición autónoma del criterio de que las necesidades de interés general no tengan carácter industrial o mercantil, tal como se desprende de los apartados 32 y 36 de la sentencia BFI Holding, antes citada. Alega que, dado que el Estado sirve al interés general y que posee una participación mayoritaria en las sociedades mercantiles estatales, es lógico pensar que éstas satisfarán siempre, en mayor o menor medida, el interés general. Ahora bien, si bastase con que el organismo cumpliera una misión de interés general, como la de contribuir a aplicar sanciones, para calificarlo de entidad adjudicadora, entonces el criterio de que dicha misión no ha de tener carácter industrial o mercantil no tendría ningún sentido.

50.

Por tanto, el Gobierno concluye que se ha de aplicar a SIEPSA el mismo trato que se reserva a las empresas que suministran gas, electricidad o agua, sectores que responden a necesidades esenciales para la sociedad y que actualmente están en manos de empresas totalmente privadas. Subraya a este respecto que dichas empresas también cumplen otros objetivos de interés general de carácter más amplio, puesto que garantizan, en particular, el buen funcionamiento de ámbitos esenciales de la vida productiva nacional.

51.

En cambio, la Comisión considera que SIEPSA cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37 y, por tanto, que constituye una entidad adjudicadora en el sentido de dicha Directiva.

52. Con carácter previo, la Comisión señala que el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/37 está determinado por la propia Directiva y no por normas nacionales y que, por consiguiente, la calificación de SIEPSA según el Derecho español carece de relevancia. La Comisión recuerda que, al adaptar su Derecho interno a las directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en éstas, a fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y de la aplicación de los textos comunitarios en los distintos Estados miembros. En consecuencia, la Comisión afirma que las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión «organismo de Derecho público», utilizada en la Directiva 93/37, el mismo sentido que tiene en el Derecho comunitario. Por ello, a juicio de la Comisión, si la Ley 13/1995 excluye a SIEPSA del ámbito de aplicación de las normas de Derecho comunitario sobre adjudicación de contratos públicos, es debido a que el Derecho español no ha sido correctamente adaptado a la Directiva 93/37.
53. Además, la Comisión alega que la interpretación funcional del concepto de «entidad adjudicadora» y, por tanto, de «organismo de Derecho público» adoptada en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia implica que este último concepto engloba las sociedades mercantiles bajo control público, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37.
54. Por lo que se refiere a la supuesta distinción realizada por la Directiva 93/38 entre los conceptos de organismo de Derecho público y de empresa pública, la Comisión indica que esta Directiva no aclara el concepto de organismo de Derecho público, definido del mismo modo en las cuatro Directivas de que se trata, sino que extiende el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias sobre contratos públicos a determinados sectores (agua, energía, transportes y telecomunicaciones)

excluidos de las Directivas 93/36, 93/37 y 92/50, con el fin de abarcar ciertas entidades con una actividad importante en los sectores mencionados, a saber, las empresas públicas y las que disfrutan de derechos exclusivos o especiales concedidos por las autoridades. Además, la Comisión considera necesario recordar que el concepto de empresa pública siempre se ha distinguido del concepto de organismo de Derecho público, en la medida en que los organismos de Derecho público se crean para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, mientras que las empresas públicas actúan para satisfacer necesidades de carácter industrial o mercantil.

55.

La Comisión rechaza asimismo la interpretación del Gobierno español que hace depender el concepto de «organismo de Derecho público» de las listas que contiene el anexo I de la Directiva 93/37 para cada Estado miembro, con el resultado de que un concepto comunitario termina teniendo significados diferentes en función de la forma en que las distintas listas del anexo I se hayan elaborado.

56.

A juicio de la Comisión, la interpretación que preconiza el Gobierno español va en contra del objetivo principal de la Directiva 93/37, recogido en su segundo considerando, y es asimismo contrario al artículo 1, letra b), párrafo tercero, de esta Directiva, según el cual dichas listas «son lo más completas posible». La Comisión destaca que esta expresión sólo puede entenderse en el sentido de que las listas no son exhaustivas y que esta interpretación fue confirmada por el Tribunal de Justicia en el apartado 50 de la sentencia BFI Holding, antes citada. Concluye de ello que el hecho de que las sociedades estatales no figuren, directa o indirectamente, en la lista de «organismos de Derecho público» del anexo I, parte V, de la Directiva 93/37 no significa que queden excluidas de dicho concepto, definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de dicha Directiva.

-
57. Por lo que respecta, más concretamente, a los requisitos mencionados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, la Comisión señala que dicha disposición no hace mención alguna del régimen, público o privado, bajo el que se constituyeron los organismos de Derecho público, ni de la forma jurídica adoptada, sino que más bien se interesa por otros criterios, entre los cuales se encuentra el fin con el que se crearon los organismos de que se trata.
58. Pues bien, la Comisión considera que SIEPSA se creó específicamente para satisfacer una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil, a saber, para contribuir a la aplicación de la política penitenciaria del Estado, mediante la gestión de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros.
59. La Comisión invoca el apartado 24 de la sentencia de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros* (C-44/96, Rec. p. I-73), y alega que dicho interés general, estrechamente vinculado al orden público, al funcionamiento del Estado, e incluso a la esencia misma del Estado como titular del monopolio del poder de represión que constituye la aplicación de las penas privativas de libertad, no tiene carácter mercantil ni industrial.
60. A continuación, la Comisión rebate el argumento del Gobierno español según el cual las sociedades que, como SIEPSA, actúan en el mercado sometidas a los principios de la libre competencia en condiciones de igualdad con el resto de las empresas privadas y persiguiendo igualmente un ánimo de lucro cumplen una finalidad puramente mercantil y están por ello excluidas del ámbito

de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos. En particular, la Comisión hace referencia, a modo de ejemplo, a la adjudicación de contratos de obras para la construcción de cárceles estatales y a la enajenación del patrimonio penitenciario del Estado, que constituyen dos de los objetos sociales de SIEPSA y que no pueden ser considerados como actividades sometidas a la competencia en el mercado.

61. Asimismo, la Comisión estima que del apartado 47 de la sentencia BFI Holding, antes citada, se deduce que, aunque se aceptara que SIEPSA realiza una actividad sometida a la libre competencia, dicho elemento no excluye que pueda ser calificada de entidad adjudicadora.
62. Además, la Comisión alega que carece de fundamento el argumento del Gobierno español de que todas las actividades de SIEPSA son mercantiles.
63. En primer lugar, la Comisión indica que, al contrario de lo que afirma el Gobierno español, la actividad que realiza SIEPSA no es comparable a la del sector privado. Explica que esta sociedad no oferta cárceles en el mercado (inexistente) de establecimientos penitenciarios, sino que actúa como delegada de la Administración del Estado para auxiliarla en una labor típicamente estatal: la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario. A este respecto, la Comisión señala que, según se desprende de sus Estatutos, para llevar a cabo su misión SIEPSA sigue las directrices emanadas de la Dirección General de la Administración Penitenciaria y que la enajenación de bienes inmuebles y el empleo de las cantidades que de ella resultan se realizan de conformidad con las directrices impartidas por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

64. En segundo lugar, la Comisión pone de manifiesto que el Gobierno español separa la necesidad de construir centros penitenciarios (de la que deduce su naturaleza de interés general de carácter mercantil) del objetivo último de contribuir a la política penitenciaria (que califica de interés general). Señala que dicha separación, además de ser artificial puesto que ambas necesidades están estrechamente vinculadas, es contraria al razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en otros casos, en los que ha declarado que la recogida y el tratamiento de las basuras domésticas (sentencia BFI Holding, antes citada) o la impresión de documentos administrativos oficiales (sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada) son necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, sin separar dichas actividades de sus objetivos últimos: salud pública y protección del medio ambiente, por una parte, y orden público y funcionamiento institucional del Estado, por otra.
65. En tercer lugar, la Comisión alega que, aunque SIEPSA actúe eventualmente con ánimo de lucro, esta finalidad no excluye que dicha sociedad pueda satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. En su opinión, si bien es posible que la búsqueda del beneficio sea un elemento distintivo de la actividad de la sociedad, del texto de la Directiva 93/37 no se desprende en absoluto que dicho objetivo impida considerar que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó SIEPSA no tienen carácter industrial o mercantil.
66. La Comisión añade que es cuestionable que la persecución del lucro sea un objetivo para una sociedad estatal como SIEPSA, financiada exclusivamente mediante fondos públicos y que se creó para elaborar y ejecutar un plan relativo a la amortización y creación de centros penitenciarios. En efecto, la Comisión considera evidente que, en tal sector, la obtención de beneficios no es un

elemento que un Estado miembro considere prioritario. En apoyo de su afirmación, señala que de los «Informes económicos y financieros del sector público estatal» elaborados por la Intervención General del Estado para los ejercicios 1997 y 1998, se desprende que SIEPSA registró pérdidas considerables durante dichos ejercicios.

67.

En cualquier caso, la Comisión aduce que, aun suponiendo que SIEPSA realice actividades de naturaleza mercantil, dichas actividades no son sino un instrumento que permite satisfacer una necesidad de interés general que no tiene carácter industrial o mercantil, a saber, la aplicación de la política penitenciaria del Estado, para cuya satisfacción se creó específicamente la sociedad.

Apreciación del Tribunal de Justicia

68.

Como se ha indicado en el apartado 36 de la presente sentencia, el Gobierno español no niega que la licitación relativa a la adjudicación del contrato de obras para el Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia convocado por SIEPSA no cumplía las exigencias de la Directiva 93/37, pero alega que esta Directiva no es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos convocados por dicha sociedad, puesto que ésta no puede ser considerada como organismo de Derecho público y, por tanto, como entidad adjudicadora en el sentido de la citada Directiva.

69.

Con carácter previo, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de

interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21, y de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-0000, apartado 52).

70.

En el presente caso, si bien las partes están de acuerdo en que SIEPSA cumple los requisitos contemplados en los guiones segundo y tercero del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, disienten sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente SIEPSA carecen de carácter mercantil.

71.

A este respecto, es preciso recordar en primer lugar que, en la sentencia Comisión/España, antes citada, el Tribunal de Justicia ya rechazó las alegaciones del Gobierno español basadas en el hecho de que, de conformidad con la normativa española aplicable en el caso, a saber, el artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de esa misma Ley, las sociedades mercantiles bajo control público, como SIEPSA, están excluidas del ámbito de aplicación personal tanto de la normativa española como de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.

72.

Más concretamente, para determinar si esta exclusión garantiza una adaptación correcta del Derecho interno al concepto de «entidad adjudicadora» recogido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia, al estimar que el ámbito de aplicación personal de esta Directiva coincide,

en particular, con el de la Directiva 93/37, hizo referencia al alcance del concepto de «organismo de Derecho público» utilizado, en concreto, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de esta última Directiva (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 48, 50 y 51).

73.

En este contexto, el Tribunal de Justicia señaló que, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la citada Directiva, dicho concepto debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartado 53).

74.

Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 54 y 55 de la sentencia Comisión/España, antes citada, que, según jurisprudencia reiterada, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva.

75.

Además, el Tribunal de Justicia precisó que dicha interpretación, que es la única que puede preservar plenamente el efecto útil de la Directiva 93/37, no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la sociedad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 (en este sentido, sentencia Comisión/España, antes citada, apartados 56 y 58).

76.

Esta conclusión tampoco se puede invalidar por la falta de referencia expresa, en la Directiva 93/37, a la categoría específica de las «empresas públicas», utilizada no obstante en la Directiva 93/38. Como acertadamente señaló la Comisión, esta última Directiva se adoptó con la finalidad de extender la aplicación de las normas comunitarias sobre contratos públicos a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que no estaban comprendidos en otras directivas. Desde esta perspectiva, el legislador comunitario, utilizando los conceptos de «poderes públicos», por un lado, y de «empresas públicas», por otro, adoptó un enfoque funcional, análogo al empleado en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. De este modo, pudo garantizar la inclusión en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38 de todas las entidades adjudicadoras que actúen en los sectores regulados por ésta, cuando cumplan determinados criterios, siendo a este respecto indiferentes la forma y el régimen jurídico de dichas entidades.

77.

Por otra parte, respecto a la pertinencia de la alegación del Gobierno español de que SIEPSA no pertenece a las categorías de organismos españoles de Derecho público que se enumeran en la lista contemplada en el anexo I de la Directiva 93/37, procede recordar que en el apartado 39 de la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley (C-373/00, Rec. p. I-1931), el Tribunal de Justicia declaró que dicha lista no tiene en absoluto carácter exhaustivo, variando considerablemente su grado de precisión de un Estado miembro a otro. El Tribunal de Justicia dedujo de ello que, si un organismo determinado no figura en dicha lista, procede comprobar, en cada caso, la situación jurídica y fáctica del mismo con el fin de analizar si satisface o no una necesidad de interés general (sentencia Adolf Truley, antes citada, apartado 44).

78.

En lo que se refiere más en particular al concepto de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de precisar el alcance de dicho concepto en el contexto de diversas directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

79.

El Tribunal de Justicia declaró así que dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (en este sentido, sentencia Adolf Truley, antes citada, apartados 36, 40 y 45).

80.

Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47).

-
81. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).
82. En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.
83. Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil.
84. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

85. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.
86. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.
87. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.
88. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad.

-
89. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.
90. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998.
91. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.
92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.
94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.
95. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.
96. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

Costas

97.

A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

En virtud de todo lo expuesto,
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37.

2) Condenar en costas al Reino de España.

Puissochet
Schintgen
Skouris
Colneric

Cunha Rodrigues

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 16 de octubre de 2003.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

V. Skouris



INFORMACIONES

Jornada sobre nuevo régimen procesal penal

Novedades 2008

ALAI 2007

Reportaje



JORNADA SOBRE NUEVO RÉGIMEN PROCESAL PENAL

La Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo realizó una jornada sobre el nuevo régimen procesal penal y contó con la presencia de profesores de Derecho Penal de la Universidad de la República, Universidad Católica, Universidad de Montevideo y del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg-Alemania.

El país se encamina decididamente a una reforma global de su sistema penal. Los artículos 21 y 22 de la Ley 17.897 de Humanización de Cárceles constituyeron sendas Comisiones de Reforma del Código Penal y del Código del Proceso Penal patrios, cuyos proyectos de ley habrán de ser presentados por el Poder Ejecutivo al Parlamento aproximadamente a fines del corriente año.

Existe consenso en que se concentra en el proceso penal uruguayo los mayores problemas de la justicia penal y en vista de ello, es que la Universidad de Montevideo ofrece esta jornada para discutir con especialistas en el área penal qué sistema procesal penal debería adoptar el Uruguay de cara al futuro y en ciernes de un proceso de integración regional.

La jornada contó con la presencia de profesores de Derecho Penal de la Universidad de la República, Universidad Católica, Universidad de Montevideo y del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, Alemania.

En el programa se presentaron las siguientes exposiciones:

- “Aspectos Generales del Proyecto de Reforma del Proceso Penal uruguayo” Profesor: Dardo Preza, presidente de la Comisión de Reforma del Proceso Penal.
- “El rol del Juez” Profesor: Milton Cairolí.
- “El rol del Ministerio Público” Profesor: Miguel Langón.
- “El rol del Defensor” Profesor: Gastón Chaves.
- “El rol de la Víctima” Profesor: Pedro Montano.
- “Compatibilidad que debería existir entre el nuevo sistema y el Derecho Penal internacional” Profesor: José Luis González.
- “Semejanzas y diferencias del proyecto de Código y el Código Penal Procesal aprobado con la Ley 16893 y que nunca ha estado vigente” Profesor: Amadeo Otatti.
- Posibilidad de suspender provisionalmente el proceso a cambio de medidas de reparación que existe en el sistema alemán” Profesor: Pablo Galain Palermo.
- “Sistema Penal de garantías. Actualidad y tendencias” Profesor: Raúl Cervini.

Luego de la presentación del proyecto de Reforma del Proceso Penal, los distintos expositores disertaron sobre los roles que cada actor del proceso tiene. Entre los abogados participantes, Pablo Galain Palermo habló sobre cómo la reparación puede permitir la no iniciación o la suspensión del proceso penal. Para expresar su posición utilizó el Código Alemán como marco de referencia. El proyecto de reforma que se pretende ingresar en breve en el parlamento admite determinada forma de oportunidad, específicamente en el Art.53 inciso 3 se admite la posibilidad de que la reparación satisfactoria del daño permita al fiscal ejercer la discrecionalidad.

El último expositor, Raúl Cervini, habló sobre los principios de garantía individual en el proceso penal y los de seguridad jurídica. Estos como fundadores de los principios o valores de fuentes democráticas del proceso penal que son la dignidad de la persona y la racionalidad democrática. Esto se da en el sistema democrático a través de dos vertientes amalgamadas que son la amplia defensa y el efectivo contradictorio.

La jornada finalizó con una mesa redonda moderada por el Dr. Ian Simon, responsable de las relaciones con Latinoamérica del Instituto Max Planck. Allí se discutieron cuestiones relacionadas con la reforma del sistema penal que se quiere implantar en nuestro país, sobre los roles de los actores y si estos encuentran los principios básicos de cualquier reforma. A su vez se consultó sobre el funcionamiento de la Comisión de Reforma del Código Penal y del Código del Proceso Penal



NOVEDADES 2008

Alumnos

Hemos superado los 40 nuevos alumnos para las carreras de abogacía y notariado 2008. Varios de ellos interesados en nuestra Facultad luego de haber participado de la competencia de argumentación jurídica "*Abogado por un día*" en septiembre del año pasado.

Otros 20 alumnos han terminado la carrera y ya se encuentran desempeñando el ejercicio profesional, se graduarán el próximo octubre dónde seguramente se sume algún otro colega que está terminando en estos meses.

Varios de nuestros egresados están interesados en cursar las materias específicas de la Carrera de Notariado y obtener así un segundo título profesional que les permita ampliar su horizonte laboral. Los que se han inscripto a las mismas en el 2007 se unieron a los alumnos que comenzaron el primer año de escribanía en el 2005, quiénes actualmente cursan cuarto año. Los que se inscriban este año se unirán a los alumnos que comienzan este año tercero de Notariado.

Durante el 2008 se realizarán número record de intercambio de nuestros alumnos a otras Universidades quiénes serán recibidos en la Universidad de Montana, EE.UU.; Universidad Rey Juan Carlos y Salamanca, de España y en la Universidad de Roma en Italia. De la misma forma recibiremos alumnos de intercambio provenientes de Universidades extranjeras, actualmente asisten a nuestros cursos regulares del US Law Program: Krystle Winnie, de Weddington High School, EE.UU y Young Kim de la Universidad de Corea, Corea.

Por cuarta vez un grupo de estudiantes participará en las Rondas Internacionales de la Jessup Law Moot Competition, que se llevará a cabo en Washington, EE.UU durante la semana del domingo 6 al domingo 13 de abril. Sus integrantes son cuatro alumnos de cuarto año de la carrera de abogacía: Stephania Bresque, Augusto Formento, Andrés Hessdorfer y Federico Trapp, dirigidos por la Dra. Isabel Laventure, egresada de la Facultad y participante en la competencia 2004-05.

Nueva Sede

Ante el incremento del alumnado de la Universidad, los cursos de grado de la Facultad de Derecho se trasladarán a la nueva sede de la calle Lord Ponsonby N° 2506, esquina con la calle Prudencio de Pena.

Desde el 19 al 21 de mayo nos visitarán tres Profesores de la Universidad de Zaragoza, Dres. Javier Ferrer; Silvia Gaspar e Isaac Tema; todos integrantes del *Programa de Doctorado de Derecho de Familia y la Persona* que desempeñan los Profesores Walter Howard, Santiago Altieri y Mercedes Otegui.

Investigación

De los diversos grupos de investigación que trabajan en la Facultad destacamos las siguientes novedades para este año:

El Grupo de Investigación sobre Derecho Penal Económico, bajo la Dirección del Dr. Miguel Langón, ya ha comenzado sus actividades fijando el calendario de las mismas para el primer semestre del año. Estas serán a las 19.30 horas y consistirán en una exposición académica seguida de una sesión de debate y preguntas. Por esta vía se extiende la invitación a participar de las mismas siendo la entrada libre.

Las fechas son:

- Abril 29: Delito de Usura - Dr. Jorge Barrera
- Mayo 27: Delitos Migratorios - Dr. Miguel Langón
- Junio 24: Delitos Tributarios - Dr. Marchello Franco

El Grupo de Investigación sobre Tributos de la Seguridad Social, bajo la Dirección de la Dra. Alicia Seijas, inició el ciclo de reuniones del presente año el 29 de febrero. En dicha ocasión los Dres. Alvaro Rodríguez, Ana Ibarra y María Luisa Iturralde realizaron una reseña de novedades normativas, dedicando la media hora previa a temas profesionales de mutuo interés. En breve habrá de ser fijado el calendario completo de actividades a desarrollarse. Al igual que en el 2007, las reuniones serán los terceros viernes de cada mes a las 9 horas.

El Grupo de Investigación de Derecho Administrativo Económico que dirige la Dra. Silvana Nessar dará inicio a sus actividades el jueves 27 de marzo, ocasión en que será determinado el calendario de actividades para el 2008.

El Grupo de Investigación sobre Integración y Comercio Internacional y el Observatorio en Integración, ambos dirigidos por el Dr. Jorge Sienna, habrán de comenzar sus actividades del presente año a la brevedad.

Extensión

El Consultorio jurídico continúa desempeñándose en el Centro de Asistencia de Desarrollo Integral (C.A.D.I.) en el barrio Casavalle; como parte integrante de la asignatura Practicum a cargo del Dr. Alfredo De Torres, con la que se concluye el plan de estudios de la carrera de abogacía. La modalidad de trabajo es a través de grupos de 3 y 4 estudiantes que reciben las consultas de las personas del barrio y luego analizan y trabajan la forma de canalizar judicial o administrativamente el tema, con la asistencia de la Dra. Claudia Pintos.

ALAI 2007

En el año de 2004 surgió la posibilidad en la mente y con el entusiasmo del Dr. Carlos Fernández Ballesteros de convocar a la “ALAI - Association Littéraire et Artistique Internationale” para uno e sus Congresos Internacionales en Punta del Este. Al poco tiempo, con el apoyo de numerosas personalidades internacionales de la materia, se decidió aceptar la invitación y, por primera vez en la Historia, la mencionada organización decide celebrar un congreso fuera de Europa o Estados Unidos.

La ALAI es una de las organizaciones internacionales más antiguas entre las que apoyan el derecho de autor y los derechos conexos. Fue fundada en París, en el año de 1878, por iniciativa de la Société des Gens de Lettres, siendo su Presidente de honor, Víctor Hugo. Se trata de una asociación internacional regida por el derecho francés, que agrupa a los pensadores del Derecho de Autor más eminentes, tanto como a creadores y prácticos del Derecho, sean juristas, profesores, magistrados o funcionarios especializados. ALAI tiene miembros individuales y también grupos en numerosos países que integran la asociación como tales. El Presidente de ALAI – Uruguay es, justamente, Carlos Fernández Ballesteros.

La idea fue tomando forma durante las reuniones del GPI – Grupo de Propiedad Intelectual y resultaba fundamental que fuera la propia Universidad de Montevideo quien asumiera la responsabilidad de co-organizar un evento de tal dimensión. Inmediatamente, con entusiasmo la Universidad se incorpora a la tarea, que progresivamente desde fines de 2005 pasó a ocupar muchas horas y días de trabajo.

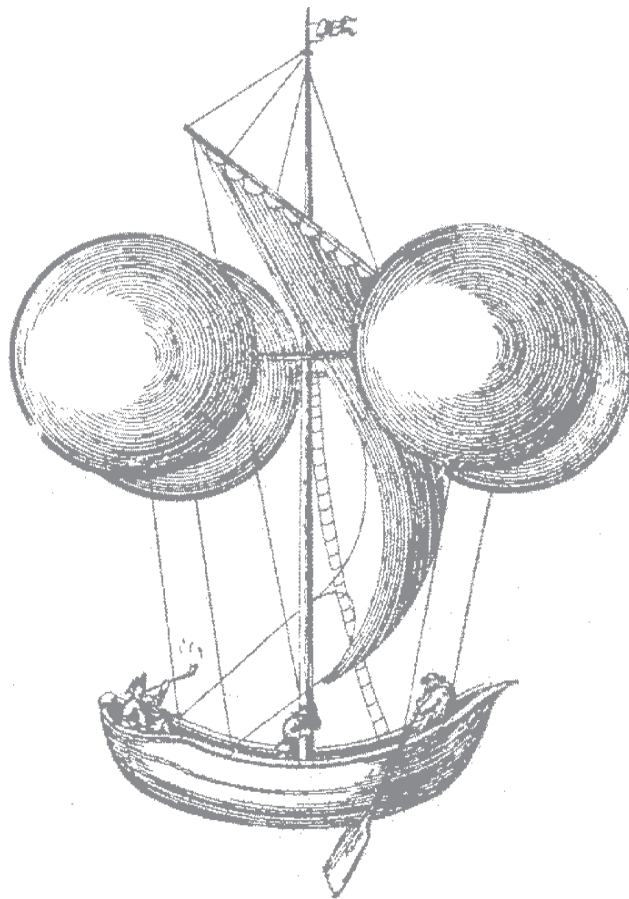
Todo este esfuerzo tuvo su justa recompensa en la magnífica experiencia que representó para todos los participantes, el Congreso transcurrido desde el 31 de octubre al 3 de noviembre de 2007, teniendo como sede el Salón Río del Hotel Conrad de Punta del Este.

El nivel académico de los asistentes fue excepcional. Nunca antes en América Latina se habían reunido en un mismo tiempo y lugar los más prestigiosos especialistas en Derecho de Autor de todo el mundo. La actividad se estructuró en torno a expositores y debate, con preguntas de los asistentes al finalizar cada bloque. El detalle del Programa se puede consultar en: <www.alai2007.org>.

Fruto del gusto común por la materia, tanto como por su estudio reflexivo, también las actividades sociales que tuvieron lugar en el lujoso marco natural y turístico de Punta del Este fueron un éxito. Agradecemos la colaboración de Estudios Jurídicos locales, particularmente a Barbosa Caravia Propiedad Intelectual, por el generoso apoyo brindado.

El Congreso terminó, pero no nuestro trabajo vinculado al mismo. Actualmente estamos produciendo la edición del Libro de Ponencias del Congreso, recibiendo los trabajos terminados por todos los participantes, coordinando traducciones e impresión. Es el momento también, de seguir debatiendo sobre las enseñanzas que dejaron los ilustres visitantes.





TESINAS DE MASTERS

Karen L. SEOANE PETITO

"El endoso en garantía en el marco de la ley de títulos valores"



EL ARTÍCULO “EL ENDOSO EN GARANTÍA EN EL MARCO DE LA LEY DE TÍTULOS VALORES” de la autora Karen L. Seoane Petito, presenta conflictos con las notas al pie de página.

En dicho archivo hay números de notas salteados o repetidos.

Se recomienda utilizar la opción “NOTAS AL PIE” de Word (en el menú Insertar ==> Nota al pie). Esto evita extravíos o repeticiones de las mismas.

Ante cualquier consulta comuníquense con nosotros.





MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

Alejandro REY

"El interés general. Argumento para limitar derechos individuales"



EL INTERÉS GENERAL. ARGUMENTO PARA LIMITAR DERECHOS INDIVIDUALES

ALEJANDRO REY

SUMARIO:

1. Trascendencia de la Cuestión.

Es importante el concepto de "Interés General", ya que una ley que limite un derecho tiene que ser establecida con razones de interés general, conforme al artículo 7 de la carta.

El mismo expresa "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general."

Independientemente de este artículo, la propia Carta menciona dicho concepto en otros, como el 28¹; 32²; 36³; 47⁴; y 300⁵. No solo ésta lo hace, sino que distintas leyes también se declaran de "interés general", así como la 18.104 (promoción de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres); 17.849 (protección del medio ambiente); 17.775 (regulación de la contaminación por plomo); 17.514 (violencia doméstica); y 13.181 (conservación del Bosque Lussich), entre tantas otras.

2. Definición:

Antes que nada, vale la pena resaltar que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Este es "configurado por la ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho"⁶.

Independientemente de lo anterior, BRITO⁷ señala "el interés general se define positivamente por la noción de asistencia y apoyo prestado a los habitantes y a los entes sociales menores para la realización de sus fines (el logro de sus respectivas perfecciones). Tal carácter del interés general encierra el reconocimiento de la necesidad propia de la persona humana y de sus comunidades de la acción de la sociedad políticamente estructurada (el Estado) para afirmar las potencialidades de su naturaleza. Por lo cual ese apoyo y asistencia es, primariamente, seguridad...".

1 "Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general".

2 "La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda"

3 "Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes".

4 "La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores."

5 "El Poder Ejecutivo podrá apelar ante la Cámara de Representantes dentro de los quince días de publicados en el "Diario Oficial", fundándose en razones de interés general, los decretos de los Gobiernos Departamentales que crean o modifican impuestos. Esta apelación tendrá efecto suspensivo."

6 Mariano Brito, "El principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo", L.J.U., Tomo 90, año 1985.

7 Mariano Brito, Ob. Cit.

"El interés general se define negativamente por la conducta de abstención de la acción estatal directa en cuanto hace a la libertad interior, y positivamente por el respeto de ésta y la creación del entorno protector de su intangibilidad..."

"El interés general reclama lleva consigo la limitación de la proyección exterior de la libertad, porque compete al Estado y se explicita en su derecho positivo, procurar que cada uno obtenga lo suyo..."

"El interés general tiene un carácter preeminente, es antes que el interés particular y no se agota en éste" ... "A esta calidad del interés general corresponde la situación jurídica de sujeción del administrado y las prerrogativas de la Administración..."

"Es que precisamente la nota de generalidad puede predicarse de tal interés porque aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los habitantes. En efecto, no se trata de nada que en sí mismo se ordene únicamente al beneficio de una simple parte, por grande que ésta sea, de la sociedad. El bien común (el interés general o el interés público, en la denominación que utilizamos observando el derecho positivo uruguayo) es el bien de la sociedad precisamente porque aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros de que ésta se compone".

"Por el contrario, lo que beneficia a un solo hombre o a un grupo o conjunto de hombres que no son todos los que en la sociedad se integran, es meramente un bien particular..." "El interés general en el derecho uruguayo no reviste los caracteres de un fenómeno ideal o abstracto; antes bien, comporta exigencias de actuación y realidad concretas. Consecuentemente, reclama las conductas estatales operativas para su satisfacción"... "Su tutela efectiva compete al juez".

Por otro lado, JOSÉ ESTÉVEZ PAULÓS⁸ se ha inclinado a una ponderación, es decir "El interés general, en nuestra opinión, y en función de la Constitución oriental, surge de la comparación de ventajas e inconvenientes, que la limitación de derechos individuales, puede significar para una persona y las ventajas o inconvenientes que puede, una determinada ley tributaria, por ejemplo, aportar a la comunidad. Este balance debe realizarse aplicando criterios de razonabilidad. Si de la afectación de derechos individuales surge un mal o daño mayor que la ventaja que recibe la comunidad, interés público, no existirían razones de interés general que dieran fundamento constitucional a la ley. En derecho público no procede limitar ni aun por ley un interés individual en beneficio de otro interés individual".

En efecto, tal ponderación tiene base legal, ya que la propia ley 9.739 (Propiedad Literaria y Artística) en su artículo 21 dispone:

"Artículo 21.

El retrato de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge, hijos o progenitores.

La persona que ha dado su consentimiento puede revocarlo, resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público."

JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA⁹ señala que "El interés general deberá ser apreciado según un juicio de razonabilidad. De todas formas, conviene establecer que el juego de otras disposiciones constitucionales en cierta medida contiene o limita la noción del interés general y pone una valla a las normas que el legislador dicte en función de este concepto".

Al respecto CARLOS DELPIAZZO¹⁰ ha sostenido "la limitación no puede fundarse en cualquier interés sino únicamente en el superior interés general -que no puede ser el interés de un grupo o parte del colectivo social- ya que debe ser ampliamente abarcativo, es decir, equivalente al bien común entendido no como la mera suma de bienes particulares sino como "el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman, el logro más pleno de su perfección"

La Suprema Corte de Justicia¹¹ ha expresado que las pautas que definen el interés general no son rígidas ni inalterables, "sino que varían con la evolución de cada medio y cada época, de ahí que las soluciones legislativas no resulten coincidentes, y lo que importa, en definitiva, es que las nuevas disposiciones consulten el interés general del momento en que se dictan, ajustándose a las condiciones políticas, económicas y sociales existentes..".

Paralelamente el principio rector deberá ser también para la Suprema Corte de Justicia el de "razonabilidad". Al decir de la Corporación¹² "... se acepta y se mantiene el criterio de que es potestad de la Corporación

8 XIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Buenos Aires 1989, La Constitución y los Límites a la presión tributaria.

9 Jiménez de Aréchaga, Justino, La Constitución Nacional, tomo VIII, pág. 215-217.

10 Carlos Delpiazzo, Derecho Administrativo Uruguayo, pág. 7.

11 Sentencia N° 12/81.

12 Sentencia N° 234/95.

ción, aplicar reglas de razonabilidad cuando juzga si el motivo justificativo de la ley, está o no basado en el concepto de interés general. Ya la consagraba el ilustre maestro Justino Jiménez de Aréchaga, al enseñar que, ... se ha admitido, además, la posibilidad de que la Suprema Corte, en los procedimientos de contralor de constitucionalidad, revise la razonabilidad de ese juicio formulado acerca de las conveniencias del interés general¹³. Esto es, razonabilidad del motivo invocado por el legislador, para limitar esos derechos, en función del interés general y no, en cambio, razonabilidad u oportunidad de la legislación misma.¹⁴

Por su parte, el autor argentino LINARES, para estimar la razonabilidad de la ley, exige “que exista cierta substancial y razonable relación entre el acto (ley, acto administrativo, sentencia), y la seguridad, salubridad, moralidad, y bienestar del público”, a lo que ha dado a llamar “la regla del equilibrio conveniente o de racionalidad o de las relaciones substanciales”¹⁵. En virtud de la declaración de la Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de la ley 16.226¹⁶ (establece la inapelabilidad de la sentencia de primera instancia para el inquilino excepcionante perdidoso en los procedimientos de arrendamientos) ésta ha dicho:

“Esta Corporación entiende que la norma legal atacada no cumple con la doble exigencia que formula Couture, esto es: carece de la nota de razonabilidad requerida (ya que nada justifica que se quite a una sola de las partes la segunda instancia, manteniéndole a la otra una nueva oportunidad de defenderse); constituyéndose así un desajuste a la “regla del equilibrio conveniente o de racionalidad” que refiere Linares” “En la medida que la ley atacada está dando una nueva oportunidad de defensa a la parte más fuerte en el proceso (que sin dudas es la CGN, dotada de una compleja infraestructura de recursos humanos y materiales a su servicio), resulta una distinción arbitraria e injusta”. En conclusión, la razonabilidad atiene a la relación entre los medios y los fines. En tal sentido, el Tribunal Constitucional español¹⁷ expresó que un juicio de razonabilidad satisfactorio aparece en la ley que condiciona el derecho a jubilación o retiro, por ejemplo, a requisitos objetivos como haber prestado servicio por cierto tiempo, haber cotizado durante un determinado período, etc. La distinción entre quienes cotizan por cierto lapso y quienes no lo hicieron es racional respecto al fin: la jubilación. Pero si la ley condiciona y limita el derecho a la pasividad al hecho de haber tenido buena conducta por ejemplo, desaparece la racional relación de medios y fin, ya que la diferenciación entre quienes cumplen con dicho requisito y quienes no lo cumplen no guarda una relación de racionalidad con el fin perseguido, o sea con el derecho a la jubilación.

3. Cuando puede el concepto de “interés general” limitar derechos fundamentales?

3.1 Sólo la ley es apta para esa limitación o privación (es la llamada por la doctrina “zona de reserva legal”), por lo tanto esto no podrá ser hecho por acto administrativo. La doctrina es mayoritaria en entender por “ley” en función de un criterio orgánico formal¹⁸ atendiendo al procedimiento utilizado para el perfeccionamiento de dicho acto (ley dictada por el parlamento).

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia¹⁹ ha señalado que “cuando el constituyente alude a la “ley” sin más especificaciones, hay que entender que se refiere tanto a la ley nacional o ley formal como a la ley departamental, más propiamente lo decretos departamentales. A raíz de ello, la Corte concluyó que éstos también podrán limitar derechos dadas las circunstancias.

Esta tendencia jurisprudencial es constante para la Corporación, ya que en otra sentencia ésta ha dicho²⁰ “La Corte, a través de sucesivas integraciones, ha expresado no compartir la opinión de que sólo a través de leyes en sentido formal pueden limitarse los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; considera que por medio de decretos departamentales también es posible limitar derechos fundamentales, siempre que se trate de materia municipal”.

13 La Constitución Nacional, edición de la Cámara de Senadores, 1992, t. 1, pág. 226.

14 Sentencia N° 42/93.

15 El “Debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina, págs. 29/30, y “Razonabilidad de las leyes, págs. 32 y 33.

16 Al respecto ver Punto 6 del informe.

17 En sentencia 114 de 987, citado en Martín Risso Ferrand, Derecho Constitucional, pág. 474.

18 Conf. Risso Ferrand y Cajarville Peluffo.

19 Sentencia N° 82 de 1991.

20 Sentencia N° 287 de 2002.

En parte de la doctrina también subsiste la posición que equipara a los Decretos de los Gobiernos Departamentales, en el sentido de hacerlos aptos para limitar derechos²¹. Esta se basa en que tanto la ley nacional, como el decreto de la junta departamental tienen la misma naturaleza jurídica desde el punto de vista material, en cuanto a que son normas jurídicas generales y abstractas.

El argumento más fuerte que utiliza la doctrina para negar dicha tesis, es que el artículo 256 de la Carta expresa que las leyes pueden ser declaradas inconstitucionales con los procedimientos previstos en el artículo 260, y también los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción pueden ser objeto de dicha declaración. Es obvio que si la expresión ley ya comprendiera a estos decretos, el artículo 260 sería innecesario.

En este sentido se pronuncia JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA²², al que adhiere PÉREZ PÉREZ, y MARTINS²³. Sin embargo, la Corte en sentencia N° 287 de 2002 descarta esta posición, ya que “de aceptarse la tesis de Jiménez de Aréchaga casi todos los decretos de las Juntas Departamentales serían antijurídicos, pues al imponer tributos, establecer normas viales o edilicias etc., están limitando derechos individuales.

La posición que parece más razonable en mi opinión es la de PABLO BALARINI²⁴, en la que afirma que si bien un decreto de la Junta Departamental podría limitar derechos individuales, éste solo podrá obrar dentro de la materia municipal, y en caso de no hacerlo, recién ahí sería inconstitucional.

Por otro lado, que se requiera ley para limitar derechos no significa que se deba dictar una ley para cada caso concreto que haya que limitarlos. Ello sería contrario a la naturaleza de la función legislativa y al principio de igualdad²⁵.

Esto se podrá hacer mediante:

3.1.1 Una supeditación del ejercicio de la libertad a condicionamientos fácticos indicados en la ley.

3.1.2 A través de la supeditación a la obtención previa de un acto administrativo de autorización o concesión.

3.1.3 Y finalmente, mediante previsión en la ley de circunstancias de hecho que faculten a la Administración a imponer la suspensión de la actividad o clausura del establecimiento o su encauzamiento en determinadas modalidades de funcionamiento.

3.2 Por razones de interés general (lo que será analizado más adelante).

3.3 Según la interpretación absolutamente mayoritaria o unánime según RISSO FERRAND, los derechos a que refiere la segunda oración del artículo 7 de la Carta refieren únicamente a los derechos reconocidos, y no a los preexistentes, los que no podrían ser objeto de privación o limitación alguna²⁶. En tal sentido, se sostiene²⁷ que por el hecho de ser personas humanas ya tienen (aunque la Constitución no lo dijera) ciertos derechos fundamentales que constituyen un mínimo respecto del cual la Carta, y las demás normas jurídicas no hacen sino precisar, reglamentar y garantizar.

Vale la pena aclarar que la doctrina es uniforme en señalar que no se priva al individuo del derecho, sino de su ejercicio²⁸. En tal sentido (y en ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad la ley del R.A.V.E) la Corte²⁹ adujo “cabe expresar, en primer término, que esa norma no priva a los propietarios de

21 Conf. Eduardo Jiménez de Aréchaga, Introducción al derecho, pág. 113, y Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho, pág. 148.

22 La Constitución Nacional, edición 1946 II, pág. 22.

23 Martins, El Municipio Contemporáneo, citado en la Revista de derecho Público N° 2, pág. 147.

24 Rev. De derecho público, pág. 147.

25 Conf. Cassinelli Muñoz; Cagnoni; Cajarville Peluffo; y Delpiazzo.

26 Conf. Martín Riso Ferrand, Derecho Constitucional, tomo I, pág. 475.

27 Conf. Korzeniak, José, Derecho Constitucional, pág. 77 y ss, y Cassinelli Muñoz, Horacio, Derecho Público, pág. 83 y ss.

28 Conf. Cassinelli Muñoz, Horacio, Los límites a los derechos humanos, utilizando cita a Jiménez de Aréchaga, Justino.

29 Sentencia del 19 de Mayo de 1989, publicada en L.J.U. tomo 100, caso 11344.

su derecho de dominio, por lo cual no corresponde reclamar la compensación previa y justa a que se refiere el art. 32 de la Carta. Limita, eso sí, en algunos aspectos, el ejercicio pleno de dicho derecho”.

Ante ello, RISSO FERRAND³⁰ distingue a los efectos de la posibilidad de limitar, restringir o privar mediante ley formal, tres hipótesis:

- A) Los derechos preexistentes: Los cuales no podrán ser limitados por acto jurídico alguno.
- B) Algunos consagrados en la Carta, pero no autorizados por ésta para limitar o privar: Estos son los casos del derecho a que no se aplique la pena de muerte (art. 26); a interponer el recurso de habeas corpus (art. 17); a obtener una indemnización por el daño causado por el Estado (art. 24); etc.
- C) Derechos que son tales, pero que frente a la ley aparecen como limitables, como lo son el derecho a la propiedad, la libertad, etc.

4. Jurisprudencia.

La Corte ha señalado antes de ahora que la constitucionalidad de las leyes es de principio y la ilegitimidad es de excepción y como tal debe ser limitada e interpretada estrictamente. Sólo es posible apartarse de tal solución en caso de comprobarse, por parte de quien lo alega, la inconciliabilidad entre el texto impugnado y las normas o principios constitucionales invocados³¹.

En otra sentencia³² la Corporación ha dicho que “La Constitución confiere una discrecionalidad limitada al legislador imponiéndole que atienda a razones de interés general, por la que, al apreciarse en el caso la constitucionalidad o inconstitucionalidad, de las dos disposiciones legales atacadas, la Corte deberá limitarse a constatar si en concreto se han observado por el legislador las razones de interés general requeridas por la Constitución.”

“En los debates de la Comisión de Constitución y de la Convención Constituyente, quedó aclarado el alcance y contenido asignado a los mismos. El referido ‘alcance y contenido’ fluye de estas expresiones de uno de los integrantes de la Convención...: ‘La finalidad de la Sub-Comisión es limitar la esfera de las leyes, exigiendo que sean de interés general. No será suficiente que la ley invoque un interés general, no bastará la etiqueta legislativa: la justicia puede examinar las razones invocadas’. ‘La Comisión ha querido acentuar más las garantías y determina que nadie puede ser privado de estos derechos, sino conforme a las leyes, pero exige que esas leyes se establezcan por razones de interés general. No bastará cualquier Ley, debe ser una Ley que se funde en el único motivo que pueda dar lugar a la limitación o privación de estos derechos, que es el interés general. No bastará la etiqueta en la ley: la ley debe responder a ese motivo...’ “.

Por otro lado, la Corporación en situación de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley 17.523 (por la reprogramación de depósitos bancarios) ha manifestado que “el derecho de propiedad no es absoluto ni irrestricto y tolera las limitaciones que la ley establezca por razones de interés general. En el caso, el interés general invocado por el Poder Ejecutivo y por los legisladores radica en la particularísima situación económico financiera del momento que puso en riesgo la cadena de pagos, la liquidez bancaria y el cumplimiento de obligaciones internas e internacionales por parte del Estado”³³. El argumento más fuerte de la Corte fue que tanto el derecho a la seguridad jurídica, como a la libertad contractual al modificarse los contratos, son pasibles de limitación por vía legal.

Asimismo, la Corte ha expresado que ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una

30 Ob. Cit., pág. 477.

31 Sentencias N° 21/95, 234/95, 211/98, 181/2003 entre otras y Vescovi, Enrique: “El proceso de inconstitucionalidad de la ley” en Cuadernos de la Facultad de Derecho N° 18, pág. 130 y ss.

32 Sentencia N° 525/2000.

33 Sentencia N° 133/04, publicada en La Justicia Uruguaya Tomo 130, año 2004.

concepción antisocial. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última³⁴.

En Jurisprudencia³⁵ absolutamente dominante la Corte ha dicho que la solución impuesta por la ley 16170 artículo 674 (de clausura de establecimientos comerciales) “el mecanismo resulta razonable -por motivos de interés general- (art. 7 de la Carta) ante la constatación de irregularidades que puedan tipificar fundadamente una situación ilícita. Por cuanto es de interés general que los obligados satisfagan los tributos que gravan su actividad, y lo hagan regularmente, para que el Estado pueda atender satisfactoriamente sus obligaciones”.

En ocasión de una acción de inconstitucionalidad sobre la ley 16.243 (ley de refinanciación de deudas) la Corte ha dicho que: “No toda ley que modifique los efectos de esos contratos en esa etapa de su iter es inconstitucional, puesto que el constituyente ha otorgado tal potestad al legislador, en tanto se atenga al interés de la generalidad, a preservar el beneficio de la mayoría, de los distintos grupos que la componen y que en múltiples ocasiones se vuelve el provecho de la sociedad en su conjunto y por esa vía, el beneficio, la utilidad o la ganancia se extiende a cada uno de sus integrantes.”³⁶.

Por otro lado, en la misma sentencia expresó “Se asiste en definitiva, a un conflicto entre derecho y el interés general o entre diversos intereses generales; en tal situación el legislador se ve abocado a la consulta del interés general superior y, ante la hipótesis de verdadera necesidad, deberá preferirse y sacrificarse uno a otro, en la medida que correspondiere y según jerarquización racional de los diversos intereses generales o derechos, que no sería otra que la que contemplara el mayor beneficio para la sociedad, en la emergencia, con algún subrayado en el original. Es que, se insiste, se debe valorar el tema, según la escala de valores que exista en el país y en un cierto tiempo, a los fines de determinar cuál es ese interés general que se califica de superior y por lo tanto permite privar o limitar otros derechos, alejándolos de su mismo plano”.

Sin dudas planteada la inconstitucionalidad, la Corte no podrá examinar el mérito³⁷ de la cuestión “En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia no puede declarar inaplicable una ley dictada por razones de interés general, alegando que hubiera sido más acertada o preferible una solución de mérito distinta. Ello, en rigor, pertenece a la órbita o potestad de la Asamblea General”.

La sentencia de la Corte que ha operado de “leading case” es del 26 de Noviembre de 1986³⁸, en la que ha sacado las siguientes conclusiones:

La Constitución confiere al legislador una discrecionalidad limitada.

Recordando los debates de la comisión de 1934 expresa que no es suficiente que una ley invoque razones de interés general, sino que es prescindible de la “etiqueta legislativa”, debiendo la Corte analizar si las mismas efectivamente existieron (varias sentencias posteriores la citan)

La Corte está habilitada a apreciar si la ley cumple con tal fin.

34 Sentencia de la S.C.J. N° 181/2003.

35 L.J.U. caso 134.085 publicada en el tomo 134.

36 L.J.U. Caso 12.777, Tomo 110, año 1995; en el mismo sentido se pronuncian las sentencias N° 102/66 y 8/93.

37 Sentencia N° 328/2004.

38 L.J.U. caso N° 10.797.

5. Ejemplos de Interés General según la S.C.J.

Sentencia	Año	Ley presuntamente inconstitucional	Cita
328	2004	17.523, arts. 3,4, y 5. (Fortalecimiento del sistema Bancario)	“Entonces, sin dudas, en el momento en que se dictaron normas ahora impugnadas existían poderosas razones de interés general para adoptar las medidas en ellas incluidas como lo fue el retiro del 45% de los depósitos de la plaza financiera local”.
12	2007	16.134, art. 69. (Clausura establecimientos comerciales por la D.G.I)	“En la medida que la disposición cuya declaración de inaplicabilidad se pretende resulta un texto legal que ampara el derecho del Estado a la percepción de tributos, sancionando a aquellos que desconozcan las disposiciones que regulan los mecanismos tendientes a su efectiva percepción, no se advierte lesión a los principios de orden superior invocados por el recurrente, encontrándose por demás razones de interés superior suficientemente acreditadas”.
168	2005	17.613, arts. 13 a 16 (segunda Ley de Fortalecimiento del Sistema Bancario)	“La existencia de créditos ciertos y créditos litigiosos es lo que justifica el tratamiento desigual, no advirtiéndose que el mismo sea caprichoso, arbitrario o discriminatorio, sino que tiene por finalidad facilitar la liquidación de la fallida”.
525	2000	16.736, art. 432 (aprueba la Carta Orgánica del Instituto Nacional de Abastecimiento).	“La creación del Instituto Nacional de Abastecimiento con la naturaleza jurídica de persona pública no estatal responde a un interés general de la sociedad. La “libertad” aludida en el art. 7 de la Carta no refiere concretamente a la libertad de contratación invocada por el accionante. Todos los acreedores de la ex Dirección Nacional de Comercio fueron alcanzados por la norma y sólo ha variado la relación obligacional”. Ese interés general “responde a una política de reforma del Estado por la cual se procura transferir de la estructura estatal determinados cometidos considerados no esenciales”.

256	1997	16697, art. 27. (Fija tasas del I.T.P.)	<p>“La posibilidad de limitación de estos derechos se ve en el caso afectado por las particularidades de la materia: seguridad social; y este rubro incumbe a la política social y económica del Estado debiendo el sistema atender los intereses generales para mantener la propia subsistencia del régimen”.</p> <p>La ley fue considerada como protectora del interés general, debido a que sin ella el sistema corría el riesgo de entrar en cesación de pagos, debido al alto costo del mismo. Por medio de las nuevas (en el momento) tasas del impuesto se habría salvaguardado en ese sentido el interés general.</p>
L.J.U caso 12.271 (T.A.C.)	1992	15.799, art. 19 (suspende lanzamientos en arrendamientos).	<p>“Si bien limita el derecho de propiedad del cesionario, sin privarlo, tal efecto deriva de razones de interés general evidentes”.</p> <p>La discusión del litigio se basaba en si una norma aparentemente constitucional -ya que hasta que no le fuera adjudicada una vivienda al inquilino por el B.H.U., éste no podía ser lanzado- podía generarle responsabilidad al Estado por acto legislativo.</p> <p>Si bien la sentencia no se pronuncia en profundidad sobre en que sentido beneficiaba al interés general la suspensión de los lanzamientos, parece ser que la situación de carencia de viviendas de la época obligaron a dictar tal ley.</p> <p>Según BENGÓA VILLAMIL¹ las razones de interés general que posibilitaron que la norma no fuese inconstitucional fueron la defensa de la parte más débil en la contratación; la desromanización del contrato; y que no hubo quiebra del principio de igualdad al configurarse dos grupos diferenciados de propietarios.</p> <p>Vale la pena resaltar que si bien la suspensión de los lanzamientos no fue declarada inconstitucional, si generó la responsabilidad del Estado.</p> <p>Es decir la Justicia siempre tuvo claro que el interés general en proteger al inquilino modesto debía acompasarse con la carga general de compensar al propietario que soporta individualmente un gravamen patrimonial; haciendo “social” el problema e “individual” la solución².</p>

L.J.U. caso 11344.	1989	Ley 15.799.	<p>“El interés general en aplazar los lanzamientos masivos en época de escasez de vivienda es notorio”.</p> <p>“Todo un largo proceso normativo apoyado en las dificultades de la población para la obtención de viviendas y en la necesidad de evitar la conmoción social que hubiera significado un masivo desalojo de personas, en general de modestos recursos, en una ciudad de escasas posibilidades de habitación”.</p> <p>“Cuanto queda dicho, pone de manifiesto la existencia del interés general exigido por el art. 32 de la Constitución de la República para autorizar al legislador a limitar el ejercicio del derecho de propiedad. Que, por lo demás, es la de velar por la seguridad y tranquilidad social, una misión del Poder Legislativo”</p>
Discordias en sentencia anterior:	<p>Balbelá de Delgue y Addiego Bruno:</p> <p>“Respecto al art. 19 y en lo que dice relación específica con la posibilidad de prorrogar sin plazo o “sine die” la suspensión del lanzamiento decretado hasta la efectiva ocupación de la vivienda, f. 21 y conforme a la adjudicación de que informa el certificado de fs. 20, colide, a mi juicio, con los textos constitucionales art. 7 y 32 de la Carta.</p> <p>Es incontestable que todo lo relativo a la materia de arrendamientos y desalojos es de orden público y que en tal sentido es este mismo orden el que justifica limitaciones a los derechos en aras del bien colectivo. Pero cuando esas limitaciones son de tal intensidad que afectan el equilibrio que debe presidir las pretensiones contrapuestas, inclinando la solución en beneficio exclusivo de una parte y en perjuicio exclusivo de la otra, sin que intervengan directamente en la producción de ese resultado, la norma que permite la consagración de ese desnivel, es manifiestamente inconstitucional. Lo mismo ocurre cuando el beneficio, aun no desproporcionado en intensidad, se extiende “sine die” en favor de una de sus partes, cualquiera fuere la situación económica del beneficiario,</p> <p>Es lo que ocurre con el art. 19 cuestionado, el que prevé la suspensión del lanzamiento por tiempo indefinido puesto que dura hasta que el Banco Hipotecario le adjudique al arrendatario la ocupación de una vivienda en venta o arrendamiento.</p> <p>No se ha tomado en cuenta por cierto la situación del arrendador, que contrató a término y se ve, por obra de la ley, atrapado por una situación de indisponibilidad por causas que no atienden precisamente al orden público, como lo son, indudablemente las dificultades económico-financieras por las que puede eventualmente atravesar la institución bancaria en la política que desarrolla”.</p>		

126	2000	Ley 16.906, art. 29 (regula la antigua prescripción de créditos laborales)	<p>“El legislador tuvo alguna razón legítima de interés general para establecer la diferencia impugnada (la de incentivar las inversiones en el país, al no quedar las empresas expuestas -por largo tiempo- a reclamaciones laborales)”.</p> <p>Aquí se limitó un supuesto derecho alegado de protección del derecho al trabajo, y de igualdad ante la ley.</p> <p>Se trata de un interés general pensado en la prosperidad de las empresas y su fortalecimiento, de modo de que no se vean afectadas por reclamos laborales provenientes de larga data.</p>
-----	------	--	---

6. Casos en donde se declaró inconstitucional una Ley por limitar derechos violando el interés general.

L.J.U Caso 10.797	1986	Decreto - Ley 15.501 (Unidades Cooperativas de Vivienda)	<p>“El decreto ley 15.501 no sólo no contempla el interés general, sino que ha concitado un firme rechazo por parte de los más próximos y directos destinatarios de sus normas” ... “Que a juicio de la Corte en mayoría, el D.L. 15.501 desconoce los derechos y garantías consagradas por los artículos 7, 32, 36 y 39 de la Carta. Respecto a las dos primeras disposiciones, porque suprime el derecho de propiedad de las cooperativas de viviendas -personas jurídicas-, transfiriéndolo a los socios cooperarios, y en cuanto a estos últimos, así como a los cooperativistas que los asociados resolvieron integrar como usuarios, por que priva a todos ellos de una actividad lícita (art. 36 de la Carta)” ... hablando de la norma la Corte expresa “lo rechazó una gran parte del movimiento cooperativista y los socios cooperarios; asociaciones de profesionales como la de Escribanos del Uruguay, estrechamente vinculados a la contratación sobre viviendas; el propio B.H.U...”.</p>
519	2000	Ley 15.226, art. 122 (establece la inapelabilidad de la sentencia de primera instancia para el inquilino excepcionante perdidoso)	<p>“No resultan recepcionables los argumentos desarrollados cuando la Contaduría alude que la razón de la desigualdad se encuentra en que la referida institución otorga una fianza especial y limitada, señalando asimismo que frente a la situación de incumplimiento se está afectando el patrimonio del Estado, por lo que entiende existen fundadas razones de interés general al comprometerse fondos públicos pertenecientes a toda la sociedad al permitir que se mantenga una fianza que por ley no puede permanecer. Las especiales características denunciadas referidas a los cometidos del órgano no pueden erigirse como argumento válido para entender que la norma dictada no vulnera el principio de igualdad de las partes contenido en el art. 8º de la Carta”³.</p>

7. Efectos de la declaración.

La tesis generalmente admitida en Uruguay afirma que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos *“ex tunc”*, es decir que no retrotrae sus efectos al día en que la ley se dictó. La solución se basa fundamentalmente en que la ley estaba vigente antes de ser impugnada por inconstitucional, y sigue vigente aunque la Corporación la declare inconstitucional³⁹.

8. Dos casos de interés.

En los siguientes casos se han limitado derechos sin cumplirse con el precepto constitucional.

A) Por Decreto del 31 de Mayo de 2005 se estableció que todos los restaurantes deberán contar con áreas de fumadores delimitadas sin conexión con otros sectores del edificio.

B) Por Decreto 98 del 16 de Mayo de 2004 se dispuso que todas las dependencias sanitarias, públicas y privadas son consideradas *“100% libres de humo”*.

9. Conclusiones:

1. Las cuestiones planteadas precedentemente se vinculan íntimamente con el alcance de los derechos subjetivos y la viabilidad de que éstos sean modificados, limitados o eliminados por el legislador.
2. La Constitución confiere al legislador la posibilidad de limitar derechos constitucionales, pero esa discrecionalidad es limitada. Y ello porque le impone que atienda a razones de interés general para limitar los derechos establecidos por la propia Constitución.
3. La limitación no puede fundarse en cualquier interés sino únicamente en el superior interés general, es decir, equivalente al bien común entendido no como la mera suma de bienes particulares sino como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman, el logro más pleno de su perfección⁴⁰.
4. La noción de interés general aparece claramente vinculada con el concepto de razonabilidad (habrá que realizar un juicio de razonabilidad en sentido amplio).
5. La motivación de la limitación cobra una importancia capital. No se trata de una motivación formal, sino de la verificación de la existencia de las razones de interés general que justifican o motivan la restricción.
6. Las causas justificantes se deberán buscar en varios lugares:
 - a. En primer lugar, en la Constitución (valores constitucionales, principios generales y disposiciones referidas a los derechos humanos).
 - b. En segundo lugar⁴¹ en los tratados, pactos, convenciones y declaraciones aprobadas por el Uruguay en materia de Derechos Humanos.
 - c. No basta la *“etiqueta legislativa”* en el sentido de que se trata de una disposición en aras de un interés general, sino que hay que analizar el fondo.
 - d. Analizada la motivación de la ley, debe necesariamente pasarse al análisis del fin.
 - e. Tanto la causa, como los fines deben ser analizados desde una óptica temporal.

³⁹ Conf. José Korzeniak, Primer Curso de Derecho Público, pág. 151.

⁴⁰ Conf. Carlos Delpiazzo, Ob. Cit., pág. 7.

⁴¹ Conf. Risso Ferrand, ob. Cit., pág. 498. En este sentido, seguramente parte de la doctrina estará en contra, ante ello será trascendente la concepción monista o dualista que se tenga sobre el derecho.





NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Código Penal", tomo II

anotado por Miguel Langón Cuñarro (por Gonzalo Aires)

"De profesor a profesor

Diálogo sobre la educación universitaria", de María de las Mercedes Rovira Reich (por Carlos E. Delpiazzo)

"El hilo conductor"

de Sergio Abreu (por Carlos E. Delpiazzo)

"Dereito"

Revista Xuridica de Universidade de Santiago de Compostela, Nº 16 (por Beatriz Bugallo)



CÓDIGO PENAL Y LEYES COMPLEMENTARIAS DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

TOMO II. DE LOS DELITOS EN PARTICULAR, COMENTADO, SISTEMATIZADO Y ANOTADO POR EL PROF. DR. MIGUEL LANGÓN CUÑARRO.

“No me hago ilusiones acerca de la suerte que le está destinada. El Colegio se ocupará de él; lo estudiará, lo perfeccionará, hará en suma, todo lo indispensable para que el Parlamento lo transforme en Ley, pero el Parlamento lo dejará envejecer en las carpetas y cuando resuelva prestarle atención, ya no será digno de ella” José IRURETA GOYENA. (Exposición de motivos del Proyecto del Código Penal).

Lejos ha de estar, del pensamiento de Irureta Goyena la realidad de nuestro Código Penal, que aunque no perfecto y quizás para algunos algo inconveniente o desarmonizado, lo concreto es que en Uruguay existe desde 1934, formalmente aprobado y en vigencia, luego de que el Gobierno dictatorial de Gabriel Terra, lo aprobara a tapas cerradas. En él, la dinámica de la vida en sociedad, ha requerido constantes cambios que han hecho posible la coexistencia pacífica de seres tan disímiles como las situaciones frente a las que nos solemos encontrar los operadores del derecho.

En nuestras bibliotecas jurídicas existen varias ediciones del Código Penal que tratan de recoger las últimas modificaciones de ésta rama del derecho. Seguramente, Inspirado por éste espíritu en el año 2003, nuestro Profesor el Dr. Miguel Langón Cuñarro, comienza un estudio pormenorizado de la totalidad de la legislación penal uruguaya, de por sí difusa, contenida en el propio Código Penal, en Tratados Internacionales ratificados por el Uruguay, leyes, Decretos y Ordenanzas, más un vasto material doctrinario, publicando ese mismo año el Tomo I del Código Penal, dedicado a la Parte General del mismo cuidadosamente anotado y comentado, edición que debió reeditarse en el año 2006.

Luego en los años 2004 y 2005, se publican los volúmenes I y II respectivamente de ésta obra, dedicados a la Parte Especial del Código, edición que como era de esperarse se agotó en breve tiempo.

Finalmente en el 2007, se edita en un solo libro el Tomo II del Código Penal, referido a la Parte Especial, lo cual obligó al Profesor Langón a una revisión total del texto, como él mismo lo afirma en el prologo de la segunda edición, debido a las grandes y constantes reformas producidas a la legislación de la materia.

Ésta magnífica obra, de uso obligatorio para todos los estudiantes, docentes y operadores del derecho en general, cuenta con la inmejorable ventaja de recopilar en un solo texto, no sólo los delitos contenidos ya en el Código Penal, sino que además incorpora una importantísima legislación penal de sanción más reciente, como la introducida a nuestro ordenamiento jurídico por Ley 17.897 de 14 de setiembre de 2005, más conocida como Ley de Humanización de Cárceles con numerosas modificaciones a delitos en particular, así como la ley 18.206 de 25 de setiembre de 2006, la que a través de la ratificación del Estatuto de Roma, introduce en nuestra legislación los denominados Crímenes de lesa Humanidad, contextualizando además a nuestro país en el ámbito del derecho penal internacional.

En ella podemos encontrar artículo por artículo comentado y sistematizado, de forma que logra una muy buena ilustración al lector con un completo análisis descriptivo de los tipos penales. Así y por primera vez en nuestro país contamos en un solo libro con el texto normativo, con sus antecedentes, concordancias y el comentario en profundidad de nuestro Código Penal y sus leyes complementarias.

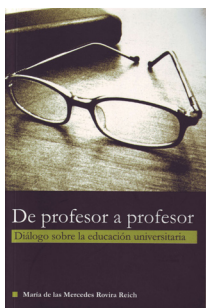
Como viene de decirse, son innumerables las ventajas y comodidades que ofrece ésta publicación completamente actualizada, que es el mejor reflejo de la calidad y calidez de su autor, el Profesor Dr. Miguel Langón Cuñarro, a quien tuvo la suerte de disfrutar como Profesor hace ya alguno años y como

Maestro y Formador ahora en la Cátedra de Derecho Penal, tanto en la Universidad de la República como en la Universidad de Montevideo.

Del mismo no se necesita ninguna presentación, ya que su prestigiosa e impecable trayectoria en el Ministerio Público, primero como destacado Fiscal del Crimen y actualmente como Procurador del Estado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su incansable vocación docente en las más prestigiosas aulas universitarias lo describen del mejor modo.

Una labor clara, prolija, cuidadosa y exquisitamente comentada y sistematizada que es de referencia obligatoria y provechosa en el más elevado ámbito académico – profesional.

Dr. Gonzalo AIRES FRUGONE



DE PROFESOR A PROFESOR

Diálogo sobre la educación universitaria

MARÍA DE LAS MERCEDES ROVIRA REICH
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
MONTEVIDEO, 2007

La presentación de un libro puede estar centrada en la persona del autor o en su contenido y, en cualquiera de ambas hipótesis, debe promover la lectura del mismo.

En este caso, la autora no requiere de presentación porque es una de las "almas mater" de la Universidad de Montevideo, habiéndose desempeñado hasta hace poco como Decana de la Facultad de Humanidades, en la que su huella profunda no podrá ser borrada.

En cuanto a su relación con la obra, me valgo de las palabras del Profesor José Luis García Garrido, Catedrático de Educación Comparada e Internacional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid), quien, en el Prólogo del libro, dice de la autora que posee "todos los requisitos necesarios para llevar a buen puerto su cometido. A sus estudios filosóficos y educacionales, realizados en una institución española tan prestigiosa como la Universidad de Navarra, añade una florida hoja de servicios como profesora y como responsable en tareas de gobierno en la Universidad de Montevideo, sin abandonar nunca esa imprescindible labor investigadora que todo docente universitario necesita".

Tras el Prólogo, el libro presenta unas Notas de Dedicación, de las que rescato dos párrafos que nos permiten adentrarnos en la obra. Allí se dice: "No es éste un manual para el que gobierna una universidad. Tampoco para el docente en busca del éxito inmediato, del brillo personal. Menos aún una guía práctica para conseguir óptimas evaluaciones numéricas por parte de los estudiantes al terminar un curso". Y agrega más adelante: "estas páginas no aspiran a decir nada nuevo acerca del profesor universitario... sino a conversar con mis iguales, basándonos en serenos pensamientos de los clásicos, y en hechos ocurridos en la clase de ayer".

Efectivamente, el libro aporta una interesante combinación de conceptos y experiencias bien transmitidas a través de cuatro capítulos y un epílogo, seguido de un apéndice de lecturas elegidas sobre la Universidad.

En tal sentido, puede decirse que la obra consta de dos grandes partes (aunque no está estructurada así):

a) la primera es un examen de conciencia para el Profesor que, en muchos párrafos, más que un diálogo, es una interpelación; y

b) la segunda está centrada en la institución Universidad, su misión, lo que debe ser y lo que no debe ser, a través de citas escogidas de autores destacados.

Lo que llamo la primera parte (77 páginas) comienza con el capítulo I, que trata de la "*Alegría y dignidad de ser profesor*". Puede llamar la atención que se comience hablando de la alegría pero ella es connatural a la vocación docente.

Como lo pusiera de manifiesto años atrás el maestro de la enseñanza personalizada, Víctor García Hoz, la alegría es fin de la educación. Distinguiendo entre placer, alegría y felicidad, decía que "La unión con el bien, la esperanza del bien o la actividad bien realizada, es decir, connatural con nuestras facultades,

produce la alegría como una consecuencia que a su vez reobra sobre nuestra situación y actividad". Y concluye: "Se pudiera resumir la actuación educativa en orden a la alegría como la ayuda a la persona humana con el fin de que desarrolle su inteligencia para descubrir el bien y su voluntad para realizarlo" (en: "Pedagogía visible y educación invisible", Rialp, Madrid, 1987, págs. 79 y 97).

Según destaca la autora del libro en comentario, no hay que olvidar que "El objeto de la profesión del profesor no es un algo o una realidad social, sino que es un alguien; el objeto es a la vez sujeto... Habrá una relación entre sujetos". Por eso, la dignidad de la labor docente.

El capítulo II se titula "*El ser y el hacer del profesor: crecer como persona*". Allí la autora enfatiza que "educar es un arte" ya que "no se trata sólo de transmitir y enseñar contenidos teóricos, sino sobre todo modelos y valores que guíen el conocimiento práctico y la acción, y ayuden a adquirir convicciones e ideales. El educador, como el artista, siempre elabora piezas únicas".

Contrariamente, llama "pseudo maestros" a "los que rebajan las exigencias por cobardía o por congraciarse con sus alumnos" y a los que tienen "cobardía para llamar las cosas por su nombre".

El capítulo III está dedicado a "*Ser y madurar como profesor*" y gira en torno a la idea de que "los verdaderos maestros son los que llevan implícito el lema: educar es ayudar al discente a prescindir del docente. En este empeño, lo normal es subordinar lo personal. Así, la búsqueda de métodos adecuados a los oyentes y el emplearse a sí mismo como instrumento, son consecuencias de esa humildad que esta tarea se encarga de desarrollar en quien trabaja con amor a la sabiduría".

Se trata de una exigencia de la enseñanza personalizada, consistente en ayudar al estudiante a formular su propio proyecto personal de vida y adquirir la capacidad para realizarlo. Para ello, la labor del docente debe ser (así: Víctor García Hoz - "Pedagogía visible y educación invisible" cit., pág. 177 y sigtes.):

- a) abierta, es decir, basada en la diferencia y la complementariedad, y no en la oposición, la disyuntiva y el reduccionismo;
- b) reflexiva y crítica, o sea, apoyada en la reflexión sobre la realidad que tenemos delante, valorándola sin manipulaciones;
- c) operante y creadora, vale decir, dinámica y libre, que ayude a pensar;
- d) convivencial, que neutralice la acción despersonalizante de la masificación, promoviendo la aptitud de compartir; y
- e) alegre y sobria frente a la depresión que impone la sociedad de consumo.

Es que -como dice Rovira- "A la gente joven, aunque aparenten tener todo resuelto y bastarse entre ellos mismos, con su limitada jerga de gestos y sonidos a veces casi guturales, le hacen falta modelos, puntos de referencia a los que acudir para consolidarse humana y profesionalmente. Y los profesores debemos tener la rectitud e independencia suficiente, como para actuar según nos dicte la conciencia y no como quede políticamente correcto en cada ambiente".

El capítulo IV se refiere al "*Desafío y conquista del alumno*", que pasa por cumplir a cabalidad los deberes de profesor. Entre las múltiples reflexiones que aporta la autora en este capítulo, destaco la siguiente: "La tarea del profesor es responder. Es su servicio a los alumnos, y donde se prueba la autoridad científica como profesor. Una gran responsabilidad que exige el esfuerzo constante por estudiar y estar al día... lo propio del profesor no es la *potestas* -el poder que deriva del cargo- sino la *auctoritas*, el respeto que inspira aquel que domina el conocimiento de su ciencia...".

Finalmente, el Epílogo luce como subtítulo "*Alumno hoy, profesional mañana*" como un lema que el profesor debe tener presente. Termina el epílogo con los siguientes conceptos: "Ser profesor es una opción profesional, y su quehacer tiene -también- consecuencias públicas. Se eduque en un centro público o

privado, es inherente a la persona tener carácter social. Por eso el profesor tiene la conciencia de estar formando a los futuros profesionales, padres de familia, políticos, dirigentes, ciudadanos. Su hacer es como un río caudaloso y energético que desembocará después en el mar de la sociedad. Esa es su grandeza y su servicio, y la responsabilidad que lo acompañará siempre”.

Con estas palabras termina lo escrito por Rovira, pero no el libro, que se prolonga en una segunda parte (39 páginas) que, bajo la denominación de Apéndice, recopila una selección de textos sobre la Universidad extractados de obras de grandes autores (Alejandro Llano, José Ortega y Gasset y John Newman, entre otros), agrupados en cuatro grandes temas:

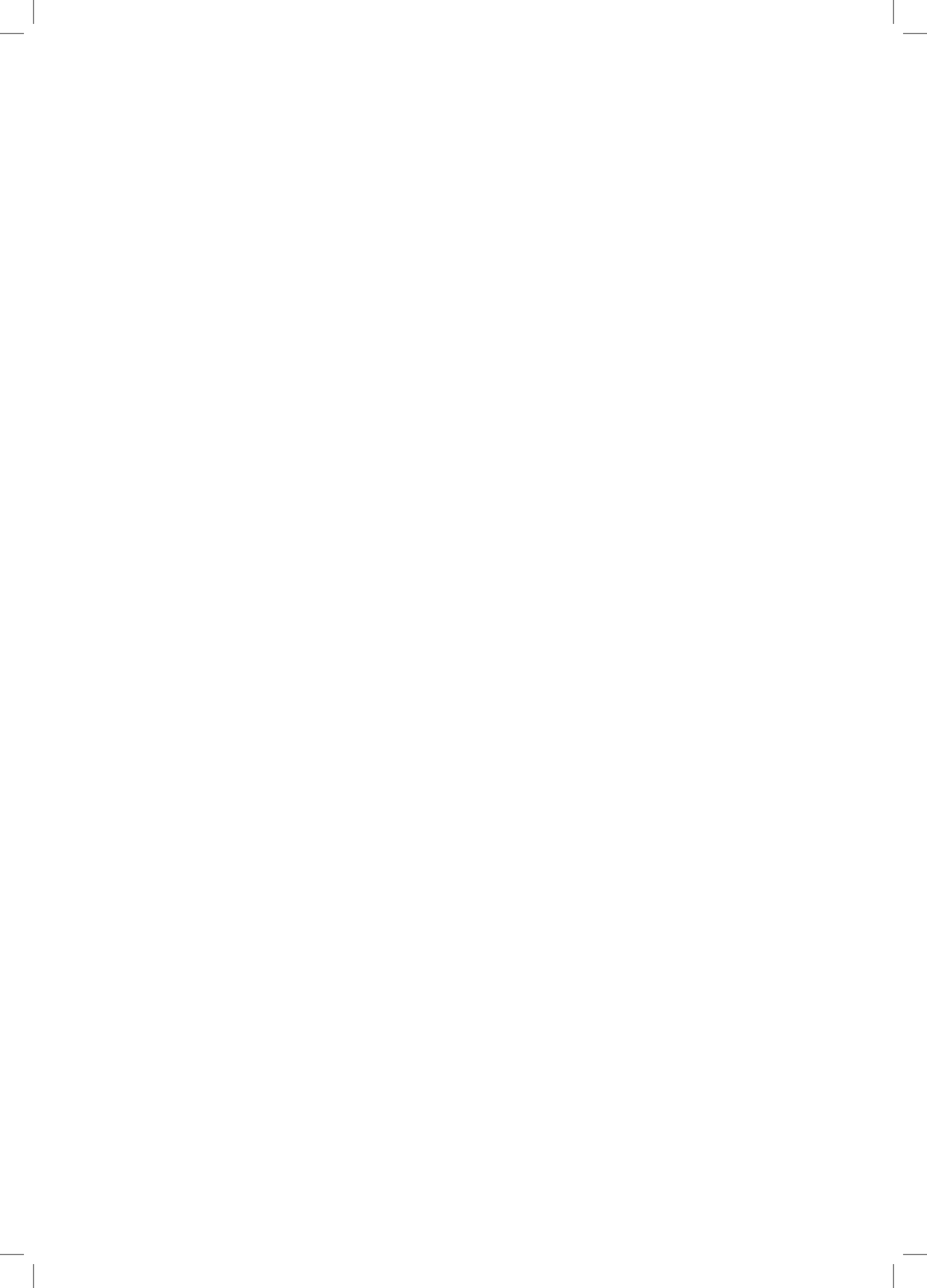
- a) lo perenne de la Universidad;
- b) lo que fomenta la Universidad en las personas;
- c) lo que la Universidad vuelca en la sociedad; y
- d) lo que la Universidad no es.

Para no extenderme, rescato entre dichos textos los dos siguientes (expuestos por dos eminentes ex Rectores) que creo fundamentales hoy y aquí:

a) “La educación universitaria debe partir desde el principio de que lo importante no es enseñar, lo importante es aprender. Porque la única finalidad de la enseñanza es el aprendizaje... Nadie puede sustituir al alumno: nadie puede aprender por él, mejor que él, si él no aprende. El protagonista nato de la educación es el estudiante...” (Alejandro Llano, ex Rector de la Universidad de Navarra).

b) “El nivel de una universidad los configuran muchos factores, pero creo que el único determinante es la calidad del profesorado” (Henry Rosovsky, ex Rector de la Universidad de Harvard).

Dr. Carlos E. Delpiazzo





EL HILO CONDUCTOR

SERGIO ABREU
MONTEVIDEO, 2007, 350 PÁGINAS

Sabido es que la presentación de un libro tiene siempre dos referencias obligatorias: al autor y a la obra.

I

En este caso, es innecesario hablar del autor porque es notoria su actuación en los más altos cargos con que el país puede honrar a sus hijos: Ministro de Relaciones Exteriores (1993 a 1995), Presidente de la Ronda Uruguay del GATT (1994), Ministro de Industria, Energía y Minería (2000 a 2002), Senador por dos períodos.

Sin embargo, yo quiero destacar dos aspectos menos visibles pero más importantes de Sergio Abreu:

- a) su dimensión familiar -primero en su hogar natal (con sus padres y hermano) y luego junto a Lucía, Mariola, Pilar, Sergio Juan, Diego y los nietos- porque la familia bien constituida no sólo es la base de la sociedad (como dice el art. 40 de la Constitución nacional) sino que es el fundamento de la estabilidad emocional, moral y espiritual de sus integrantes; y
- b) su dimensión como jurista -tanto como abogado cuanto como consultor y profesor- porque el hombre de Derecho, que lo ejerce, lo cultiva y lo enseña tiene una perspectiva de la realidad más ponderada y serena, que mide efectos y consecuencias.

Ambos aspectos de la personalidad del autor son dos cables a tierra que evidencian un observador agudo, estudioso, sensato y con visión patriótica del país.

II

En cuanto a la obra, corresponde distinguir su prólogo y su contenido.

El Prólogo, entrañable, tiene la pluma del Dr. Enrique Beltrán. Allí, este distinguido compatriota enhebra sus reflexiones en torno al título del libro: "El hilo conductor". Señala que "en el tumulto de acontecimientos, imprevisibles muchos de ellos, que se suceden a tal ritmo que parecen inverosímiles, que se desarrollan entre dificultades y contradicciones, las opciones no suelen ser entre el bien y el mal, sino a veces entre males y menos males, con rivales que no perdonan e intereses que compiten o simplemente procuran ahogarlos. En tales circunstancias, se requiere un hilo conductor en el mundo de hoy que nos asegure el rumbo, la corrección de la marcha, el propósito que perseguimos. Hilo conductor que viene del pasado pero enriquecido por nuevos desafíos y realidades. Si aún así no alcanzáramos la meta esperada, es probable que hayamos ganado en experiencia, sabiduría y respeto, con lo que seguramente alcanzaremos nuevas metas".

El contenido del libro, compuesto a partir de discursos escogidos, refleja la dilatada trayectoria de Sergio Abreu y su visión del mundo, de la región y del país, tanto en su actualidad como en su historia. En tal sentido, se inscribe en la línea -verdadero "hilo conductor"- de otras obras suyas anteriores: "Mercosur e integración" (1991), "Uruguay y el nuevo orden mundial" (1992) y "Mercosur: una década de integración" (2000).

La primera parte, dedicada al *mundo global en el que se inserta Uruguay*, comienza con un discurso sobre la paz, que presupone un desarrollo más equitativo. Para ello, reclama un comercio internacional más justo y libre de dobles discursos y proteccionismos, como lo evidencia en la enjundiosa exposición en el Senado sobre el fracaso de la Ronda de Doha y en sus intervenciones de apertura y clausura de la Ronda Uruguay del GATT.

Insiste reiteradamente el autor en que la brecha que hoy divide al mundo ya no es ideológica sino productiva, social y tecnológica.

En la segunda parte, dedicada al *contexto regional*, enfatiza en el Uruguay como puerta de entrada y bisagra del puzzle regional, reflexiona con ponderación acerca del ingreso de Venezuela al Mercosur, y previene -con visión de estadista- contra el bilateralismo de Argentina y Brasil.

Sus análisis son profundos y, a la vez, gráficos. En tal sentido, rescato tres expresiones de ello:

- a) en la discusión parlamentaria de la creación del Parlamento del Mercosur, señaló que "es como comprar el terreno del vecino sin tener agua en la casa";
- b) cuando interpeló a los Ministros de Economía y Finanzas y de Relaciones Exteriores acerca del hoy del Mercosur, dijo que siendo uno de sus "fundadores", no quería estar entre sus "fundidores"; y
- c) describiendo la realidad de nuestros países, expresó que "el Mercosur sufre de anemia solidaria".

En esta parte del libro llama la atención la diversidad de centros de atención iluminados por la visión geopolítica de Sergio Abreu, transitando por temas tales como el Acuífero Guaraní, las zonas francas, la hidrovía Paraguay, Paraná Uruguay, y la plataforma continental.

La centralidad del *interés nacional* está presente en todo el libro pero especialmente en su tercera parte.

Allí enfatiza en que el interés nacional no es la suma de los intereses particulares legítimos sino el bien común de la sociedad toda.

También destaca que el gobierno no es una opción entre el bien y el mal sino una opción entre posibilidades limitadas, que caracteriza gráficamente como "el recorte que la visión de Estado le hace a la legítima aspiración de los que representan los intereses sectoriales".

A juicio del autor, la democracia supone:

- a) un sistema creíble;
- b) un Estado fuerte; y
- c) un gobierno respetado, cuyas condiciones resume en que no todo le de igual, que apueste al entendimiento (en base a valores compartidos) y que persiga el interés nacional.

La expresión de tales ideas fundantes se engarza luego con épocas claves de nuestra historia, análisis que Sergio Abreu realiza a través de las páginas, entre otros, de dos libros destacables:

- a) “El Uruguay Internacional” de Luis Alberto de Herrera, del que destaca la afirmación de la sociedad frente al Estado, la defensa del país como llave de la Cuenca del Plata, la valorización de la patria -cuya “independencia se alcanzó no por concesión sino por determinismo de los orientales”, y la apuesta al esfuerzo propio; y
- b) “La patria misionera” de Carlos Suárez de Lima, a partir de cuya obra afirma que no somos ni la Suiza de América ni la Patria Grande, destacando la integración indígena en la gesta artiguista y hasta el presente.

III

En suma, una obra vigorosa, que motiva e ilustra acerca de la necesidad de mirar al mundo y a la región desde una visión nacional sin perder de vista “El hilo conductor” que debe vincular a los componentes entre sí y con el todo.

Dr. Carlos E. Delpiazzo



DEREITO. REVISTA XURIDICA DE UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. 16 . 1 [2007]

**Número Especial. In memoriam
Prof. Dr. José Manuel Lete del Río
Universidad de Santiago de Compostela, 2007, 450 págs.**

La revista jurídica "Dereito" es editada por la Universidad de Santiago de Compostela, impresa por su Servicio de Publicaciones y la recibimos en la Universidad de Montevideo como intercambio por la Revista de Derecho. Tiene una frecuencia periódica semestral de publicación, siendo su año de inicio 1992. Se publica en gallego, pero también numerosos artículos se publican en idioma español.

El Número Especial que comentamos se destaca por constituir un homenaje al Prof. José Manuel Lete del Río (1938 – 2007), Catedrático de Derecho Civil, que falleciera repentinamente en un accidente de tránsito. El Profesor homenajeado tuvo una destacadísima labor académica en su materia, siendo muy apreciado por todo el ámbito universitario. En veintidos trabajos de autoría de Profesores de la más alta calificación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela se le recuerda, encabezando dicho elenco un trabajo publicado a título póstumo del propio homenajeado.

La temática de los artículos es variada, aunque fundamentalmente de Derecho Civil y, en algunos casos, destacándose la visión galleguista del Derecho.

"Breve Historia del Derecho Civil gallego", es el trabajo de autoría de José Manuel Lete del Río, que describe la evolución del Derecho Civil de Galicia desde sus orígenes hasta la moderna Ley de Derecho civil de Galicia de 2006. Reconociendo que Galicia careció de autonomía legislativa desde la Reconquista hasta aproximadamente fines del siglo XIX, destaca que en la aplicación normativa se tuvieron en cuenta "costumbres territoriales o locales representativas de un conjunto de especialidades jurídico-civiles y, por tanto, acreditativas de la existencia y subsistencia de un Derecho consuetudinario peculiar", con desigual arraigo dentro del propio territorio galaico. Presenta sucintamente las características más relevantes de los diversas etapas.

"Matrimonio de conveniencia: argumentos vergonzantes y paradojas inocuas", del Catedrático de Derecho internacional privado Santiago Alvarez Gonzalez, aborda una realidad creciente en la práctica española y europea, desde tres dimensiones: derechos humanos, Derecho privado, Derecho de extranjería. Se refiere de esta forma a matrimonios que se realizan fuera de España o incluso por poder en España entre un ciudadano español y otro de un país que no integra la Unión Europea. En varios de estos casos se ha considerado estar ante matrimonios simulados con propósitos referidos con los efectos migratorios y no personales. Ello dio lugar a la enunciación formal de una serie de "presunciones de simulación" por parte de la Dirección General de Registros y del Notariado que son comentadas, destacándose las paradojas a que la situación da lugar en el Derecho español actual. Fruto de su análisis, como sucede con todo trabajo agudo, quedan interrogantes que presenta en la siguiente forma: "¿cuál es hoy el contenido esencial del "ius connubii" en el contexto internacional? Aunque si mi descripción de la realidad es fidedigna, la respuesta, a los efectos de los matrimonios de conveniencia, también sería inocua; ¿y cuál es el contenido institucional de este "nuestro" matrimonio que – afortunadamente – se celebra porque sí, se disuelve a voluntad y el incumplimiento de las obligaciones estrictamente personales asumidas carece de sanción?"

"Hacia un nuevo sistema de preferencias entre créditos en las ejecuciones singulares del patrimonio del deudor", del Catedrático de Derecho Mercantil Manuel Botana Agra, trata de un aspecto tradicional del Derecho patrimonial, particularmente del Derecho concursal, que se renovara en España con la aprobación de la Ley 23/2003 Concursal.

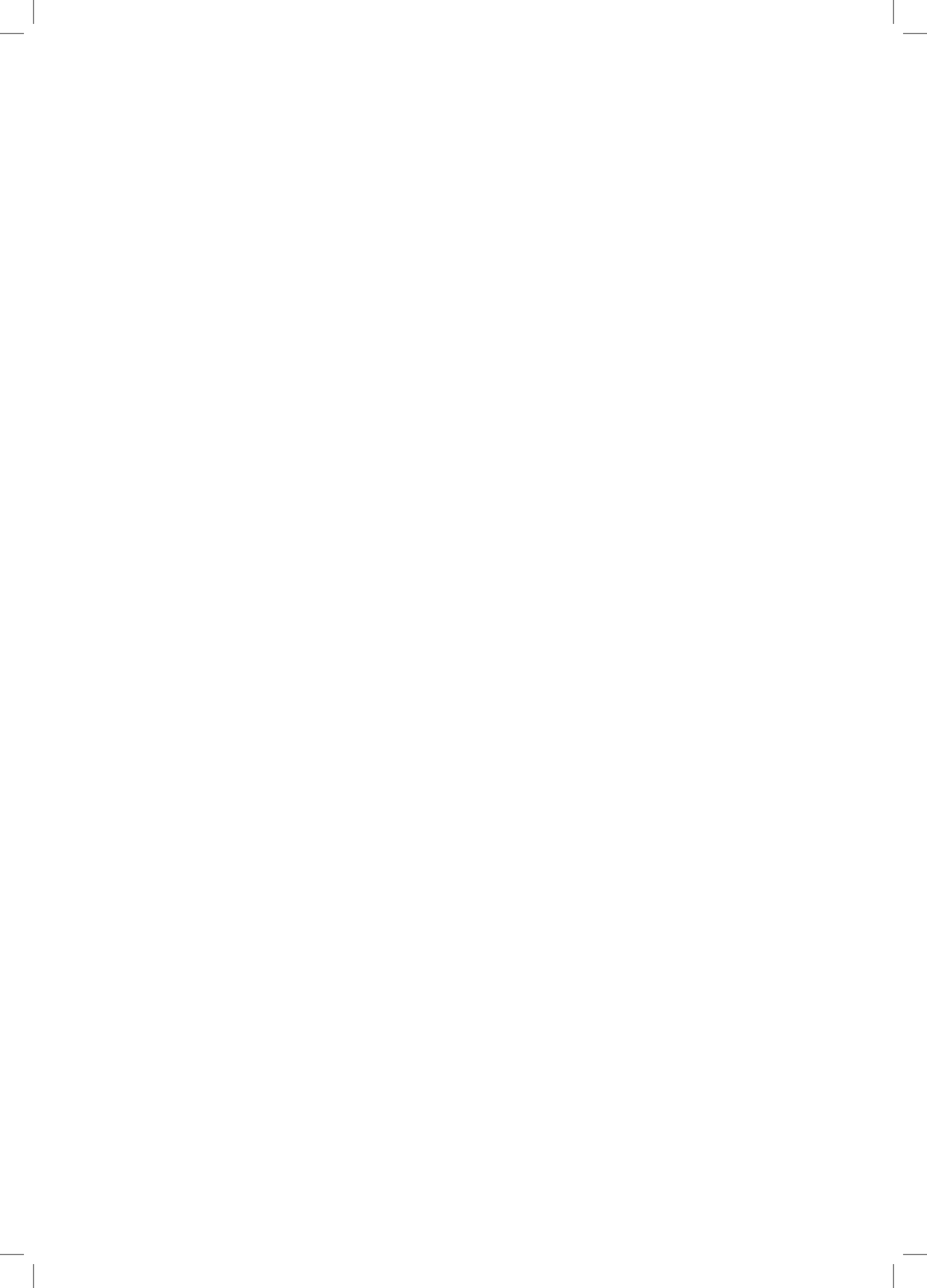
"A disposición testamnetaria de bens gananciais no Dereito civil de Galicia", de Marta Carballo Fidalgo, Profesora de la Universidad de Santiago de Compostela, que analiza – en gallego – la reglamentación dada por la Ley 2/2006 de 14 de junio de 2006, Ley de Derecho Civil de Galicia, en relación con la disposición testamentaria de bienes gananciales. Los artículos 205 a 207 de la referida norma, establecen un régimen novedoso que supera – en consideración de la autora - deficiencias del artículo 1380 del Código Civil español.

"La representación indirecta en la Jurisprudencia menor de los últimos diez años", de Beatriz Fernández Gregoraci, Profesora Contratada del Programa Juan de la Cierva, Departamento de Derecho Común de la Universidad de Santiago de Compostela, y que se enmarca en el Proyecto de Investigación "Los daños morales en la Unión Europea: armonización sustantiva, ley aplicable y competencia jurídica internacional", subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia español. En concreto, en el trabajo publicado se analizan las sentencias de las Audiencia Provinciales de los últimos diez años sobre los efectos jurídico-obligacionales en la representación indirecta. Se desarrolla en tres partes: análisis de los supuestos en los que los tribunales entienden que ha existido representación indirecta; interpretación e la expresión "cosas propias del mandante" del artículo 1717 II Código Civil español; estudio de dos casos en los que la representación indirecta entra en juego en el ámbito cambiario.

"Los trabajadores no asalariados: un análisis desde el Derecho francés", constituye el aporte de Consuelo Ferreiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo. Parte del análisis de la sentencia Labbane, del Tribunal Supremo francés, que plantea lo que considera la correcta recalificación de los cotnartos de trabajo cuando su forma no coincide con el contenido. Se destaca de dicha sentencia la clara doctrina que introduce entre los conceptos de dependencia económica y parasubordinación.

Los restantes trabajos que completa el volumen son: "Ley de mejora en la protección de ocsumidores y usuarios", de Ana Fidalgo; "La disolución del matrimonio "in favorem fidei" en la tradición canónica del primer milenio", de Dolores García Hervás; "Permuta y derecho de superficie como alternativas en el proceso de urbanización. Su tributación en el IVA", de César García Novoa; "Las parejas de hecho en el Derecho civil gallego o cómo la corrección política da palos de ciego", de María Paz García Rubio; "La Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta: un modelo de autocensura", Enrique Gómez Reino y Carnota; "La reforma del reglamnto notarial: creación de una nueva modalidad de acta de notoriedad", de Margarita Herrero Oviedo; "Régimen tributario de las indemnizaciones por cese en la relación laboral" de Antonio López Díaz; "La preterición en el Derecho civil de Galicia" de María Madriñán Vázquez; "Sucesión internacional: algunos problemas relativos a la aplicación de la norma de conflicto a través de la reciente práctica jurisdiccional española" de Javier Maseda Rodríguez; "De nuevo sobre la revisión de oficio de las transacciones judiciales en las que es parte la administración", de Luis Míguez Macho; "Algunas notas en torno a la responsabilidad civil de los auditores frente a terceros ajenos al contrato de auditoría" de Marta Otero Crespo; "El derecho de la persona en la obra del Dr. Lete del Río" de Milagros Otero Parga; "Breves reflexiones sobre la legitimación activa en el arbitraje de consumo" de Victoria Picatoste Bobillo; "Sobre la presencia del Derecho natural en el Derecho civil del profesor Lete del Río", Francisco Puy Muñoz; "A propósito de "Le déclin des problèmes internationaux de forme des testaments". Observaciones para un reglamento comunitario" de Marta Requejo Isidro; "El concepto de aparcería en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia", de Juan Franciscó Riobó Fernández; y "El retracto de graciosa del Derecho civil gallego: entre tradición y reforma" de Belén Trigo García.

Beatriz Bugallo





Se terminó de imprimir en los
talleres gráficos de Tradinco S.A.
Minas 1367 - Montevideo - Uruguay - Tel. 409 44 63
Impreso en setiembre de 2008

Edición amparada en el decreto 218/996 (Comisión del Papel)