



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

El anti-hismo como actitud

DOCTRINA

DE LEZICA, María de Todos los Santos

Una consideración dialéctica del "Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas"

FLEITAS DE LEÓN Luis A. , DERDE-RIÁN MINASIÁN Eduardo

El "Principio de especialidad" como límite y marco dimensionante, de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado.

PÉREZ BENECH, Viviana

Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones

SCHNEEBERGER, Christian

El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ROTONDO TORNARIA, Felipe

Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo con inclusión de la nueva ley No.18.437

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 53 de 13 de febrero de 2008.

GATTI, Flavia

Legitimidad de la tercerización de servicios médicos.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Chuy N° 34 de 28 de junio de 2007 y Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno N° 184 de 5 de junio de 2008.

LANGON CUÑARRO, Miguel

Absolución por el delito de violencia privada.

INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

MARSHALL, Sabina Díaz

Naturaleza y función del seguro de caución

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

FAGET, Cecilia

"La ética del asesor letrado de la administración" La Independencia Técnica como poder-deber ético

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia"

(por Lucía Corradi)

"Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración"

de Carlos E. Delpiazzo (por Bárbara Deicas Paiva)

"Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay"

de Martín Pecoy (por Andrés Hessdorfer)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

Mensaje del Decano

El anti-hismo como actitud

Doctrina

DE LEZICA, María de Todos los Santos

Una consideración dialéctica del "Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas"

FLEITAS DE LEÓN Luis A. , DERDERIÁN MINASIÁN Eduardo

El "Principio de especialidad" como límite y marco dimensionante, de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado.

PÉREZ BENECH, Viviana

Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones

SCHNEEBERGER, Christian

El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional

Conferencias y Clases Magistrales

ROTONDO TORNARIA, Felipe

Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo con inclusión de la nueva ley No.18.437

Jurisprudencia Comentada

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 53 de 13 de febrero de 2008.

GATTI, Flavia

Legitimidad de la tercerización de servicios médicos.

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Chuy N° 34 de 28 de junio de 2007 y Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno N° 184 de 5 de junio de 2008.

LANGON CUÑARRO, Miguel

Absolución por el delito de violencia privada.

Informaciones

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

Tesinas de Masters

MARSHALL, Sabina Díaz

Naturaleza y función del seguro de caución

Monografías de Estudiantes

FAGET, Cecilia

"La ética del asesor letrado de la administración" La Independencia Técnica como poder-deber ético

Notas de Libros y Revistas

"Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia"
(por Lucía Corradi)

"Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración"

de Carlos E. Delpiazzo (por Bárbara Deicas Paiva)

"Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay"
de Martín Pecoy (por Andrés Hessdorfer)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

El anti-hismo como actitud

3

DOCTRINA

DE LEZICA, María de Todos los Santos

Una consideración dialéctica del "Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas"

11

FLEITAS DE LEÓN Luis A. , DERDERIÁN MINASIÁN Eduardo

El "Principio de especialidad" como límite y marco dimensionante, de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado.

21

PÉREZ BENECH, Viviana

Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones

37

SCHNEEBERGER, Christian

El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional

55

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ROTONDO TORNARIA, Felipe

Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo con inclusión de la nueva ley No.18.437

81

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 53 de 13 de febrero de 2008.

133

GATTI, Flavia

Legitimidad de la tercerización de servicios médicos.

133

Sentencia del Juzgado letrado de Primera Instancia del Chuy N° 34 de 28 de junio de 2007 y Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno N° 184 de 5 de junio de 2008.

141

LANGON CUÑARRO, Miguel

Absolución por el delito de violencia privada.

141

INFORMACIONES

Carreras de grado

157

Maestrías

157

Otras noticias de interés

157

TESINAS DE MASTERS

MARSHALL, Sabina Díaz

Naturaleza y función del seguro de caución

161

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

FAGET, Cecilia

"La ética del asesor letrado de la administración"
La Independencia Técnica como poder-deber ético

215

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia"

(por Lucía Corradi)

225

"Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración"

de Carlos E. Delpiazzo

(por Bárbara Dei-Cas Paiva)

227

"Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay"

de Martín Pecoy (por Andrés Hessdorfer)

229

MENSAJE DEL DECANO

El anti-hismo como actitud

Todos sabemos que siempre en los años electorales, se suele discutir mucho, disentir y exponer diferentes tipos de argumentos para sustentar una postura u otra.

Y es muy bueno que así ocurra; forma parte de una real concepción y vivencia de la democracia.

Lo que no es bueno es transformar las discrepancias y los enfoques diferentes en torno a múltiples tópicos opinables en una actitud anti-hista recurrente y permanente. Por actitud quiero decir una postura, una inclinación, que se mantiene incambiada desde sus orígenes hasta el final de la existencia, corta o larga, de un individuo. Una postura anti-hista supone estar en contra de algo por hábito y más allá o antes del hábito, por principio. Entonces se es anti-hista por conformación mental, por temperamento y por carácter. Y ese anti-hismo nos carcome. Es el que pretende contraponer y enfrentar siempre, cual enemigos irreconciliables, lo público con lo privado, lo laboral con lo económico, empresarios con sindicalistas, conservadores con liberales, derechas con izquierdas, lo masculino con lo femenino, lo nacional con lo extranjero.

Las posturas o actitudes anti-histas se deleitan y regocijan más con las derrotas de los adversarios de turno que con los éxitos y triunfos del que las sostiene. En el ámbito deportivo esto puede no tener significancia; pero trasladada a otros campos, esta actitud es nefasta por lo que envenena, por lo que destruye y por lo que desune. Pues nunca es capaz de comprender los tópicos y problemas en términos de colaboración y cooperación; siempre lo hace en términos de enemistad. Con el enemigo no se coopera; hay que destruirlo totalmente o al menos tenerlo sofocado y sujeto para que no nos haga daño o triunfe. Así hemos visto países y naciones enteras desgarrarse con guerras, odios y sufrimientos que no cesan, que se renuevan, se fortalecen, se hacen cada vez más sutiles, insidiosos y complejos.

En esta Universidad De Montevideo y precisamente en años como este, los que trabajamos por el derecho, la justicia, los valores y los principios que entendemos son incambiables, tenemos una enorme e impostergerable responsabilidad: la de procurar ser ahora más que nunca, instrumentos de concordia, de unión, de paz. Tender puentes de acercamiento entre enfoques diferentes, devenir arterias por donde circule el diálogo, la cooperación y la complementación, el enfoque objetivo y desapasionado que mire por encima de los personalismos y subjetivismos. Y por supuesto, la responsabilidad también de defender y aplicar las normas, en primer lugar la Constitución de la República, así como la real y efectiva separación de todos los poderes (a esta altura sabemos que no alcanza con mencionar a los tres tradicionales) para que nuestra forma de vida democrático-republicana



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

Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

*

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 349.892 / 09
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 VIII (2009), N° 15

no esté solamente plasmada en dichos, discursos, palabras y papel, sino aplicada y vivenciada en las cosas más cotidianas de nuestro diario quehacer.

¿Hasta cuándo esa postura anti-hista que todo lo ve en términos de confrontación, de enemigos que hay que sofocar o aniquilar va a seguir impregnando nuestra cultura cotidiana?

¡Pobres uruguayos si seguimos deleitándonos más con las derrotas ajenas que con nuestros propios éxitos! ¡Pobre país si continúa encarando los desafíos que tiene por delante en áreas clave como la política, empresarial, educativa, sanitaria o ambiental en términos de oposición y lucha y nunca en términos de cooperación y complementación!

Se trata de replantearnos este desafío y ver cómo lo resolvemos. Nada más y nada menos...



DOCTRINA

DE LEZICA, María de Todos los Santos

Una consideración dialéctica del "Principio de la soberanía en el pensamiento de Félix A. Lamas"

FLEITAS DE LEÓN Luis A. , DERDERIÁN MINASIÁN Eduardo

El "Principio de especialidad" como límite y marco dimensionante, de la actuación de los Órganos de Auditoría Interna del Estado.

PÉREZ BENECH, Viviana

Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones

SCHNEEBERGER, Christian

El establecimiento permanente en el IRAE con especial consideración a la normativa y doctrina internacional

UNA CONSIDERACIÓN *DIALÉCTICA* DEL “PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA” EN EL PENSAMIENTO DE FÉLIX A. LAMAS¹

MARÍA DE TODOS LOS SANTOS DE LEZICA

Profesora de la Universidad Católica Argentina y Doctora por la UCA y Padua

Resumen: El término *soberanía* puede entenderse en su acepción moderna como *calidad absoluta de una autoridad* o, en sentido clásico, como *calidad suprema de una autoridad*. Concebirla de uno u otro modo puede dar lugar a la *aporía* entre *Estado y Derecho*. *Aporía* que es necesario analizar para reconducir a racionalidad ambos términos. La noción de *soberanía* también supone, en el plano jurídico, una alusión a las *fuentes del Derecho*. Una correcta consideración de estos temas exige partir de un *tratamiento dialéctico* de tipo clásico.

I. Introducción

Nos proponemos mostrar el tratamiento metodológico que realiza FÉLIX A. LAMAS, pensador contemporáneo, al analizar el concepto de *soberanía*, pero teniendo presente que este tema no entra dentro de los que él ha llamado *aporías empíricas del Derecho*. En el trabajo que analizaremos, la noción de *soberanía* aparece como un término problemático porque es interpretado de distinto modo según se trate del pensamiento moderno o del sentido tradicional que recibe por el pensamiento clásico. A su vez, el moderno sentido de *soberanía* se contrapone con el tradicional de *autarquía*, término este último que sirve para definir a la Comunidad perfecta (y no ya la *soberanía* como es mostrado lúcidamente por FÉLIX A. LAMAS). Para cumplir nuestro cometido seguimos el trabajo titulado *Autarquía, Soberanía y Fuentes del Derecho*, donde puede apreciarse claramente la aplicación de la dialéctica *utens*² por el autor mencionado.

II. El tema

Aristóteles, que sigue en esto fielmente el criterio lógico de su maestro, señala en el Libro III de su *Metafísica* que para la correcta investigación científica debe partirse planteando con precisión los problemas, las dudas

1 FÉLIX A. LAMAS es catedrático de la Pontificia Universidad Católica Argentina y se desempeña como Profesor Titular en las cátedras de Introducción y Filosofía del Derecho, además de Formación general del pensamiento jurídico-político. Es Profesor Titular en el Seminario de Dialéctica dictado en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad mencionada. Autor de varias obras de Filosofía del Derecho entre las que sobresalen: *La experiencia jurídica* (1991) y *La concordia política* (1975), entre otras. Es uno de los referentes intelectuales más importantes actualmente en la Argentina.

2 Los escolásticos hablan de una *Dialéctica docens*, como parte de la Lógica y que sirve para todas las ciencias, se trata de la Dialéctica como ciencia; y de la *Dialéctica utens*, que viene a ser la Lógica Dialéctica aplicada. En el caso del Derecho, la Dialéctica *utens* es la *Dialéctica jurídica* y la Retórica. Cada ciencia tiene, a su vez, una Dialéctica *utens*, un método de investigación que es lógica dialéctica aplicada. En lo que hace a la Retórica, de la que la Dialéctica es una parte, aun cuando ella es la “técnica del orador”, para el Estagirita –que le dedica un libro entero- esta no acaba en cualquier persuasión, sino que, como parte de la Lógica, pues la Dialéctica es propiamente una parte de la Retórica en su carácter lógico, ella no desconsidera lo verdadero y lo que el Filósofo quiere privilegiar es el hacer posible la persuasión de la verdad. La Retórica es un elemento indispensable para el jurista y no solamente en la oralidad, ella constituye un instrumento para la argumentación. Entonces, tanto la dialéctica jurídica como la Retórica, de la que la Dialéctica es una parte, constituyen la peculiaridad de la *Dialéctica* aplicada al Derecho.

o las dificultades que ellos suscitan, porque *el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores y no es posible desatar si se desconoce la atadura*³. Porque la *dialéctica*, que para el Filósofo era un método que servía tanto para la ciencia como para la filosofía, debe comenzar por el correcto planteo de la dificultad. Y ya decía Platón que la *dialéctica* consiste en saber preguntar y saber responder, pero más precisamente implica la corrección de la pregunta antes que la de la respuesta. De modo que si el punto de partida es la pregunta que suscita el fenómeno que se hace presente al hombre en la experiencia misma⁴, y que esta pregunta será aquello a lo que la teoría pretende dar respuesta, tanto Platón como Aristóteles partían de la *aporía*, excluyendo así todo posible punto de partida arbitrario, convencional o apriorístico. “Toda investigación fenoménica, por lo tanto, no puede darse por concluida sin el momento *aporético* que, a partir del análisis del contenido de la experiencia, prepara el camino de la ciencia indagando y clasificando con prolijidad las dudas, las incógnitas y los problemas que termina de perfilar el objeto sobre el cual han de formularse los principios en los que la ciencia encuentra el punto de partida de su desarrollo”⁵. De allí que para considerar el principio de la soberanía como núcleo de la ciencia política moderna, cuyo análisis nos permitirá mostrar cómo funciona el método dialéctico, debemos partir del planteo de una *aporía*: la *aporía* entre *Derecho* y *Estado*, cuestión de la que nos ocuparemos a continuación.

III. Marco empírico de la cuestión

Corresponde señalar aquí que se trata más bien de una *aporía* política pero a su vez también jurídica pues el *Derecho* es parte de la *Política*, o aún no siéndolo, forma parte -junto con la *Política* y otras ciencias autónomas- de la *Ética*, que es la Ciencia Práctica por excelencia⁶. En este sentido cabría hablar, como lo hace Félix A. Lamas al tratar el tema de las *aporías empíricas*, de dos cuernos del problema. Ello si se toman en consideración, de modo *dialéctico*, las nociones de *Derecho* y *Estado*, como constituyendo una *tensión*, si bien resulta más frecuente encontrar estos dos conceptos unidos, al punto tal de identificarlos -como lo hizo la corriente moderna de pensamiento- entendiendo al *Derecho* como a la expresión de la voluntad *soberana* del Estado y al último como única *fons iuris*. El Estado, totalizado, aparece como principio en sí mismo y criterio del obrar humano reemplazando a la concepción clásica de pensamiento que pone el principio y fin del obrar en la misma naturaleza humana.

Debemos, por último, hacer otra pequeña aclaración antes de entrar en el tratamiento metodológico. El lugar que ocupa el *Derecho*, si es o no una parte de otra ciencia, de la *Política*, no surge de modo explícito ni del pensamiento aristotélico, ni del pensamiento tomista. FÉLIX A. LAMAS deja, sin embargo, señalado que muy probablemente el *Derecho* -tanto para el pensamiento aristotélico como para el tomista- sea una parte de la *Ética Social* y dentro de esta, de la *Política*. Pero aún sin constituir una ciencia específica dentro de la *Ética* -siguiendo a SANTO TOMÁS y a SANTIAGO RAMÍREZ-, LAMAS señala que no hay duda en cuanto a: a) *que hay un saber científico acerca del Derecho*; b) *que dicho saber es parte de la Ética...*⁷.

IV. Razón del tratamiento del tema que nos ocupa

Trataremos sólo lo referido a uno de los dos cuernos del problema (porque seguimos el modo de proceder del autor en cuestión): el *Estado* en relación con la noción de *soberanía*, con la intención de evidenciar el papel de la *dialéctica*. Por último, la razón de tratar una consideración *dialéctica* del tema de la *soberanía* responde a varias cuestiones. Por empezar, se debe aclarar que el término en sí mismo es problemático, pero no dialéctico. Y si bien todo lo dialéctico es problemático, no sucede lo mismo al revés. Decir que algo es problemático no implica suponer que sea a su vez *dialéctico*. La *Dialéctica* no es un problema en sí mismo, sino que es un modo de resolver problemas. Ahora bien, como ya dijimos, la *dialéctica* parte de la *aporía*. Ello se debe a que la *aporía* en su primera acepción significa un camino dificultoso, del griego *poros*, camino y el alfa privativa denota una dificultad, que en el ámbito del pensamiento implica un inconveniente en el razonamiento para

3 *Metafísica*, L. III, cap. I, 995a 27 - b2.

4 FÉLIX A. LAMAS: *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, pág. 385.

5 *Ibidem*.

6 Cfr. DELIA MARÍA ALBISU en *Las ciencias ético-sociales. División, objeto y método*, en *Prudentia Iuris*, N° 54.

7 FÉLIX A. LAMAS: *La experiencia jurídica*, op. cit., pág. 475.

arribar a una verdad. Esto supone que la *Dialéctica* encierra siempre una dificultad, una tensión. Esta tensión impide avanzar al pensamiento hacia la verdad. Con lo cual, la *Dialéctica* no trata de un problema en sí mismo, sino de algo que genere una dificultad para arribar a una verdad. El término soberanía en sí mismo no es un problema, aunque se trate de una noción problemática siempre que no se distinga el sentido en el que se lo utiliza. Es el sentido del término lo que da pie a una *aporía*: la de *Estado y Derecho*. Puesto que, como veremos en el presente trabajo, si la *soberanía* se identifica con el Estado de modo tal que decir Estado signifique lo mismo que decir *soberanía*, pretender hablar de Soberanía por un lado y de Derecho por otro, sería un contrasentido, más bien, una tautología puesto que el Soberano, erigido en principio de sí mismo, lo sería también del Derecho al punto de identificarse con él. En su caso, habría también que distinguir el sentido dado al término Derecho. Pero si el Estado o comunidad política se define por otra noción, la de la perfección o autarquía, nada impide que hablemos de Estado por un lado y Derecho por otro. Del primero, como una unidad de orden accidental en el que se da el segundo, con la finalidad de que el hombre alcance en él su perfección, se vuelva autárquico por participación de la autarquía que es la nota que con mayor propiedad define al Estado. Pero para justificar esta afirmación, conviene partir del lenguaje como primera forma de experiencia social que permite segregar el objeto, sin alterarlo, para someterlo a estudio.

V. Justificación del recurso al lenguaje

El lenguaje es un instrumento *dialéctico*, de allí que debamos detenernos en su consideración. Siempre recurriendo metodológicamente a la experiencia, FÉLIX A. LAMAS, comienza valiéndose de un análisis del lenguaje, no como único procedimiento posible, sino como medio adecuado para el análisis de la materia que se tiene entre manos. Cabe destacar que esta *dialéctica*, de tipo *aristotélica*, parte de la comparación del *topos* con la cosa⁸. El lenguaje es utilizado como método para segregar el objeto de estudio a partir de la experiencia misma, método que permite adecuadamente estudiar la realidad nombrable sin posibilidad de indicación deíctica⁹. Señala Félix A. Lamas: *La venatio objecti vel definitionis ha de constituir, pues, un proceso metodológico cuyo momento originario no es otro que la experiencia jurídica, que es una forma especial de experiencia social, y cuyas fuentes principales –además de la propia percepción actual o habitual del observador y agente– son el lenguaje y la tradición jurídica. Por último: El lenguaje no sólo acompaña a la experiencia, sino que es él mismo experiencia social; no sólo es expresión del pensamiento –esto es lo que denomino su función eidética–, sino que es pensamiento objetivado; pensamiento que se comunica socialmente y, por lo tanto, pensamiento interactivo –esta es su función social comunicativa–; pensamiento objetivado que tiene historia y que es uno de los constitutivos de toda tradición*¹⁰. Ahora bien, la mayor importancia del lenguaje radica en lo que representa. La palabra es *signo material* del *eidós*, y lo real se hace presente al hombre a través de un *signo formal*, *encuentro* que tiene lugar por la experiencia. Por ello su valor principal es el de permitir al hombre la comprensión de las cosas en el plano noético. Por eso la *dialéctica* que es método, debe necesariamente valerse de las palabras porque tanto el Derecho como la Política, antes de ser experiencia jurídico-política son experiencia lingüística.

Por ello, para tratar adecuadamente de este recurso dialéctico, es importante destacar que los fenómenos lingüísticos no agotan su importancia por el mero hecho de ser signos materiales de estas. Para comprender esto, es necesario partir, siguiendo a ARISTÓTELES, de un principio: *la physis*, de la aceptación de la racionalidad y capacidad lingüística del hombre y de su carácter social y su politicidad. El Estagirita destaca en la *Política*, la

8 Siguiendo a ARISTÓTELES, para quien la dialéctica no se identifica lisa y llanamente con la filosofía o la ciencia, sino que es un instrumento de ambas; constituye un axioma metodológico partir de la consideración del problema y de su correcto planteo.

9 Señala FÉLIX A. LAMAS al respecto y a modo ejemplificativo de lo dicho que: *“El concepto de Derecho no tiene como referencia un fenómeno físico o una cosa que se recorte por sí misma en el contexto de la realidad mundanal, susceptible de ser señalada, como ocurre con objetos naturales como son los hombres, los animales, las cosas materiales, etc.; en estos casos, si bien la significación –es decir, su expresión conceptual– puede ser discutible, no lo es su referencia o, para decirlo en términos lógicos escolásticos, su suppositio, pues siempre es posible recurrir al dedo u otro instrumento señalador. Tampoco es un mero suceso o acontecimiento simple, susceptible de ser individualizado mediante su ubicación en las coordenadas espacio-temporales. Por el contrario, el Derecho es algo del hombre, es decir, una determinación accidental de éste en la vida social, y por lo tanto algo que es dinámico, en continuo hacerse; es un objeto cultural y social, máximamente complejo y permanentemente abierto a determinaciones sucesivas, mediante actos legislativos, sentencias judiciales, contratos, etc, que nunca puede ser señalado definitivamente”*. En *“Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”*, Revista Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas, EDUCA, Buenos Aires, pág. 11, 2002.

10 Estas palabras fueron proferidas en el marco del *“Seminario de dialéctica”*, dictado en Santiago de Chile en el 2005, sobre el tema: *Validez y Vigencia: Derecho Natural y Derecho Positivo*.

importancia del *lenguaje*. Y, siendo el *Derecho* un constitutivo de la *polis* y del orden de la comunidad política, no es posible percibir ninguno de los aspectos íntimamente vinculados con el Derecho si no fuera tanto por la *experiencia política* y social como por la *experiencia lingüística*. El problema se presenta en establecer si hay algo más allá de lo expresado por el lenguaje. FÉLIX A. LAMAS¹¹ destaca dos puntos de suma importancia: a) el lenguaje es un aspecto metodológico que debe servir para aproximar los conceptos a las cosas, no puede quedar reducido a un mero análisis de las palabras (porque el lenguaje es signo de las cosas, pero también instrumento del pensamiento); b) la importancia del lenguaje con relación a las ciencias prácticas y a la retórica, como el método propio de ellas (como Dialéctica aplicada a las ciencias prácticas) pues su objeto es hacer posible la persuasión de la verdad probable valiéndose principalmente del instrumento lingüístico, del pensamiento expresado en palabras.

Ahora bien, el *lenguaje* -repetimos- no se agota en su función de ser expresión del pensamiento (en tanto instrumento del pensamiento y signo de las cosas). Sin duda, ello es lo más importante, pero además de esto, su importancia radica en su carácter *comunicativo*; el lenguaje tiene además una función social. Se destacan, entonces, las funciones *eidética* e *ilocutoria* del lenguaje.

Por su parte y remontamos en la historia, es posible evidenciar momentos en los que se llegó a la identificación de *pensamiento* y *lenguaje* como fue el caso de la Sofística en la antigüedad; el nominalismo de OCHKAM y BURIDAN en el medioevo, y modernamente, HEGEL. La tradición clásica ve en PLATÓN y ARISTÓTELES el primer momento de reconocimiento de la distinción de *pensamiento* y *lenguaje*, y un importante desarrollo por el pensamiento de SAN AGUSTÍN, en la Edad media. Se destaca además como filosofía del lenguaje, contemporánea, a la *Escuela Analítica*, en especial, el positivismo lógico de CARNAP. En el pensamiento contemporáneo, también sobresale el *círculo hermenéutico* (HEIDEGGER, GADAMER), HUSSERL, DILTHEY; la *teoría de la acción comunicativa* (HABERMAS y VON APPEL), para quienes el conocimiento queda reducido a experiencia social, determinado por el medio social y su acción comunicativa.

Dejando de lado las corrientes de pensamiento que afirman la inmanencia del *pensamiento* en el *lenguaje* y la necesidad de adecuación del pensamiento, no ya con la realidad, sino con las reglas establecidas por el medio social, conviene destacar el verdadero valor del lenguaje. Este problema pone el acento en la mayor importancia de la *función eidética* del lenguaje. Para evitar una reducción entre *pensamiento* y *lenguaje*, corresponde distinguir lo que la Escolástica llamó *signos formales* y *materiales*. En la relación de significación, el *signo* que expresa la cosa significada juega un papel distinto según se trate de un *signo material* o de uno *formal*. Por el primero (que puede ser *natural* como el humo o *artificial* como una señal vial), se trata de un *signo* que expresa algo distinto de sí mismo. El nombre de *material* se justifica en la medida en que opera como sustrato óptico de la cosa significada. El signo formal es aquél que *significa en sí mismo*. Es decir, no deja de ser representativo del objeto pero permite al hombre conocer la cosa en su *intencionalidad*, en la medida en que el conocimiento se dirige formalmente al objeto. Los signos formales, pueden ser de dos tipos: *ideas* o *conceptos*. La *idea* es elaborada por los sentidos externos y el sentido común, conformando lo que FABRO denomina la *primera organización perceptiva*. A su vez, la imagen ya enriquecida o esquema perceptivo, que incluye el juicio discretivo de la cogitativa, conforma la *segunda organización perceptiva*. En un segundo plano, ya intelectual, que va del concepto hasta el juicio, puede identificarse con el *concepto*. Así se evidencia que el lenguaje significa tanto imágenes como conceptos y que ambos constituyen signos formales. Esta distinción es de suma importancia -en el pensamiento realista- puesto que evidencia la necesidad del plano sensible, punto de partida del conocimiento, que se manifiesta en la experiencia de la cual el lenguaje actúa como instrumento y a la vez señala la íntima vinculación de percepción sensible y pensamiento.

El aspecto más importante del *lenguaje* está dado entonces por su *función eidética*, es decir, por la realidad que expresa y que representa. Pero la realidad de lo que las cosas son no puede agotarse en su expresión lingüística. Lo que da fundamento a dicha expresión guarda estrecha relación con la verdad que ella misma pone de manifiesto. Por lo cual si el lenguaje no fuera capaz de expresar, en el campo del Derecho, aquello de lo que este está hecho, *su verdad*, imposible sería la obra del *Derecho* y de la *ley*, cuyo objeto es poner orden en la *polis* para que el hombre, a través de su cumplimiento, alcance el fin más alto que puede alcanzar en el ámbito de la comunidad política, *para que no sólo viva, sino que viva bien*, para que se disponga a su absoluta autarquía en aquel plano que supera el temporal de la *polis* y que con la participación de la gracia lo hace a su vez *divino*, autosuficiente por la absoluta autosuficiencia y perfección del Bien sobrenatural al cual su propia naturaleza lo ordena.

11 Ver FÉLIX A. LAMAS: "Lenguaje, Dialéctica y Metodología Jurídica" en El lenguaje y las Ciencias Prácticas, en Revista Internacional de Filosofía Práctica, Circa Humana Philosophia, Buenos Aires, I.E.F., Santo Tomás de Aquino N° I, 2003.

VI. El lenguaje como primer modo de segregación del objeto a partir de la experiencia.

a) La noción de ‘autarquía’

Por empezar, FÉLIX A. LAMAS parte de la consideración de los términos *autarquía* y *soberanía* en el pensamiento político clásico desde PLATÓN hasta SUÁREZ (circunscribiéndose, además de los ya nombrados, a ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS, VITORIA y SOTO). Ya quedó aclarado que se parte del análisis de las palabras puesto que la experiencia antes de ser experiencia jurídica y política, es experiencia del lenguaje. El último, a su vez, es una forma de experiencia social y la primera instancia de segregación del objeto a partir de la experiencia.

Ahora bien, dado que el pensamiento moderno ha identificado al *Estado* con el *concepto de soberanía*, es necesario escindir esta noción, entendiendo a la *soberanía* como una característica de la autoridad estatal y no como algo definitorio¹² del Estado. Y puesto que del Estado se predica su carácter *autárquico*, en razón del fin, el *bien común*, conviene comenzar también considerando esta palabra.

Ahora bien, atendiendo a la identificación –por diferentes motivos¹³– que el pensamiento jurídico y político moderno realiza de ambos términos, FÉLIX A. LAMAS ha querido partir en su consideración señalando algunos tópicos de la argumentación, opiniones comunes¹⁴ que serán sometidos a crítica a lo largo del trabajo. De este modo puede verse cómo se buscan los *topoi* o lugares de la argumentación para, desde allí, buscar las posibles soluciones y hacer avanzar a la ciencia. Los *topoi* son recogidos de la experiencia misma y pueden resumirse del siguiente modo:

- a) la consideración de la soberanía como supremacía absoluta de la autoridad del Estado, como un poder de la voluntad humana y como una propiedad definitoria de este. Absoluta, como desvinculada de todo otro poder, sin otros límites más que sí mismo. (Parece no ser necesario aclarar que es la experiencia histórica la que nos brinda este dato. La noción de soberanía surge en el medioevo y alcanzará su máxima expresión en el siglo XVII);
- b) la exaltación de las nacionalidades a partir del siglo XVIII;
- c) la centralización del poder en la unidad de soberanía;
- d) como consecuencia de ello la erección de una única fuente normativa identificada con el poder del Estado.

Será necesario considerar cómo ha sido tratado este tema por los autores clásicos¹⁵ antes mencionados y justificar la decisión de partir del análisis del término *autarquía*.

Por empezar, hemos dicho ya que para el pensamiento moderno, la *soberanía* es un aspecto definitorio del Estado o comunidad política. Dado que ARISTÓTELES llamaba *polis* a la *comunidad compleja autárquica o perfecta*, LAMAS, partirá considerando la noción de *polis*. Como todo lo que existe puede ser considerado desde sus cuatro causas (material-formal, eficiente y final), considera en la *polis* sus cuatro causas. En relación a la materia, esta es de tres tipos: la *materia ex qua* (de lo que algo está hecho): las comunidades que integran la *polis*; la *materia in qua* (el soporte material): los hombres y la *materia circa quid* (aquello que la rodea conformándola a su vez): el ámbito espacial y territorial y demás realidades físicas o materiales donde se verifica la vida de la *polis*. En cuanto a la *forma*, se mencionan la forma immanente: el régimen¹⁶ y la extrínseca: la ley (que es lo que hace posible que a través del régimen, el hombre alcance el fin propio de la *polis*). La causa eficiente, señala

12 Recordemos que la definición supone un enunciado que comprende los predicados propios del objeto respecto del cual se busca conocer el *qué es*. Por otra parte, siendo la ciencia un saber que se define por su relación con la verdad, le corresponde demostrar la relación necesaria entre el objeto y sus atributos. Remitimos al punto en el que se critica la noción de ciencia en el pensamiento de FRANCESCO GENTILE.

13 FÉLIX A. LAMAS señala que ello es consecuencia de la distorsión ya sea de algunos principios clásicos, ya sea de la ruptura del pensamiento moderno con relación a la noción tradicional de imperio (plasmada en el imperio romano-germano-cristiano y más tarde en el hispano).

14 Corresponde aclarar que mientras FELIX A. LAMAS a veces se vale de *opiniones comunes*, siguiendo el método de ARISTÓTELES que describe en la *Tópica*, GENTILE, parte en cambio de opiniones particulares, de una afirmación del “interlocutor”, retomando el modo ficticio de PLATÓN del *diálogo literario* y del método de la “pregunta” y la respuesta.

15 En el tratamiento de toda *aporía*, el profesor Lamas señala como instancias: el análisis de las palabras que conforman los “cuernos del problema” (la etimología), el análisis del estado de la cuestión en la historia, tomando argumentos de autoridad; finalmente su consideración dialéctica, es decir, la consideración de cada *cuerno* del problema en su aspecto racional. Para el tratamiento de las *aporía empíricas*, remitimos al Capítulo VII.

16 Señala FÉLIX A. LAMAS, siguiendo a ARISTÓTELES que el régimen “es la distribución de las magistraturas –es decir, de la autoridad o potestas regendi- en la polis”, pág. 5, cfr. *Autarquía, soberanía y fuentes del Derecho*, por FÉLIX A. LAMAS.

ARISTÓTELES es la *homónoia* o concordia política¹⁷. Por último, la causa final, aquello que determina el carácter *autárquico*, tanto de la *polis*, pero principalmente del *ser humano* es el *bien común*. Dada la importancia del *fin* que en materia práctica opera como *principio* y el hecho de que la *polis* se define por su carácter *autárquico*, FÉLIX A. LAMAS justifica así la necesidad de analizar la palabra *autarquía*. Primero analiza su origen etimológico, *autárkeia* es la *calidad de lo que se basta a sí mismo* y luego analiza su *uso* en la antigüedad –restringiéndose a los autores mencionados-. En PLATÓN encuentra dos sentidos, uno amplio como *capacidad de procurarse los bienes necesarios para la vida*, v. gr., *la capacidad de los ángeles para cumplir por sí mismos la misión del gobierno del mundo que les fuera asignada por la divinidad*; y un sentido estricto, como *propiedad del bien en sí mismo, perfección de quien alcanzó la felicidad*. Este último es el sentido que le da también ARISTÓTELES. Si *autárquico* es el fin, la máxima perfección, en consecuencia, el hombre es *autárquico* no en virtud de su naturaleza, sino en virtud de su fin pues este es la máxima perfección de su naturaleza. Este sentido de la *autarquía*, como autosuficiencia del fin, se ve claramente en relación con la *polis*, ya que el Estagirita predica de esta la *autarquía*, pudiéndose alcanzar la felicidad sólo en este marco que supone no ya el vivir en comunidad sino el *vivir bien*.

Acto seguido pasa a analizar el uso dado a la palabra en SANTO TOMÁS. EL AQUINATE (y con él la tradición medieval y española) traduce el término por su sentido más propio (y metafísico) de *perfección*, teniendo en cuenta la consideración del *bien* en ARISTÓTELES pues dado que lo *autárquico* era la calidad de autosuficiencia y que quien lo poseía era enteramente feliz y por medio de lo cual el hombre alcanzaba su máxima perfección, en este sentido, lo *autárquico* es lo perfecto o la perfección del fin. EL AQUINATE distinguirá entre *perfecto* en sí mismo y con relación a otro. Con lo cual sólo Dios es absolutamente perfecto, pero hay otras cosas que son también perfectas en sí mismas o en sus órdenes o géneros, aún cuando existan –en otros órdenes- cosas todavía más perfectas¹⁸.

Teniendo en cuenta la realidad de la *polis*, ella es *autárquica* puesto que tiene un fin autosuficiente y máximo pero dentro del ámbito de la vida temporal y dentro de los límites de la comunidad. Ello supone que existe otro ámbito supratemporal aún más perfecto, lo que no quita que se predique el carácter *autárquico* de la primera. Y a su vez, se explica también la importancia del principio de subsidiariedad puesto que en el mundo coexisten dos sociedades perfectas (el Estado y la Iglesia) ya que poseen en sí mismas los medios para hacer que el hombre alcance su fin en cada orden, pero a la vez puede coexistir una unidad política mayor, como la Unión Europea o un sinnúmero de otras sociedades intermedias (dentro de un mismo estado) que colaboran con el fin propio de la comunidad política. El principio de subsidiariedad es esencial para la realización de lo individual en lo social, para que el hombre se vuelva *autárquico* a través de la consecución del fin último de la *polis*.

b) Los distintos sentidos del término *soberanía*

Con relación al término *soberanía*, hoy se destacan principalmente dos sentidos: para el orden internacional, se entiende por *soberanía* ya “la independencia de un Estado, reconocida por la comunidad internacional”, ya “el poder supremo *de iure* que el Estado tiene sobre un determinada ámbito geográfico o de materias”¹⁹. Para el orden interno, es “la capacidad de darse una forma jurídica autosuficiente; la supremacía del poder o autoridad estatal...; la legitimidad de la *potestas regendi*”²⁰. Dado que originariamente significó “el carácter supremo de una *potestas regendi*”, ello derivó en su consideración como propiedad de la *polis*. Los griegos utilizaban la palabra *autarjía* para designar la *calidad de absoluta de una autoridad*, que luego adquiere relevancia con BODIN. Siguiendo la explicación de SUÁREZ en torno a la *potestas*, facultad para hacer algo, se explica que la *potestas regendi* es la facultad de mando que es suprema en su orden, en el orden de la comunidad política. Es ordenante, pues ordena al hombre a su fin y es ordenada porque aun siendo en sí misma perfecta, se ordena a otro orden aún más perfecto, el supratemporal. Y aun siendo suprema en su orden, ello no significa *ilimitada*, en el sentido de no sujeta a ningún límite, porque este está en la aptitud de la consecución del fin. Es decir, la *potestas regendi* es tal en la medida en que conduzca al hombre a su fin, lo vuelva, en este sentido, *autárquico*, por su fin. La vigencia de la *potestas* descansa en su carácter *imperativo* que mueve al hombre a su fin, con imperio, es decir, con aptitud para obligarlo. Claro que esto tendrá que ver también con la *bondad*

17 “amistad utilitaria, natural y objetiva, en torno de las cosas necesarias para la vida humana”, Cfr. FÉLIX A. LAMAS: *La Concordia política*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1975.

18 Es el caso del *bien común político*, este es perfecto en sí mismo pero comparado con el *Bien sobrenatural*, es relativamente perfecto mientras que el último es absolutamente perfecto.

19 FÉLIX A. LAMAS: *Autarquía, soberanía y fuentes del Derecho*, op. cit., pág. 10.

20 Ídem, pág. 11.

del fin que en tanto es perfecto es también apetecible. El *imperio* supone además la aptitud de disponer los medios en orden al fin, que en la *polis* se manifiesta en el *imperio de la ley*. Con lo cual es posible concluir que no puede entenderse a la *soberanía* como la entendía BODIN, como poder sobre el cual no existe otro superior, puesto que la *potestas regendi* a la que se refiere SUÁREZ, supone sí una autoridad suprema pero en su orden, es decir, con dos límites, uno intrínseco y otro extrínseco. Por empezar y como ya se dijo, dado que *potestas* se define como una facultad para obrar, no existe sino para algo. En consecuencia, el gobernante tiene *potestas regendi* para guiar a los miembros de la comunidad a su fin. El fin es el primer límite extrínseco y es tanto temporal: el *bien común*, como supratemporal: Dios. Cada uno supremo en sus órdenes. Ordenante (y no ordenado), el último; ordenante pero a su vez ordenado, el primero. El segundo límite está en la propia naturaleza humana, que es límite intrínseco.

La *polis* autárquica y soberana en su orden, posee un fin perfecto pero no el más perfecto y por ello el Estado no puede constituir la única fuente normativa, ni identificarse *Derecho y Estado*. Tampoco oponerse *Derecho a Estado*. El Estado es soberano *en su orden*, lo cual no significa que se erija como principio en sí mismo y que carezca de límites. El *Derecho* es en cierta medida un límite, pues siendo el *fin*, necesario en la *polis*, este debe erigirse en medio conducente a tal fin. Por tanto, el *Derecho* y la ley en tanto una de las expresiones del *Derecho*, que actúa como modelo ejemplar de la conducta, es un elemento necesario para el *fin* de la *polis*. No será entonces la *soberanía*, como *suprema potestas in suo ordine*, lo que defina al estado, sino más bien la *autarquía* o *autárquia* en la medida en que la *polis* posee un fin –perfecto– que debe ser alcanzado por el hombre y en virtud de lo cual él se hace *perfecto* y *autárquico* por participación, sin alcanzar en el plano temporal su *autarquía absoluta*. En el carácter *relativo* de la *soberanía* se encuentra la justificación natural del principio de subsidiariedad.

Con lo cual se ha evidenciado en qué medida existe una *aporía* al hablar de *Estado y Derecho*; y que es necesario un replanteo del punto de partida para comprender las dos realidades que en un principio parecían oponerse o identificarse. El medio es el análisis de los términos, en este caso, los de *soberanía* y *autarquía* y el uso que los autores nombrados hicieron de ellos.

c) Las consecuencias de una u otra acepción de *soberanía*

Last but not least haremos una breve alusión a la cuestión acerca de las *fuentes del Derecho*. Esto, por dos razones. La primera y más importante es por el simple hecho de que lo hace el autor, cuyo trabajo estamos considerando. La segunda se debe a que de acuerdo a cómo se entienda el término *soberanía*, como núcleo de la Ciencia Política, correlativamente se entenderá el principio correspondiente en materia jurídica: el de las *fuentes del derecho*. De este modo, la concepción clásica de la *soberanía* lleva al principio de la *pluralidad de las fuentes normativas* porque al tratarse de una *potestas relativa* y *en su orden*, el Soberano no es la única fuente normativa. La otra noción, moderna de *soberanía* desemboca en el coherente principio de la *unidad de las fuentes normativas*. Lo cual, sin lugar a dudas, exige una consideración sobre qué sean las *fuentes* en el *Derecho*.

En efecto, las *fuentes* en el *Derecho* forman parte de la *opinión común*, y es conocida la distinción que en este campo se evoca entre las llamadas *fuentes materiales* y *fuentes formales*. Ahora bien, el autor que seguimos no entra en su desarrollo. Se limita a rechazar tal distinción y explica la razón de dicho rechazo. La reducción del *Derecho*, desconociendo su carácter analógico, ya sea identificándolo con la ley o bien con el *Derecho* subjetivo lleva al sin sentido de afirmar que la ley pueda ser a la vez *fuentes* y *Derecho*. Si se reconociera en la ley, una verdadera *fuentes formal* del *Derecho*, habría que reconocerse también que entre *Derecho* y ley existe una diferencia esencial.

Partiendo de la base de que el *Derecho* se divide en partes potenciales en *Derecho natural* y *Derecho positivo*, no como dos *Derechos* distintos sino como dos aspectos del mismo *Derecho*, FÉLIX A. LAMAS, señala la tradicional cuestión del carácter de *fuentes inmanente de lo jurídico* del *Derecho natural*, siendo el *Derecho positivo* su determinación (según tres modos, por deducción, por determinación y por sanción). Una vez establecido este principio general, desarrolla sus conclusiones. Dado que admite el carácter analógico del *Derecho* que realiza un sentido de igualdad, ya sea en el objeto terminativo de la conducta justa, en la norma jurídica o en el poder jurídico de reclamación, sostiene que deben reconocerse también el carácter analógico de las *fuentes* de donde este proviene, por medio de las cuales encuentra su concreción o determinación, causas a su vez de la *positivación del Derecho*.

Ahora bien, habiéndose señalado en el *Derecho* dos aspectos potenciales (el *natural* y el *positivo*), las *fuentes* se corresponderán con los dos caracteres de *validez* y *vigencia* del *Derecho* (principios del *Derecho natural* y del *Derecho positivo*, respectivamente). Con respecto a las *fuentes de validez*, el *Derecho natural*,

no sólo es *fuerza de validez* del Derecho positivo, sino que a su vez tiene como fuente a la *naturaleza humana* y a la *naturaleza de las cosas*. A su vez, el Derecho positivo actúa también como fuente de otras expresiones del Derecho como las sentencias, decretos, etc. También destaca el autor, una *validez intrínseca o de contenido*, cuya fuente remota es el fin común del Derecho y una *validez de origen*, medida extrínseca de la validez de un poder que legitima a la autoridad.

Por último, las *fuentes de vigencia* son el origen del Derecho positivo: la costumbre, las determinaciones por autoridad (ley, decretos, sentencia), la razón práctica y la voluntad de las partes formalizadas en un contrato; un hecho revolucionario.

VII. Conclusión

Hemos podido ver la importancia de la *Dialéctica* como método propio de las ciencias prácticas. Dado que en materia práctica, el fin es principio del obrar, necesariamente debe recurrirse a un método que pone de manifiesto el carácter racional de la naturaleza humana al ordenar y guiar hacia la rectitud objetiva del obrar humano, hacia una verdad práctica. Sus límites están dados por un lado por los principios prácticos (que no son dialécticos) y por la experiencia, que dado su carácter inmediato, si bien, primer momento del aparecer de la cosa real, es un primer momento cierto del dato fenoménico. No debe olvidarse que lo racional, el *lógos*, la *diánoia*, o la *ratio*, como las llama FÉLIX A. LAMAS, en su discurrir, por el discurrir mismo que supone un proceso (integrado por una pluralidad de percepciones, reflexiones, abstracciones, juicios, et alia), exige un *método*. En el caso particular del Derecho, el mismo proceso judicial posee normas y un método para asegurar su correcto proceder y el éxito del resultado buscado por su intermedio.

Siguiendo al realismo, es el objeto y no el método lo que constituye a todo saber, incluyendo la ciencia. Por eso cada saber determina su método constituyéndolo a partir de su objeto propio. En el caso de la ciencia, en tanto modo de saber de la realidad, es el objeto formal y su relación trascendental con las facultades cognoscitivas del hombre lo que constituye el método. Esta rectifica la facultad intelectual con relación a su objeto propio (a su objeto formal), cuya fuente es la experiencia y los principios, mientras que el método rectifica el proceso que conduce a la verdad, constituyendo una propiedad del saber. De la *virtualidad*²¹ del método depende la intelección del objeto. Ahora bien como en el Derecho (y la Política), que es una ciencia práctica, la facultad intelectual se rectifica en orden al obrar, este tiene un método específico que *contribuye a construir el objeto en la praxis -lo justo, es decir, lo debido a otro bajo una estricta y objetiva razón de deber- y que, por lo tanto, integra el objeto mismo*²². Por último -siguiendo a SANTO TOMÁS- hay dos modos de acceder al saber: la *via inventionis* (del descubrimiento) y la *via iudicii* (del juicio); la *Dialéctica* es el proceso del pensamiento que rectifica el modo de dirigirse a la verdad (práctica) e integra su objeto mismo, en el momento de la *via inventionis*, o camino del descubrimiento de lo real. A su vez, dicha vía da cuenta de la *racionalidad* de lo práctico en el sentido de *diánoia*²³. El otro camino para acceder a un saber es el de la resolución de la ciencia en sus principios o momento deductivo, *via iudicii*.

A lo dicho, no puede dejar de mencionarse que el *método dialéctico* utilizado supone además el análisis de aquello que constituye el objeto de estudio dialéctico a lo largo de la historia. Y por eso se mostró aquí también un momento histórico del pensamiento en que este aparecía identificado con el lenguaje, como así, distintos momentos históricos en lo que respecta a la consideración del término *soberanía*. De esta manera es posible verificar cómo ha ido evolucionando el significado de un término con el correr del tiempo y el sentido que posee en la actualidad. Dicho estudio puede extenderse aún hasta antes del pensamiento griego y comprender un espacio de tiempo que se propaga hasta su tratamiento en la actualidad, produciendo un enriquecimiento progresivo del esquema perceptivo.

Finalmente, la razón de la adscripción del autor tratado al pensamiento aristotélico radica en el hecho de la comprobación histórica de la superación por parte del hombre de ESTAGIRA de ciertos aspectos del pensamiento platónico y en especial de haber distinguido en el pensamiento humano dos grandes esferas: la del saber *científico-necesario* y la del *aporético-probable*, adscribiendo la *Dialéctica*, o *Lógica de lo probable* a la investigación científica y *aporética* en materia práctica contingente, que en la clasificación aristotélica equivale a decir, a la

21 "Virtualidad" entendida como la capacidad operativa de una esencia, en sentido aristotélico.

22 FÉLIX A. LAMAS: "Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la Dialéctica", en Revista *Los principios y el Derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, op. cit., pág. 19.

23 FÉLIX A. LAMAS, explica la función de la razón discursiva en el Derecho identificándola con este término. Cfr. op. cit., pág. 14.

Ciencia Práctica por excelencia, a la *Ética*, dentro de la cual se encuentran la Política y el Derecho. Dado que el objeto propio de estudio en materia práctica recae sobre lo máximamente contingente, la *conducta humana*, se justifica la utilización de un método que, señala FÉLIX A. LAMAS “dejó a salvo a la vez la validez, certeza y necesidad de los principios, la ciencia y la Metafísica, de una parte, y la racionalidad –siempre orientada a la verdad– del mundo contingente y de los métodos de investigación, discusión, y enseñanza, de otra”²⁴.

24 FÉLIX A. LAMAS: “Dialéctica y Derecho” en *Circa Humana Philosophia*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos, Santo Tomás de Aquino, N° III, 1998, pág. 30.

EL “PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD” COMO LÍMITE Y MARCO DIMENSIONANTE, DE LA ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE AUDITORÍA INTERNA DEL ESTADO¹.

Análisis a través de la determinación del alcance del cometido de “Control” asignado a la Auditoría Interna de la Nación, por el Artículo 199 de la Ley 16.736.

LUIS A. FLEITAS DE LEÓN²
EDUARDO DERDERIÁN MINASIÁN³.

I. Objeto del planteo y su importancia.

El punto de partida de este planteo, se encuentra en una aseveración insoslayable para todos quienes se desempeñan en el Estado: la ejecución legítima de todo cometido asignado a un Órgano que integra la estructura del Estado, requiere que, previamente, se determine con precisión su alcance, así como de las funciones y poderes que éste tiene para su cumplimiento.

Para ello, es absolutamente necesario su estudio, tanto desde un punto de vista jurídico, como sustancial.

Dado que algunos de los Órganos que integran el Estado, son de Auditoría Interna, esta aseveración se hace también ineludible para quienes se desempeñan en éstos, más allá de las particularidades técnicas propias de la actividad.

Lo indicado emana, como se verá, del “Principio de especialidad”, que rige la competencia de todo Órgano de la Persona jurídica Estado.

Como consecuencia de lo señalado, el análisis que se efectúa en este trabajo revelará cuan importante es la correcta comprensión e interpretación de las normas jurídicas, por parte de quienes realizan auditorías en el Estado.

La relevancia de lo afirmado, se pondrá de manifiesto a partir del estudio de un cometido muy particular asignado Auditoría Interna de la Nación, el cual es uno de los Órganos de Auditoría Interna que integra el Estado uruguayo, a través de su Poder Ejecutivo, por disposición del Artículo 45 de la Ley 16.736.

A título de avance, el referido, es un cometido que le otorga a este Órgano auditor la tarea de efectuar “Controles sobre los estados contables” de determinados entes colectivos, el cual le fue asignado por el Artículo 199 de la Ley 16.736, del 5 de enero de 1996 –con las modificaciones introducidas por el Artículo 417 de la Ley 17.930 y el Artículo 146 de la Ley 18.046–.

II. El Principio de Especialidad como límite de la competencia de todo Órgano del Estado.

Desde la ciencia jurídico – administrativa, se ha elaborado lo que se ha denominado como “Teoría del Órgano”, con el objeto de comprender racionalmente la estructura y el funcionamiento del Estado, en tanto Persona jurídica de Derecho Público mayor, así como el alcance y límite de su actividad⁴.

De acuerdo a los postulados de esta Teoría, el Estado actúa y expresa su voluntad a través de sus Órganos, en particular, por medio de los seres humanos que los integran.

1 Ponencia presentada en las III JORNADAS RIOPLATENSES DE AUDITORÍA INTERNA, organizada por Instituto Uruguayo de Auditoría Interna, el 18 y 19 de octubre de 2007

2 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Asesor Abogado de la Auditoría Interna de la Nación

3 Contador Público. Asesor Contador Público de la Auditoría Interna de la Nación.

4 Ver: MÉNDEZ MANFREDINI, Aparicio; “Teoría del Órgano”, edición definitiva, Montevideo – año 1971 y SAYAGUÉS LASO, Enrique; “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I, 8ª edición, Montevideo – año 2002, págs. 183 y sgts.

Los Órganos constituyen el núcleo esencial para comprender el funcionamiento del Estado. Éstos se componen de tres elementos: a) Competencia, b) Forma y, lógicamente, c) Voluntad humana.

De los tres elementos, el relevante a los efectos de este análisis es el componente "Competencia", el cual está inexorablemente vinculado con el "Principio de Especialidad", que incide de modo determinante en la fijación de los límites de la misma.

Como ha indicado MENDEZ MANFREDINI, "la especialidad" de un Órgano o lo que él denomina como su "elemento sustantivo", está constituida por las "atribuciones", es decir, su materia, objeto o cometidos, así como por las "funciones" que éste puede realizar de acuerdo a su objeto y las "potestades" o poderes jurídicos para la ejecución del o de los cometidos atribuidos⁵.

En consecuencia, señala el autor, la competencia de un Órgano está estrechamente vinculada, desde los puntos de vista teórico y pragmático, a la "especialidad" del mismo, pues es ésta la que va a determinar sus límites⁶.

Los cometidos o atribuciones de cada Órgano del Estado deben ser asignados expresamente por el Orden Jurídico vigente, en particular por la Constitución y la Ley.

A su vez, en principio, lo mismo debe ocurrir con las funciones y los poderes jurídicos que podrá utilizar el Órgano para la ejecución del cometido expresamente asignado. Sin embargo, a partir de la denominada "Teoría de los poderes implícitos", se ha aceptado que "respetando la función jurídica cuyo ejercicio le ha sido atribuido, los Órganos podrán utilizar las distintas vías y medio que sean necesarios para el cumplimiento de sus cometidos, aún cuando no les hayan sido atribuidos a texto expreso"⁷.

En consecuencia, son las normas jurídicas las que delimitan, con la puntualización indicada, la competencia del Órgano y establecen los límites, dentro de los cuales puede moverse el mismo⁸.

Este Principio ha sido recogido en otros países, en un sentido muy similar, con el nombre de "Principio de legalidad".

El "Principio de legalidad", al igual que el "Principio de especialidad", significa "que los entes públicos no pueden entrar en el tráfico jurídico ilimitadamente, por el contrario, sólo pueden enhebrar relaciones allí donde una norma les autoriza a ello", por lo que "la capacidad jurídica de Derecho Público de una Administración coincide con el conjunto de potestades que le hayan sido atribuidas por el Ordenamiento Jurídico"⁹.

La aplicación del "Principio de legalidad", como ocurre con el de "especialidad", implica que el Órgano estatal podrá producir jurídicamente "todo lo que le resulte del ejercicio de esas potestades que le hayan sido previamente conferidas y no puede hacerlo fuera de esa atribución, invocando un supuesto principio de presunción general de aptitud o libertad"¹⁰.

En definitiva, a partir de lo indicado, puede decirse que los Órganos del Estado -incluidos aquellos de Auditoría Interna- sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido por el Orden jurídico, considerando la salvedad indicada respecto a los denominados "poderes implícitos", por lo que, todo acto realizado por los mismos en vulneración del "Principio de Especialidad", excede su competencia y es ilegítimo¹¹.

Esto los diferencia de lo que ocurre con las personas físicas y jurídicas de Derecho privado, las cuales se rigen por el "Principio de autonomía de la voluntad" de "libertad". Estos sujetos de Derecho, en virtud de tal, pueden hacer o no hacer, libremente, cualquier acto o actividad, siempre que ello no vulnere el Orden jurídico vigente ni el Orden público.

5 MÉNDEZ MANFREDINI; ob. cit., pág. 128.

6 MÉNDEZ MANFREDINI; ob. cit., pág. 129.

7 RISSO FERRAND, Martín; "Derecho Constitucional" Tomo III, Montevideo - 1998, pág. 72. En similar sentido: KORZENIAK, José; "Derecho Constitucional 2º", F.C.U., Montevideo - 1987, págs. 79 y 80; SAYAGUÉS LASO; ob. cit. Tomo II, págs. 437 y 438.

8 En este sentido: SAYAGUÉS LASO; ob. cit. Tomo I, pág. 191.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón; "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, reimpresión de la 8ª edición, editorial Civitas, Madrid - 1998, pág. 413.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ; ob. cit, págs. 413 y 414.

11 SAYAGUÉS LASO; ob. cit. Tomo I, págs. 199 a 202. En sentido similar: MÉNDEZ MANFREDINI citando a SPOTA, ob. cit., pág. 129.

III. Estudio del cometido de “Control” asignado a la Auditoría Interna de la Nación, por el Artículo 199 de la Ley 16.736.

El cometido asignado a la Auditoría Interna de la Nación, por el Artículo 199 de la Ley 16.736, dispone: *“las personas públicas no estatales y los organismos privados que manejan fondos públicos o administran bienes del Estado”* deben presentar una copia de *“sus estados contables con dictamen de Auditoría externa dentro de los noventa días del cierre del ejercicio, ante la Auditoría Interna de la Nación”* la cual *“efectuará los controles sobre dichos estados en forma selectiva, de acuerdo a las conclusiones que se obtengan de la información proporcionada”*.

El Artículo excluye expresamente de éste régimen a las Cajas Paraestatales de jubilaciones y pensiones –Notarial, Bancaria y de Profesionales-, si bien las mismas son Personas jurídicas de Derecho Público no Estatal.

La lectura atenta y analítica de la norma transcrita pone de manifiesto la formulación poco precisa que nuestro legislador ha hecho de este cometido, en particular, desde el punto de vista de la disciplina científica de Auditoría, ángulo desde el cual debe analizarse la lógica y racionalidad de su contenido.

La inexactitud de la formulación del cometido hace que sea necesaria la interpretación de la citada norma jurídica, pues, de ese modo, podrá determinarse con precisión, el alcance del mismo, su real dimensión técnica y sus límites, así como las funciones y los poderes que tiene el Órgano estatal para ejecutarlo.

Solo así, se podrá delimitar la competencia de la Auditoría Interna de la Nación para la ejecución legítima de referido cometido.

1. Presupuestos.

La determinación precisa del alcance de este cometido, requiere su análisis a partir de dos niveles o dimensiones distintas, cuya simbiosis va a permitir arribar a una conclusión acabada al respecto.

Como puede observarse, el cometido en estudio está expresado a través de un conjunto de palabras o signos, que denominaremos lenguaje, contenidas en una regla de estructura lógica.

A su vez, dicha regla de estructura lógica, que tiene un carácter prescriptivo pragmático y que trasmite un imperativo o directiva que pretende regular la conducta de determinados entes y la de los individuos agrupados en ella, es una norma jurídica¹².

Esta norma jurídica, como ocurre con todas las reglas de Derecho, es un medio de transmisión de lenguaje¹³.

En conclusión, la intelección precisa del cometido en cuestión, requiere su abordaje desde dos dimensiones distintas: una jurídico - formal, a partir de la interpretación del medio por el cual se transmite el lenguaje, es decir, de la norma jurídica y otra, lingüístico - sustancial, a partir de la comprensión del conjunto de palabras o signos que expresan, en lenguaje, el cometido.

1.1. Dimensión jurídico – formal.

A lo largo de los años se han desarrollado varios métodos de interpretación de las normas. Actualmente, la ciencia jurídica tiende al pluralismo metodológico, lo cual significa que, científicamente, no debe descartarse ningún método, pudiendo recurrirse a unos u otros según los casos e, incluso, a varios a la vez¹⁴.

12 La afirmación señalada deriva de la distinción propuesta por Alf ROSS, en su obra “Lógica de las normas”, respecto a los discursos a partir de los cuales se manifiesta el lenguaje. Así distingue, por un lado, el discurso teórico: “en el cual el emisor del lenguaje, pretende transmitir al receptor del lenguaje un estado de cosas, una descripción de la realidad” y, por el otro, el discurso práctico: “en el que el emisor del aparato simbólico pretende influir, determinar o condicionar la conducta de los demás”. ROSS ubica al Derecho en esta la segunda categoría de discurso del lenguaje. Referencia obtenida en: MALHERBE, Hugo; “Introducción a la Ciencia Jurídica”, Tomo I, 2ª edición, Marzo – 1987, pág. 80.

En similar sentido: KELSEN, Hans; “Teoría Pura del Derecho”, editorial Eudeba, 4ª edición, marzo – 1999, pág. 58. Dice el autor: “considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada”; así la meta del creador de una norma jurídica es “encauzarlos hacia una conducta determinada”.

13 En este sentido, Alf ROSS, en análisis efectuado por MALHERBE; ob. cit., pág. 80.

14 DÍAZ, Elías; “Sociología y Filosofía del Derecho”, 2ª edición, Madrid -1980, págs. 121 y 122.

En este caso, se optará, científicamente, por el denominado método “lógico sistemático” de interpretación de las Leyes, consagrado en las disposiciones contenidas en el título preliminar del Código Civil.

El método lógico sistemático parte de la premisa de que quien debe aplicar una norma jurídica, debe aplicar la voluntad de la misma.

Quienes postulan este método, señalan que la voluntad de una norma jurídica no es identificable con la voluntad psicológica de sus creadores, sino que ésta es racional, objetiva y propia de la norma, por lo que, para su determinación, no basta con identificar lo que el creador quiso decir, sino que habrá que precisar lo que efectivamente dijo¹⁵.

Para éste método, las normas jurídicas son figuras independientes a su creador, que tienen voluntad y significación autónomas, así como un fin, razón u objetivo propio, por lo cual su voluntad está contenida en su propia formulación¹⁶.

La voluntad psicológica de su creador, no es más que un factor accesorio que coadyuva a ello.

En consecuencia, cuando se crea una norma jurídica “se está estableciendo una cierta forma de voluntad que contiene implicaciones que van mucho más allá de las decisiones del arbitrio de quien la formuló”, pudiendo contener soluciones insospechadas para quien la creó¹⁷.

En este sentido, el Artículo 17 inciso 2º del Código Civil expresa que para interpretar la Ley se debe “*recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma*”, es decir, se debe apelar a la intención o espíritu contenido objetivamente dentro de la misma Ley.

Dicho método plantea dos elementos para determinar el significado de la voluntad objetiva contenida en la norma jurídica.

En primer lugar, el elemento “sistemático”.

Las normas jurídicas no son formulaciones aisladas, sino que forman parte de un Sistema u Orden jurídico compuesto por otras normas, dotado de una congruencia lógica propia.

En consecuencia, quienes sostienen este método, señalan que para determinar la voluntad objetiva de una norma jurídica, es necesaria su comprensión e interpretación dentro del Orden jurídico que integran, tomando en cuenta sus relaciones sistemáticas con las demás normas.

El Artículo 20 del Código Civil consagra de forma clara este elemento, al disponer que “*el contexto de la Ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”.

En segundo lugar, el elemento “lógico”.

Las normas jurídicas son estructuras que contienen formulaciones lógicas, aplicables a situaciones empíricas concretas.

En consecuencia, para éste método, la interpretación de una norma jurídica comprende: a) la interpretación lógica del sentido de cada una de las palabras contenidas en ella; b) la comprensión lógico – racional del conjunto de dichas palabras, en tanto constituyen una regla cuya estructura debe contener una formulación con tal característica.

Para la interpretación lógica del sentido de las palabras, debe recurrirse a la aplicación del método semiótico, en tanto método para la “interpretación y análisis del lenguaje”, cuya “meta principal es el esclarecimiento de las diversas dimensiones del signo o palabra utilizada en el lenguaje”¹⁸.

Así, el sentido de las palabras contenidas en la norma jurídica debe analizarse en tres dimensiones interrelacionadas entre sí: a) “sintáctica”, tomando en cuenta sus “relaciones con las demás palabras”; b) “semántica”, determinando “su significado”; c) “pragmática”, comprendiendo el uso de las mismas a partir de la relación emisor – receptor¹⁹.

Para la comprensión y aplicación lógica de las normas jurídicas, debe partirse de una premisa fundamental: éstas son, antes que nada, un fenómeno cultural, en tanto producto de los hombres para “regular

15 NINO, Carlos Santiago; “Introducción al análisis del Derecho”, 1ª reimposición de la 2ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires - 1984, págs. 259 y 260.

16 WINDSCHEID en referencia efectuada por MALHERBE, Hugo; “Introducción a la Ciencia Jurídica”, Tomo II, 2ª edición, Marzo – 1987, pág. 24.

17 WINDSCHEID en referencia efectuada por MALHERBE, Hugo; “Introducción a la Ciencia Jurídica”, Tomo II, ob. cit., pág. 24.

18 DÍAZ; ob. cit., págs. 102 y 103.

19 DÍAZ; ob. cit., pág. 103.

la convivencia humana²⁰, es decir, son creadas por el hombre a partir de la realidad de una determinada sociedad civil, para ser aplicada en ella misma²¹.

Por lo tanto, quien debe interpretar la formulación contenida en una norma jurídica no solo debe recurrir a la lógica formal, sino que, además, debe acudir a la lógica material o a lo que se ha denominado “lógica de lo razonable o de lo humano”, que implica “una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas”, que se nutre de la realidad social a la que el Derecho debe ser aplicado²².

Lo señalado implica, entre otras cosas, que si la norma jurídica está destinada a regular una determinada actividad de la sociedad civil, ciencia, arte o disciplina, la formulación que contiene la misma –considerando las palabras que la integran, individualmente y en su conjunto- debe interpretarse con el sentido dado y la lógica inherente a dicha actividad, ciencia, arte o disciplina.

Justamente, el Artículo 19 del Código Civil recoge este aspecto esencial dentro del elemento “lógico” del método, al establecer que *“las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”*.

Finalmente, como efecto de lo expresado en estos párrafos, este método plantea que la voluntad objetiva contenida en una norma jurídica, se enriquece con la evolución de la sociedad civil que regula, así como con la evolución de las ciencias, artes o disciplinas a que refiere o regula, pues “es el presente el que va suscitando las distintas modalidades de voluntad o los distintos contenidos de voluntad, que no habían sido tomados en cuenta obviamente por el legislador” o, más precisamente, por el creador de la norma, al momento de su elaboración²³.

1.2. Dimensión lingüístico – sustancial.

En este punto se desarrollará, brevemente, la base, pauta o matriz dogmática a partir de la cual se buscará la comprensión de los signos o palabras, es decir, del lenguaje que expresa el cometido contenido en la norma que constituye el núcleo de este análisis.

Como puede observarse, esta dimensión está íntimamente ligada con la interpretación “lógica” de toda norma jurídica que propone el método lógico - sistemático, en particular, a través de la aplicación del método semiótico, en sus acepciones semántica y pragmática.

A este efecto, se tomarán, sintéticamente, los postulados lingüísticos propuestos por el filósofo Ludwig WITTGENSTEIN²⁴, respecto a la estructura y límites del contenido del lenguaje.

El pensamiento de WITTGENSTEIN y su concepción del lenguaje, puede dividirse, claramente, en dos épocas.

Una primera época, a partir de su obra “Tractatus lógico – philosophicus”, publicada en el año 1922, en la que sostenía que todo signo o palabra y lo que es representado por ella, se corresponden entre sí con exactitud. Para arribar a tal afirmación, WITTGENSTEIN parte de lo que denominó “Teoría isomórfica” o del “atomismo lógico”, a partir del cual formulaba el siguiente supuesto: el mundo se mueve en un espacio de posibilidades dadas de antemano, en consecuencia, el armazón básico y general del mismo se halla fijado a priori en un lenguaje exacto, por lo que las palabras y los juicios no son más que derivaciones lógicas de los hechos²⁵.

Sintéticamente, para este autor, en esta primera época, “el lenguaje debía ser un sistema rigurosamente organizado”²⁶.

Una segunda época, en la que varía radicalmente su concepción del lenguaje, lo cual se vio reflejado en su obra póstuma “Philosophische Untersuchungen – Investigaciones Filosóficas”, publicada en 1953. En esta etapa, WITTGENSTEIN abandona su visión del lenguaje como un sistema rígidamente organizado y

20 RADBRUCH, Gustav; “Introducción a la filosofía del Derecho”, 4ª edición, Fondo de Cultura Económica – México, págs. 46 y 47.

21 Varios autores sustentan lo afirmado respecto al origen social del Derecho, lo cual ha dado lugar al desarrollo de una disciplina científica denominada “Sociología jurídica”. En este sentido, Emile DURKHEIM, Luis LEGAZ Y LACAMBRA, Luis RECASÉNS SICHES y Norberto BOBBIO, entre otros, citados por DÍAZ; en ob. cit., págs. 195 y 196.

22 Luis RECASÉNS SICHES citado por DÍAZ; en ob. cit., págs. 91 y 92.

23 MALHERBE; “Introducción a la Ciencia Jurídica” Tomo II, ob. cit., págs. 24 y 25.

24 Filósofo austríaco, nacionalizado británico, nacido en 1889 y fallecido en 1951.

25 BAUM, Wilhelm; “Ludwig WITTGENSTEIN, editorial Alianza, Madrid – 1988, págs. 16, 96 a 100 y 168.

26 BAUM, Wilhelm; “Ludwig WITTGENSTEIN”, ob. cit., pág. 168.

adopta una posición mucho más pragmática y dinámica respecto al mismo, aceptándolo tal cual se da en la práctica²⁷.

Son algunos de los postulados formulados en esta segunda época por el autor, los que tomaremos como pauta dogmático - lingüística para la comprensión de los signos o palabras que expresan el cometido.

En dicha obra, WITTGENSTEIN señala que no existe tal conexión isomórfica, atemporal y abstracta entre una palabra y el conjunto de hechos que supuestamente representa, es decir, entre proposiciones y hechos²⁸, sino que el significado de una palabra o signo deriva de su uso en el lenguaje²⁹.

A su vez, el lenguaje se usa en un contexto o entorno social. Por lo que “el lenguaje consiste en un conjunto de hábitos determinados por reglas que rigen su uso”, que permiten calcular la comprensión de las palabras o signos por el receptor, aunque no su comprensión definitiva³⁰.

En consecuencia, para el autor, es en ese entorno social concreto que se tornará claro el significado de la palabra en cuestión³¹.

Por lo tanto, una formulación lingüística externamente igual, o sea, una palabra o signo determinado, puede tener distintos significados según el uso que se le otorgue dentro de un entorno o contexto social concreto³². Es decir, una palabra o signo puede tener un significado dentro de un contexto social y variar, pudiendo ser más amplio, más restringido o completamente distinto, dentro de otro entorno social.

Más aún, el emisor del lenguaje, puede calcular que comprende el significado de las palabras que emite en un determinado sentido y, sin embargo, el receptor puede calcular la comprensión del significado de las mismas en otro.

A este proceso de comprensión de los signos o palabras dentro del lenguaje, el autor le llama el “juego del lenguaje”³³.

En síntesis, esta concepción del lenguaje entendido como un “juego”, donde el significado de las palabras deriva del uso que se hace de las mismas dentro éste, pudiendo ser distinta la comprensión que ha calculado tener de un signo el emisor con relación al receptor, será fundamental para la comprensión lógica y racional este cometido, cuyo estudio nos ocupa.

2. Delimitación de su alcance.

2.1. Identificación del fin u objetivo de la norma jurídica.

El Artículo 199 de la Ley 16.736 tiene un objetivo o fin propio, contenido en su voluntad autónoma, que debe ser satisfecho por el “Control” que preceptúa.

En consecuencia, la identificación de dicho fin u objetivo es clave para determinar el alcance del “Control”, pues éste debe adecuarse al mismo, para poder satisfacerlo.

Dado que esta norma jurídica transmite un imperativo o directiva emitido por el Estado, que somete a las “*Personas públicas no estatales y los Organismos privados que manejan fondos públicos o administran bienes del Estado*”, a un determinado “Control” a partir de sus estados contables, es lógico deducir que su fin u objetivo está estrechamente vinculado con la razón ontológica por la cual, el Estado, dispuso el mismo.

Las “Personas jurídicas de Derecho Público no Estatal”, son sujetos de Derecho que, sin integrar el Estado, son regulados por el Derecho Público, en tanto están sometidos a un régimen jurídico legal que les confiere

27 BAUM, Wilhelm; “Ludwig WITTGENSTEIN”, ob. cit., pág. 171.

28 WITTGENSTEIN, Ludwig; “*Philosophische Untersuchungen – Philosophical Investigations*”, traducción de G. E. M. Anscombe, 1ª edición, The Mac Millan Company, New York – 1953, pág. 105. En este sentido, el autor expresa: “The question what the expression means is not answered by such a description; and this misleads us into concluding that understanding is a specific indefinable experience”.

29 WITTGENSTEIN, Ludwig; “*Philosophische Untersuchungen – Philosophical Investigations*”, ob. cit., pág. 53. Dice el autor: “if the meaning is the use we make of the word, it makes no sense to speak of such fitting”.

30 BAUM, Wilhelm; “Ludwig WITTGENSTEIN”, ob. cit., págs. 169 y 170.

31 BAUM, Wilhelm; “Ludwig WITTGENSTEIN”, ob. cit., pág. 169.

32 WITTGENSTEIN, Ludwig; “*Philosophische Untersuchungen – Philosophical Investigations*”, ob. cit., pág. 53. En este sentido, dice el autor: “What is essential is to see that the same thing can come before our mind when we hear the word and the application still be different. Has it the same meaning both times? I think we shall say not”.

33 WITTGENSTEIN, Ludwig; “*Philosophische Untersuchungen – Philosophical Investigations*”, ob. cit., págs. 7 y 8.

“poderes exorbitantes y, correlativamente, los somete a sujeciones exorbitantes, entendiendo por exorbitantes soluciones que van más allá de las que se aplican” por el Derecho Privado, “al común de los mortales”³⁴.

Lo que determina que el legislador cree una Persona pública no estatal o someta a una entidad creada por particulares a dicho régimen jurídico, en ambos casos por Ley, es que las mismas tienen a su cargo el cumplimiento o ejecución de “cometidos públicos o de interés público”³⁵.

Brevemente, el concepto jurídico de interés público o general es, en principio, indeterminado. Sin embargo, es determinable en cada caso concreto pues el mismo constituye un módulo de condensación de valores que existen en una sociedad y es respecto a éste parámetro que habrá que evaluar si un cometido tiende o no a satisfacer dicho interés.

En consecuencia, la razón por la que se somete a las Personas públicas no estatales al referido “Control” estatal, obedece a la necesidad que tiene el Estado de sujetarlas a un conjunto de controles exorbitantes, cuya finalidad es la de obtener una seguridad razonable respecto al cumplimiento, por parte de dichos entes, de los cometidos de interés público que le hayan sido asignados³⁶.

En cuanto a los “Organismos privados”, cabe indicar que la norma, al utilizar dicha expresión genérica, no hace distinción alguna, por lo que incluye dentro de la misma a toda agrupación de seres humanos, con un fin común, tenga o no personería jurídica reconocida, sea de naturaleza civil o comercial, tenga o no fines de lucro, cualquiera sea su objeto o fin, su cantidad de integrantes y el grado de organización que posea su estructura, siempre y cuando se rija por el Derecho Privado.

Cabe identificar la razón por la cual el Estado somete a estos Organismos privados, al referido “Control”.

El Estado, en tanto forma organizativa o “asociación política” adoptada por un conjunto de seres humanos en la cual determinadas personas imponen su voluntad al resto de los integrantes³⁷, cuando interviene en un ámbito de actividad de la sociedad civil, lo hace a partir de los intereses o necesidades de los individuos y/o entes colectivos que la integran.

Por lo tanto, cuando el Estado, por Ley o por un Decreto dictado por Junta Departamental, con fuerza de Ley en su jurisdicción, interviene en la sociedad civil otorgando fondos públicos o dando la administración de alguno de sus bienes inmuebles, con un fin o destino específico, a un Organismo privado³⁸, lo hace en tanto sus cuadros gubernamentales y administrativos han sido persuadidos de la importancia de tutelar, apoyar o fomentar el desarrollo de los intereses o necesidades contenidas en el fin perseguido por el ente.

Tal persuasión puede originarse en una conducta proactiva de los seres humanos que integran el grupo o, sin que exista tal comportamiento expreso, en los intereses o las necesidades que como tal represente el mismo.

En consecuencia, el apoyo que brinda el Estado al ente privado, es la razón por la cual éste debe ejercer sobre el mismo cierto control, en el caso, el “Control” sobre o a partir de sus estados contables³⁹.

Es decir, la razón por la cual se somete a estos Organismos privados al referido “Control” estatal, radica en la necesidad que tiene el Estado de asegurarse, razonablemente, que dichos entes han utilizado estos fondos o bienes, con el destino o fin para el cual les fueron brindados.

Sintéticamente entonces, la razón ontológica por la cual el Estado somete a estas dos categorías de entes colectivos a tal sujeción, constituye el fin u objetivo contenido en la voluntad de la norma, que debe ser satisfecho por el “Control” referido.

34 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; “Sobre las Personas Públicas no Estatales” en Cuadernos de Derecho Público, Tomo 5, “Sobre la Reforma del Estado y Derecho Administrativo”, Editorial Universidad, pág. 42.

35 SAYAGUÉS LASO; ob. cit. Tomo I, pág. 221 y CAJARVILLE PELUFFO; ob. cit., págs. 33 y 43.

36 CAJARVILLE PELUFFO; ob. cit., pág. 35. En este sentido: DELPIAZZO, Carlos; “Derecho Administrativo Uruguayo”, Editorial Porrúa - Universidad Autónoma de México, año 2005, pág. 135.

37 WEBER, Max; “Economía y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica - México, 8ª reimpresión de la 2ª edición en español, 39, 43, 44 y 1057. Al definir su concepto de Estado, WEBER agrega un tercer elemento determinante a tales efectos que es: el “monopolio de la coacción física” por parte del mismo. Cabe puntualizar que no se hizo mención expresa al mismo, dado que no es relevante a los efectos del este análisis, pues, particularmente, se quiere destacar el carácter de “asociación política” que tiene el Estado.

38 Lo indicado es de acuerdo a lo preceptuado por los Artículos 457 y 528 de la Ley 15.903.

39 En este sentido: MARGULIES, Isaac y VIDAL, Martha; “La Administración Financiera y la Contabilidad en el Sector Público del Uruguay”, 1ª edición - julio 2001, pág. 790.

2.2. El “Control” como verificación de la exactitud formal del estado contable: una concepción inadecuada.

Inicialmente, se tendió a interpretar el cometido contenido en el Artículo 199 de la Ley 16.736 de modo tradicional, a través del denominado método exegético o literal.

En primer lugar, quienes sostenían este criterio de intelección, partían de la acepción más común o vulgar de la palabra “Control”, considerada como la “acción de comprobar”, es decir, de “confirmar la exactitud de algo”⁴⁰.

En segundo lugar, la referida norma jurídica era considerada de forma aislada respecto al resto del Orden Jurídico y sin conexión alguna con la disciplina, ciencia, arte o ámbito de la sociedad civil que refiere o regula, por quienes postulaban el criterio en cuestión.

Como se analiza a continuación, este planteo conducía, inexorablemente, a una conclusión que carecía de lógica y racionalidad, pues arribaba a una concepción del “Control”, que no satisfacía el objetivo o fin para el cual había sido establecido.

Por un lado, la adopción de este criterio para la determinación del alcance del cometido implicaba que, la Auditoría Interna de la Nación, al controlar los estados contables de los entes referidos, debía limitarse a efectuar un mero examen o revisión de la exactitud formal de dichos estados.

Para esta posición, dicho examen debía agotarse en controlar que el estado contable había sido expuesto de acuerdo a lo dispuesto por las normas jurídicas aplicables en materia de exposición de los mismos, lo cual, en nuestro país, ha sido regulado principalmente por el Decreto 103/1991 de 27/2/1991.

Conceptualmente, dentro de la ciencia contable, esta actividad es asimilable a la realización de los procedimientos propios de un “Informe de Compilación” de estados contables.

De acuerdo al numeral 1.1 del Pronunciamiento n° 7 del Colegio de Contadores, Economistas y Administradores del Uruguay, un “Informe de Compilación” es la compilación de estados contables, destinado a verificar que se ha presentado en forma de tal, es decir, de acuerdo a los requisitos que establezcan las normas jurídicas y técnico – contables al respecto, la información que surge del sistema contable. En síntesis, según dicho Pronunciamiento, el referido Informe “tiene por objetivo, asegurar que dicha información es presentada en forma de estados contables, cumpliendo con las normas aplicables en materia de exposición de la misma”.

En consecuencia, tal cual surge de su propia definición y objetivo, los procedimientos para la realización de esta clase de Informes tienen “un alcance muy limitado en cuanto a la profundidad del examen y, en consecuencia, sin posibilidad de brindar mayor seguridad sobre la confiabilidad de las informaciones contenidas en los estados contables”⁴¹.

Por otro lado, según este criterio, la segunda comprobación que debía realizar la Auditoría Interna de la Nación, cumpliendo con el mandato contenido en la norma, era controlar que se hubiese realizado una auditoría externa sobre dichos estados contables.

En síntesis, esta concepción tradicional del “Control” sobre los estados contables, no era ni es adecuada para la satisfacción del fin u objetivo contenido en la voluntad de la norma en cuestión.

2.3. El “Control” como cometido de auditoría: una concepción adecuada.

a. “Control” igual “Auditoría”.

En primer lugar, de acuerdo con el elemento “sistemático” del método de interpretación elegido, consagrado expresamente en el Artículo 20 del Código Civil, es menester ubicar al Artículo 199 de la Ley 16.736 dentro del contexto del Orden jurídico nacional.

40 Definición extraída de: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA – Diccionario de Lengua española, 22ª edición, Madrid – 2001.

41 VILLARMARZO, Ricardo; MONTONE, Luis; PERUZZO, Juan; RODRÍGUEZ, Rubén; TEMESIO, Daniel; “Informes de Contador Público”, edición especial de la 2ª edición, pág. 127.

La propia Ley 16.736 -que en su Artículo 199 asigna el “Control” referido a la Auditoría Interna de la Nación-, a partir del conjunto de cometidos sustantivos que le edicta y la denominación que le otorga, en sus Artículos 45, 46, 48 y 49, define la naturaleza intrínseca del Órgano.

Así, la Auditoría Interna de la Nación es un Órgano auditor, de carácter interno, encargado de auditar, entre otros, a los demás Órganos de la Persona pública Estado Central.

Sin que ello implique confundir competencias, la correcta comprensión del cometido contenido en el Artículo 199 de esta Ley, no puede entenderse de modo estanco a lo especificado por dichas normas, sino que debe inteligirse de modo sistematizado, armónico, coherente con lo dispuesto en las mismas.

En consecuencia, como puede observarse, el receptor del lenguaje emitido por el legislador en el Artículo 199 de la Ley 16.736, no es un Órgano cualquiera de la Administración Pública de nuestro Estado, sino que es un Órgano cuya actividad tiene una especialidad técnica muy particular y al que, en virtud de ello, el propio legislador, en el Artículo 46 de la Ley 16.736, le ha otorgado “autonomía técnica” para desarrollar la misma.

La Auditoría Interna de la Nación, en tanto sindicada por el propio legislador como un Órgano auditor con autonomía técnica, ha desarrollado las funciones inherentes al cumplimiento de sus cometidos sustantivos a partir de las normas técnicas, postulados conceptuales y paradigmas emanados de una disciplina científica particular.

Esta es la disciplina de Auditoría.

Sintéticamente entonces, el lenguaje emitido por el legislador en esta norma, tiene como destino un receptor –Auditoría Interna de la Nación- que actúa dentro de un contexto o entorno científico – técnico determinado. Por lo tanto, siguiendo a WITTGENSTEIN, la comprensión del significado de las palabras o signos contenidos en la norma, para expresar el cometido analizado, debe efectuarse de acuerdo a su uso, dentro de dicho entorno científico – técnico, es decir, de acuerdo a la disciplina de Auditoría y no en un sentido común y corriente.

En segundo lugar, ubicado el entorno científico – técnico dentro del cual debe entenderse utilizado el lenguaje contenido en la norma legal, corresponde determinar el significado de las palabras que constituyen la expresión “Control sobre los Estados Contables”, de acuerdo a su uso dentro del mismo.

Lo indicado implica que la norma debe interpretarse de acuerdo a la lógica inherente a la actividad, ciencia, arte o disciplina a que refiere, es decir, de la disciplina de Auditoría, lo cual es coherente con el elemento “lógico” del método de interpretación adoptado para este caso y con lo dispuesto por el referido Artículo 19 del Código Civil.

Analizaremos, por un lado, el significado de la expresión “Estados Contables” y, por el otro, el significado del término “Control”, en ambos casos dentro de la disciplina de Auditoría.

Para esta disciplina, son “Estados Contables” los “informes escritos que suministran, a terceros ajenos a la empresa, informaciones sobre la situación patrimonial de ésta y sobre la evolución de ese patrimonio”, la cual “se conceptúa útil”, para “evaluar la gestión e la empresa; analizar su rentabilidad y estructura patrimonial”, entre otros fines⁴².

A su vez, esta disciplina considera como “interesados en los estados contables de una empresa”, entre otros, a las “autoridades de control del funcionamiento del ente”⁴³.

En este caso, la autoridad estatal interesada en los estados contables de las Personas públicas no estatales y de los Organismos privados que manejan fondos públicos y administran bienes del Estado es, la Auditoría Interna de la Nación.

En cuanto al significado de la palabra “Control”, cabe señalar que, hasta hace unos años, esta disciplina identificaba conceptualmente dicho término con el de “Auditoría”, de forma absoluta, pues dentro de la misma se entendía que el control constituía la esencia de cualquier clase de Auditoría.

Tal identificación surgía, pues, del paradigma imperante dentro de la disciplina de Auditoría.

Dicho paradigma puede verse claramente reflejado, en la definición que daba del término Enrique FOWLER NEWTON –uno de los autores más reconocidos de esta disciplina en América Latina-, en un libro editado en el mes de julio del año 1994, pues definía “Auditoría”, grosso modo, como una “función independiente de control del funcionamiento de un sistema, para evaluar una serie de aspectos”⁴⁴.

42 FOWLER NEWTON, Enrique; “Tratado de Auditoría”, Tomo I, Editorial Contabilidad Moderna – Buenos Aires, págs. 14 y 16.

43 FOWLER NEWTON; “Tratado de Auditoría”, ob. cit., pág. 16.

44 FOWLER NEWTON; “Diccionario de Contabilidad y Auditoría”, 2ª edición, Buenos Aires – julio de 1994, Ediciones Macchi, pág. 23.

En igual sentido, la definición de “Auditoría Interna” adoptada en 1946 por la Organización internacional “Instituto de Auditores Internos”, vigente hasta el año 1999, recogía dicho paradigma. La Organización definía a la “Auditoría Interna” como “una función independiente de control, establecida como un servicio dentro de una organización para examinar y evaluar sus actividades”⁴⁵.

En idéntica dirección, eran las manifestaciones de algunos ponentes del “V Congreso Latinoamericano de Auditoría Interna”, celebrado en el año 1999, quienes señalaban que la concepción del auditor como “controlador”, es decir, “como policía, cuya única y principal labor es la de detectar problemas con el fin de detectar un culpable”, era la que había imperado en América Latina hasta mediados de la década de 1990, si bien se vislumbraba cierta evolución de la disciplina hacia un nuevo paradigma⁴⁶.

En síntesis, puede decirse que el paradigma científico “Auditoría” igual “Función de Control”, era el que aún imperaba en la disciplina, al menos, en Uruguay y en América Latina, al momento de la promulgación de la Ley 16.736, que fue el 5 de enero de 1996.

En definitiva, como consecuencia lógica de las consideraciones efectuadas, cabe concluir que cuando la norma jurídica analizada -a través de su creador- dijo “Control”, dijo “Auditoría”.

Ahora, el sentido de la palabra “Auditoría”, contenido en la voluntad objetiva de la norma, no debe entenderse en los términos indicados, pues su significado ha tenido una profunda evolución desde la fecha de promulgación de la Ley, en particular, a partir del cambio de paradigma del concepto de Auditoría Interna, lo que ha modificado su uso.

Como se indicó, hasta hace unos años, el paradigma hacia el cual estaba enfocado la Auditoría, era el “Control”.

Sin embargo, actualmente, el paradigma hacia el cual se enfoca la Auditoría, refiere al manejo de los riesgos que afecten la consecución del o de los objetivos que asume una Organización. Este nuevo paradigma, concibe a la Auditoría como una actividad cuyo objeto es el manejo de tales riesgos, proactiva al monitoreo, precaución, diversificación, repartición, transferencia, control y hasta aceptación de los mismos⁴⁷.

La esencia, razón de ser o finalidad de este nuevo paradigma, es que la Auditoría, como disciplina o actividad, debe “agregar valor” a la Organización auditada, lo cual significa ayudarla a cumplir con su objetivo y mejorarla⁴⁸.

Este es el axioma o valor que nutre al novel paradigma de la disciplina.

Desde de este cambio de paradigma, en particular con el nuevo enfoque que ha adquirido la Auditoría Interna, puede decirse que la Auditoría es una actividad independiente y objetiva, cuya finalidad es aumentar el valor, mejorar algunas o todas las operaciones de una Organización y ayudarla a cumplir con su objetivo, a partir de la evaluación y mejora de la efectividad de algunos o todos los procesos de manejo de riesgos, control y dirección de la misma⁴⁹.

En síntesis, actualmente, el significado del cometido de “Auditoría”, contenido en el Artículo 199 de la Ley 16.736, debe comprenderse tal cual es su uso contemporáneo en dicha disciplina, es decir, de acuerdo al nuevo paradigma que impera en la misma.

Finalmente y en tercer lugar, recurriendo a la acepción sintáctica del método semiótico, contenido en el método de interpretación lógico sistemático, debe analizarse la relación de los términos y expresiones recién estudiados, con otras palabras contenidas en la norma legal.

La norma indica que este “control de estado contables”, debe efectuarse de acuerdo a las “conclusiones que se obtengan de la información proporcionada”.

Es decir, en virtud de tal disposición, los entes sometidos a este “Control” deben remitir, a la Auditoría Interna de la Nación, copia de sus estados contables, con sus notas aclaratorias, anexos y el dictamen de auditoría externa efectuado por un profesional contable privado e independiente.

45 ESTUPIÑÁN GAITÁN, Rodrigo; “Administración o Gestión de Riesgos E.R.M. y la Auditoría Interna”, Ecoe Ediciones, Bogotá – año 2006, pág. 131, en particular ver nota al pie de página n° 3.

46 VÁZQUEZ ERQUICIO, Raúl; Ponencia: “Perfiles del Auditor Interno en el Tercer Milenio” presentada en el “V CONGRESO LATINOAMERICANO de AUDITORÍA INTERNA – Reto y Compromiso de la Auditoría Interna hacia el año 2000”, organizado por el Instituto de Auditores Internos de la República Dominicana – octubre de 1999, pág. 60.

47 ESTUPIÑÁN GAITÁN; ob. cit., págs. 132 y 133.

48 ESTUPIÑÁN GAITÁN; ob. cit., pág. 133. En idéntico sentido: VÁZQUEZ ERQUICIO; Ponencia: “Perfiles del Auditor Interno en el Tercer Milenio” presentada en el “V CONGRESO LATINOAMERICANO de AUDITORÍA INTERNA”, ob. cit., pág. 62: “debemos pensar que nuestra labor, más que verificar saldos, es la revisión de procesos operativos, de aspectos que generen valor agregado”.

49 Conforme: ESTUPIÑÁN GAITÁN; ob. cit., pág. 131. Dicho autor cita la definición elaborada por el Instituto de Auditoría Interna, en el mes de junio de 1999.

Esa es la información que estas entidades deben proporcionar al Órgano referido y, como claramente dispone la norma legal, es a partir de las conclusiones que se obtengan de su análisis, que la Auditoría Interna de la Nación debe efectuar el "Control" cometido, por lo que mal puede entenderse que el mismo se agota en un mero análisis de la exactitud formal de la exposición del estado contable en sí. Esta no es más que la etapa inicial, a partir del cual se planificará y ejecutará el control, o sea, la auditoría.

Como puede observarse, lo indicado coadyuva con lo expuesto precedentemente respecto al significado de la palabra "Control", en esta norma.

En conclusión, la voluntad objetiva del Artículo 199 de la Ley 16.736, comete a la Auditoría Interna de la Nación a realizar una auditoría sobre los entes colectivos señalados, la cual, como se indicará a continuación, tiene características y límites especiales.

b. Características y límites de la auditoría.

Dogmáticamente, a grandes rasgos, las auditorías pueden ser clasificadas desde dos puntos de vista.

En primer lugar, a partir de la relación del auditor - auditado, las auditorías se pueden clasificar en externas e internas⁵⁰. Por un lado, una auditoría es externa, cuando es realizada por una persona que no depende jerárquica ni funcionalmente del auditado. Por el otro, una auditoría es interna, cuando la persona que la realiza, depende funcionalmente del auditado. En ambos casos, los auditores tienen independencia técnica.

Si bien esta distinción es útil a los efectos de este trabajo, cabe puntualizar, que la práctica ha desvirtuado lo que fue su concepción inicial.

En este sentido, la distinción entre auditoría interna y externa, tiende a realizarse a partir de la determinación del sujeto interesado en su realización. Cuando el interesado es la propia organización a auditar, la auditoría es interna⁵¹. Cuando el interesado es un sujeto exógeno a la organización –a vía de ejemplo: clientes, autoridades estatales- la auditoría es externa⁵².

En segundo lugar, de acuerdo a su objeto, se pueden distinguir tres grandes clases de auditoría, sin perjuicio de otras que puedan existir.

Por un lado, las auditorías de estados contables, que consisten en "su examen, con el objetivo de emitir una opinión o dictamen sobre la información contable examinada", en particular en relación a la razonabilidad, confiabilidad e integridad de la información que proporciona⁵³.

Por el otro, las auditorías de cumplimiento, que consisten en examinar si el auditado ha respetado determinadas normas jurídicas legales, contractuales o de otra jerarquía⁵⁴.

Por último, las auditorías operacionales o de gestión, que consisten en examinar "algunas o todas las operaciones llevadas a cabo por un ente auditado o por alguna(s) de sus unidades operativas, con el propósito de evaluar la eficacia y/o eficiencia de su gestión y formular recomendaciones para su mejoramiento"⁵⁵.

Finalmente, a este respecto, cabe hacer una consideración de carácter fáctico, no científico, pero relevante para éste análisis. Si bien la identificación que se señalará no es necesaria, puede decirse que las auditorías de gestión son normalmente realizadas por las unidades de Auditoría Interna de las organizaciones o por una empresa de auditoría contratada, en interés de la misma⁵⁶, mientras que las auditorías de estados contables, son efectuadas por profesionales o empresas privadas de auditoría, externas al ente auditado, en interés de personas exógenas al mismo.

Determinadas las categorías dogmáticas de auditoría, corresponde analizar si la auditoría que debe realizar el Órgano estatal auditor, sobre los estados contables de los entes referidos, es calificable dentro de alguna de las mismas.

50 FOWLER NEWTON; "Diccionario de Contabilidad y Auditoría", ob. cit., págs. 25 y 26.

51 Conforme a la Norma ISO 19.011:2003 -"Directrices para la auditoría de sistemas de gestión de la calidad y ambiental"-, son auditorías internas aquellas "realizadas por, o en nombre de, la propia organización, para la revisión por la Dirección y con otros fines internos".

52 Conforme a la Norma ISO 19.011:2003, antes citada, son auditorías externas aquellas llevadas "a cabo por partes que tienen interés en la organización como los clientes, o por otras personas en su nombre". Asimismo, son auditorías externas aquellas llevadas "a cabo por organizaciones de auditoría independientes y externas".

53 Conforme: FOWLER NEWTON; "Tratado de Auditoría", Tomo I, ob. cit., págs. 18, 19, 30 y 194.

54 Conforme: FOWLER NEWTON; "Diccionario de Contabilidad y Auditoría", ob. cit., pág. 24.

55 Conforme: FOWLER NEWTON; "Diccionario de Contabilidad y Auditoría", ob. cit., pág. 24.

56 En este sentido: ADAM, Alfredo y BECERRIL, Guillermo; "La Auditoría Interna en la Administración Pública Federal", 2ª edición, marzo 1999, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, pág. 22.

En cuanto al carácter externo o interno de la misma, dado que la Auditoría Interna de la Nación no depende funcionalmente del ente auditado y que el interesado en su realización es el Estado -sujeto exógeno al mismo-, la auditoría tiene carácter externo.

Lo afirmado, es en cierta forma paradójico y contrario a la lógica científica de la disciplina de Auditoría, pues se le está cometiendo a un Órgano cuya denominación, naturaleza y cometido sustantivo es de auditoría interna, la realización de una auditoría externa. Sin embargo, así ha sido impuesto por el Estado, a través de su poder de imperio, en dicha Ley.

El aspecto más problemático, indudablemente, es definir su objeto.

La referida norma legal dice que la Auditoría Interna de la Nación “efectuará controles sobre dichos estados contables”. Si, como es debido, de acuerdo a lo manifestado en los párrafos anteriores, se sustituye la palabra “Controles” por “Auditorías”, la expresión quedaría conformada del siguiente modo: “efectuará auditorías sobre dichos estados contables”.

Esta lectura simple de la norma, en el sentido indicado, llevaría a concluir que la Auditoría Interna de la Nación debe efectuar una auditoría de los estados contables de los entes referidos.

Sin embargo, tal afirmación sería absurda y no tendría sentido, pues, como surge del propio Artículo 199 de la referida Ley, los entes deben presentar ante la Auditoría Interna de la Nación “sus estados contables con dictamen de auditoría externa”, por lo que, al momento de ser presentados ante el referido Órgano estatal, la auditoría de los mismos ya debió haber sido realizada por una empresa o profesional privado, independiente y externo al ente.

En consecuencia, sería contrario a la “lógica de lo razonable” concluir, que el Órgano auditor debe realizar la misma tarea ya efectuada. Además, de esa forma, tampoco se estaría satisfaciendo el objetivo o fin perseguido por la norma.

Respecto a las restantes dos categorías, es decir, auditoría operativa o de gestión y auditoría de cumplimiento, si bien no deben ser descartadas pues no existe razón para ello, es claro que, sin ser una auditoría de estados contables, la auditoría que debe realizar el Órgano auditor debe tener una relación directa con dichos estado contables.

En consecuencia, esta auditoría no puede ser calificada, de forma pura, dentro de alguna de las mismas, si bien, como se verá, en determinados momentos, la auditoría podrá evaluar aspectos de la gestión del ente auditado o el cumplimiento de ciertas normas jurídicas.

Se trata entonces de una auditoría externa -con la contradicción que ello implica-, cuyo objeto no se identifica con el que normalmente corresponde a las mismas -por el contrario, como se analizará a continuación, se vincula más con el objeto de una auditoría interna-, que tampoco es posible encorsetar dentro alguna de las demás categorías dogmáticas existentes.

En definitiva, esta auditoría tiene características muy especiales, que derivan del modo en que la misma fue impuesta por el Estado, a través de la Ley.

Nos avocaremos entonces, a la determinación del objeto de esta auditoría “sui generis”.

Para determinar dicho objeto, nos fijaremos tres pautas necesarias: a) el mismo debe estar dentro de los límites establecidos por el Artículo 199 de la Ley 16.736; b) debe ser razonablemente aceptable dentro de la disciplina de Auditoría; c) debe satisfacer el objetivo o fin perseguido por dicha norma.

De acuerdo al texto del Artículo 199 de la citada Ley -sustituyendo el término “Controles” por “Auditorías”-, el Órgano estatal auditor debe efectuar “auditorías sobre dichos estados, en forma selectiva, de acuerdo a las conclusiones que se obtengan de la información proporcionada”.

Tomando en cuenta las consideraciones efectuadas unos párrafos atrás, lo razonable es concluir que dicho Órgano debe realizar una auditoría sobre las Personas públicas no estatales y los Organismos privados referidos, pero a partir de las conclusiones que obtiene del análisis de sus estados contables y del dictamen del auditor externo.

Dicha afirmación requiere una precisión que constituirá otro límite al alcance de esta auditoría.

El objeto o fin perseguido por el Estado, contenido en la voluntad de la norma, al someter a las Personas públicas no estatales a este “Control”, es el de obtener una seguridad razonable respecto al cumplimiento de los cometidos de interés público que le han sido asignados.

A su vez, el fin perseguido por el Estado, al someter a los Organismos privados que reciben fondos públicos o administran bienes del Estado a este control, es el de obtener seguridad razonable que dichos entes han utilizado los mismos, con el destino o fin para el cual les fueron brindados.

Por lo tanto, en el caso de las Personas públicas no estatales, la auditoría deberá realizarse a partir de las conclusiones que se obtengan del análisis de todo el estado contable y de lo expuesto en el dictamen de

auditoría externa, que puedan significar o alertar el no cumplimiento del cometido de interés público asignado, de modo eficiente.

En cambio, en el caso de los Organismos privados, la auditoría deberá realizarse, únicamente, a partir de las conclusiones obtenidas del análisis de lo expuesto en el estado contable y en el dictamen del auditor externo, respecto a la utilización eficaz y eficiente de los fondos públicos y los bienes estatales, en relación a su destino.

Sin perjuicio de lo señalado, dichas auditorías no deben significar un mero control sobre estos entes, sino que deben entenderse enfocadas a lo expresado más arriba, es decir, al manejo de riesgos, a “agregar valor” al ente auditado y, en definitiva, a ayudarlo a cumplir con su objetivo. Esta será la mejor forma de asegurar, razonablemente, al Estado, que las Personas públicas no estatales cumplen con su cometido público y que los Organismos privados destinan los fondos y bienes otorgados, de la forma más eficaz y eficiente.

De este modo, el alcance del “Control” así determinado, en tanto auditoría entendida en el sentido indicado, se adecua perfectamente al fin u objetivo contenido en la voluntad objetiva del Artículo 199 de la Ley 16.736, pues lo satisface o, al menos, tiende a hacerlo.

A su vez, como se indicará en el literal siguiente, en estas auditorías podrá evaluarse, si así lo amerita, la eficacia de aquellos aspectos del Sistema de Control Interno que se consideren necesarios, la gestión del ente e, incluso, podrá comprobarse el cumplimiento de las normas jurídicas, siempre dentro del alcance y límites indicados en los parágrafos inmediatamente anteriores.

Finalmente, como puede observarse, el objeto de esta auditoría, se identifica más con el que normalmente tienen las auditorías internas, que con el que habitualmente tienen las auditorías externas, lo cual se adecua a la naturaleza del Órgano estatal, Auditoría Interna de la Nación, encargado de efectuar la misma.

c. Funciones y poderes para su ejecución.

Determinado el alcance de este cometido, corresponde precisar, brevemente, cuales son las funciones que debe o puede realizar la Auditoría Interna de la Nación, para ejecutar esta auditoría, así como los poderes que tiene para ello.

A tal efecto, es necesario distinguir dos etapas en la misma, una preliminar y otra principal.

En la etapa preliminar, la Auditoría Interna de la Nación debe comprobar si los entes referidos, han cumplido con lo dispuesto por el Artículo 199 de la Ley 16.736.

Lo indicado comprende constatar la presentación, ante sí, dentro del plazo establecido por la norma, de: a) los estados contables; b) el dictamen de auditoría sobre lo mismos, realizado por un profesional Contador Público, externo e independiente del ente⁵⁷.

La etapa principal, debe iniciarse con el análisis conjunto e integrado del estado contable remitido y del dictamen emitido por el auditor externo, cuya opinión puede ser, a grandes rasgos, “limpia”, “favorable con salvedad”, “adversa” o incluso, puede existir una “abstención de opinión”⁵⁸.

Una vez efectuado dicho análisis, el auditor debe formular conclusiones, a partir de las cuales deberá decidir si existe mérito para realizar una auditoría y, en caso afirmativo, delimitar el alcance y objetivo de la misma y resolver que aspectos se evaluarán, a efectos de satisfacer el fin u objetivo perseguido por la norma referida.

Como se indicó al finalizar el literal anterior, la realización de esta auditoría puede implicar la evaluación del Sistema de Control Interno del ente y su gestión, así como la verificación del cumplimiento de normas jurídicas, siempre dentro del alcance y límites indicados.

En primer lugar, en cuanto al Sistema Control Interno del ente, la evaluación de su eficacia es necesaria en toda clase de auditoría. Es una función inherente a la realización de una auditoría⁵⁹.

La razón de tal afirmación se encuentra en que un Sistema de Control Interno eficaz, permite “proporcionar seguridad razonable”, a una organización, de que la misma podrá cumplir con su objetivo, a través de las “siguientes categorías: efectividad y eficiencia de las operaciones, confiabilidad en la información financiera, cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables”⁶⁰.

57 VILLARMARZO y otros, citando a FOWLER NEWTON; “Informes de Contador Público”, ob. cit., pág. 51.

58 VILLARMARZO y otros; ob. cit., págs 77 y 78.

59 En este sentido: FOWLER NEWTON; “Tratado de Auditoría”, Tomo I, ob. cit, pág. 148.

60 Conforme: Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission –C.O.S.O.-; “Control Interno. Estructura conceptual integrada”, Ed. Ecoe, pág. 14.

En consecuencia, dado que, como se indicó, la actividad del auditor debe tender a ayudar a la organización a cumplir con su objetivo y a mejorarla, a partir de la precaución, diversificación, control y hasta aceptación de los riesgos del negocio, la evaluación de la eficacia del Sistema de Control Interno aparece como un factor fundamental a tal efecto.

En las Personas públicas no estatales, un Sistema de Control Interno eficaz, permite asegurar, razonablemente, que dicho ente cumple con el cometido de interés público asignado.

En los Organismos privados referidos, un Sistema de Control Interno eficaz, permite asegurar, razonablemente, que el mismo utilizó los fondos públicos y los bienes estatales dados en administración, con el destino o fin para el cual fueron otorgados.

Sintéticamente entonces, retomando el concepto de “poderes implícitos” expresado en el Capítulo II de este trabajo, la evaluación del Sistema de Control Interno de los entes referidos, en tanto esté alineada con el objeto y los límites de esta auditoría particular, es claramente un poder implícito que permite a la Auditoría Interna de la Nación la ejecución del cometido asignado por el Artículo 199 de la Ley 16.736

En segundo lugar, el auditor puede decidir evaluar la gestión de determinados procesos, actividades u operaciones de los entes referidos, pues el Artículo 49 de la Ley 16.736 dispone expresamente que todas “*las actuaciones y auditorías, a cargo de la Auditoría Interna de la Nación, abarcarán*”, entre otros, “*aspectos de gestión*”.

Finalmente, el auditor puede decidir examinar el cumplimiento de las normas jurídicas –constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales- pues el Artículo 49 de la Ley citada establece, también de forma expresa, que “*las actuaciones y auditorías, a cargo de la Auditoría Interna de la Nación, abarcarán*”, entre otros, “*aspectos normativos*”.

IV. Conclusiones.

1°. Las auditorías internas realizadas en el Estado o “Gubernamentales”, comprenden aquellas efectuadas por un Órgano estatal en otros, así como aquellas en las cuales se evalúan procesos y/o actividades del Estado.

Como se indicó en el Capítulo II de este trabajo, la competencia de los Órganos del Estado, en cuanto a sus cometidos, funciones y poderes, es determinada, necesariamente, por el Orden jurídico vigente, lo cual se resume en el citado “Principio de especialidad o legalidad”.

En consecuencia, cuando un Órgano estatal tiene como cometido la realización de auditorías dentro del Estado, ello implica, necesariamente, que una norma jurídica de jerarquía legal se lo ha asignado.

A su vez, en estos casos, las auditorías deben planificarse y ejecutarse, a partir de las normas jurídicas que regulan los cometidos, funciones y poderes del Órgano a auditar, así como las que regulan las actividades o procesos que se pretenden auditar.

Más allá de sus particularidades técnicas, las auditorías internas desarrolladas en el Estado, siempre involucran normas jurídicas que constituyen el primer límite y, a su vez, el marco para el desarrollo de las mismas, en cuanto a su planificación, delimitación del alcance y objetivo y, finalmente, su ejecución.

2°. Esta reflexión es perfectamente aplicable a aquellos casos, como el que se plantea en este trabajo, en los que un Órgano de Auditoría Interna perteneciente al Estado, debe auditar una entidad no estatal, pública o privada, por disposición de la Ley.

En primer lugar, pues, al tratarse de un Órgano del Estado, en virtud del referido “Principio de especialidad”, es la Ley la que le asigna dicho cometido particular.

En segundo lugar, pues, si bien se trata de auditorías a realizar fuera del Estado, el Órgano estatal debe efectuarlas atendiendo a ciertas imposiciones particulares de las normas jurídicas, respecto al cometido del ente auditado -como ocurre con las Personas públicas no estatales- u otros aspectos, tales como el destino que le debe dar el ente a los fondos asignados y a los bienes dados en administración, por parte del Estado -como ocurre con los Organismos privados referidos-.

En consecuencia, también en estas auditorías realizadas desde el Estado pero fuera del mismo, las normas jurídicas constituyen el primer límite o marco para el desarrollo de las mismas.

3°. En ambos supuestos, la comprensión correcta de las normas involucradas, a partir de su interpretación precisa, es determinante para no exceder el límite que ha dispuesto el Orden jurídico al asignarle, al Órgano del Estado, el cometido de auditar dentro o fuera del mismo.

Lo indicado es relevante pues, en virtud del “Principio de especialidad”, la realización de una auditoría fuera de los límites del cometido asignado puede determinar la ilegitimidad de la actividad desarrollada por el Órgano estatal y su responsabilidad.

4°. En el caso estudiado, sólo a partir de la tarea interpretativa efectuada sobre la norma núcleo de este trabajo, fue posible comprender correctamente:

- a. La dimensión técnica particular del cometido asignado a la Auditoría Interna de la Nación, en tanto auditoría, entendida de acuerdo al actual paradigma de la disciplina homónima, de carácter externo, pero asimilable a una interna, en cuanto a su objeto.
- b. Sus dos límites. El primero: esta auditoría debe planificarse y ejecutarse a partir de las conclusiones que se obtengan del análisis integrado del estado contable del ente y del dictamen de auditoría externa sobre el mismo. El segundo: dichas conclusiones, a partir de las cuales podrá planificarse y ejecutarse la auditoría, deben versar, en el caso de las Personas públicas no estatales, sobre el cumplimiento eficiente o no, del cometido de interés público asignado y, en el caso de los Organismos privados, sobre la utilización eficaz y eficiente de los fondos públicos y los bienes estatales, en relación a su destino.

En consecuencia, la planificación de estas auditorías, la delimitación de su alcance y objetivo, así como su ejecución, debe realizarse atendiendo a estos aspectos y, particularmente, sin exceder los límites especificados.

Dentro de este marco, el auditor podrá aplicar, con independencia, las diversas técnicas y procedimientos de su disciplina.

5°. Por otro lado, la comprensión incorrecta del cometido establecido por el Artículo 199 de la Ley 16.736, implicaría el desarrollo de un servicio técnico defectuoso, por parte de la Auditoría Interna de la Nación, no adecuado al objeto o fin contenido en la voluntad de la norma.

Justamente, interpretar el cometido como una actividad de verificación de la exposición formal del estado contable, en cuanto a su adecuación con las normas jurídicas vigentes en la materia o como una auditoría de estados contables, llevaría a la Auditoría Interna de la Nación a prestar un servicio imperfecto, no que no satisface el fin u objetivo de la norma.

6°. Finalmente, como puede observarse, la realización responsable de auditorías desde el Estado, dentro o fuera de él, requiere que, sin ser un experto, el auditor tenga formación en las técnicas de interpretación de normas jurídicas, así como en los Principios básicos y generales que rigen el funcionamiento administrativo de los Órganos estatales.

Lo indicado se acopla a lo que dispone el “Instituto de Auditores Internos”, en la Norma Internacional para el Ejercicio Profesional de la Auditoría Interna n° 1210 –“Pericia”-, en la cual dicha Organización declara: *“los auditores internos deben reunir los conocimientos, las aptitudes y otras competencias necesarias para cumplir con sus responsabilidades individuales. La actividad de auditoría interna, colectivamente, debe reunir u obtener los conocimientos, las aptitudes y otras competencias necesarias para cumplir con sus responsabilidades”*.

En definitiva, las técnicas de interpretación de las normas jurídicas, constituyen un conocimiento que necesariamente debe adquirir el auditor estatal, a efectos cumplir responsablemente con su actividad.

MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES Y ADMISIBILIDAD DE SU OMISIÓN ALEGANDO LA RESERVA DE LAS ACTUACIONES.

VIVIANA PÉREZ BENECH

Master en Derecho de la Empresa (UM)

I.- Alcance del trabajo.-

Si bien en primera instancia la exigencia de que todo acto administrativo debe estar suficientemente motivado –y el alcance concreto de esa motivación- aparece consagrada con suma claridad en las normas que reglamentan el procedimiento administrativo (artículos 123 y 124 del Decreto 500/991 en el caso de la Administración Central, y demás organismos que han adoptado esta norma o similares), las certezas sobre el alcance de esta obligación de la Administración se van diluyendo cuando estas normas –y Principios Generales de Derecho, según veremos- resultan aplicadas por la jurisprudencia a la vasta casuística que plantea el ejercicio de la función administrativa. Veremos que la nulidad insubsanable del acto administrativo, que se sostiene en principio como consecuencia de la omisión de motivación, no resulta un criterio inflexible ante determinados actos que por sus características o antecedentes pueden considerarse suficientemente motivados mediante modalidades muy diversas a la prevista en la norma.

Si a ello le agregamos la consideración de aquellos casos en que la Administración omite o limita la motivación de los actos administrativos alegando un deber de reserva o secreto respecto de los antecedentes del mismo, puede apreciarse la utilidad de abordar el análisis de la jurisprudencia en relación al tema intentando extraer criterios jurisprudenciales –al menos generales- sobre el alcance del deber de motivar suficientemente los actos administrativos, así como, a partir de allí, intentar algunas reflexiones sobre la procedencia de limitar dicha motivación en función de un deber de reserva o secreto administrativo.

Este trabajo tiene entonces un doble propósito y se divide por tanto en dos segmentos: por un lado, el análisis de los criterios que ha ido sentando nuestra jurisprudencia (básicamente la del Tribunal de lo Contencioso Administrativo) sobre el alcance del deber de incluir en todo acto administrativo una motivación suficiente del mismo, y por otro lado, la aceptabilidad de que la Administración alegue la reserva o secreto de las actuaciones para ocultar al administrado los motivos del acto administrativo (o mejor dicho, la expresión de tales motivos). Entendemos que existe una conexión importante entre ambos segmentos, dado que la primera parte nos permitirá contar con un concepto de “motivación suficiente” más cercano a la aplicación práctica de los principios generales, y contar así con una base conceptual más definida, como para abordar luego un breve análisis sobre la incidencia de la “reserva” o el “secreto” en el cumplimiento del deber de la Administración de incluir dicha motivación en el acto.

II.- Aplicación de la exigencia de motivación del acto administrativo en la jurisprudencia.

II.1.- Motivación del acto administrativo: concepto y finalidad. Actos discrecionales.

La motivación del acto administrativo es la expresión concreta de la causa o motivo del mismo¹, es decir, la manifestación de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan.

GARCIA DE ENTRERRIA ha expresado que *“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”*.²

Más allá de la discusión doctrinaria que se generara respecto de la preceptividad de la motivación ante la ausencia de una norma expresa que la exigiera³, el Decreto 500/991 impuso la obligación de motivar todo acto administrativo en su artículo 123, agregando una serie de reglas muy precisas en relación a la forma de motivación del acto. Entre esas reglas, se expresa que *“no son admisibles las fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada”*, y se establece, en el artículo 124, un minucioso detalle de los elementos que debe contener tanto la parte expositiva como la parte dispositiva del acto administrativo (el *“Visto”*, el o los *“Resultandos”*, *“Considerandos”*, el *“Atento”*, etc., prohibiendo, incluso, otras expresiones ajenas a las allí enumeradas).

La importancia y el sentido de la motivación del acto ha sido señalada por la doctrina más prestigiosa. Entre ellos, SAYAGUES LASO señala que la motivación constituye, además de un justificativo de la acción administrativa, un medio para permitir el contralor jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto⁴.

En el mismo sentido, FERNANDEZ VAZQUEZ sostuvo que la motivación es la legalidad del acto administrativo, pues justifica el cumplimiento de los elementos normativos (aspectos reglados del acto) y de los valores de apreciación sobre el mérito y la razonabilidad (aspectos discrecionales del acto) agregando que *“...la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada...”*⁵

Más recientemente, se ha realizado un análisis sobre la motivación desde la perspectiva del Estado de Derecho y los derechos fundamentales de la persona humana⁶. En tal sentido, se ha expresado que *“habrá de verse la cuestión de la motivación de los actos estatales como un derecho fundamental de los individuos”*, pues *“estando las prerrogativas del poder de lado del Estado, la adecuada fundamentación y motivación de los actos públicos es la garantía que tiene el sujeto contra la arbitrariedad”*. En tanto derecho fundamental de la persona humana, la obligación de motivar los actos no dimana entonces de la norma reglamentaria que la impone, y ni siquiera de la norma legal, sino de la propia Constitución, en virtud de la concepción ius naturalista de la misma (art. 72). Incluso la jurisprudencia ha hecho caudal de esta posición, citando al

1 Cfm. SAYAGUES LASO, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, FCU, 6ta. edición, Mont. 1988, pág. 460.

2 *“Curso de Derecho Administrativo”* T. I, 5ª Ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, pág. 549.

3 SAYAGUES LASO (op. cit., págs. 460 y 461) sostuvo que en el plano estrictamente jurídico no cabía exigir la motivación del acto fuera de los casos en que los textos normativos imponen dicha exigencia o la misma surge de su propia naturaleza, aunque no puede dudarse de la *“conveniencia”* de que la generalidad de los actos tenga la debida motivación.

4 Op. cit., pág. 460.

5 FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio, *“Diccionario de Derecho Público”*, págs. 506 y 507.

6 OHANIAN HAGOPIAN, Gabriel, *“El Derecho Humano a las decisiones motivadas”*, en LJU, Tomo 130, pág. D-97 y ss.

mencionado artículo 72 de la Constitución como fuente normativa de la obligación de motivar suficientemente los administrativos⁷.

A su vez, la *ratio* señalada para la exigencia de motivación (permitir el control y justificación de la actividad administrativa, garantizar el derecho de defensa del individuo, etc.), determina que la exigencia de motivar debidamente los actos administrativos adquiera aún mayor relevancia en el ejercicio de *potestades discrecionales* por parte de la Administración. En tal sentido, ha señalado MARIENHOFF que “...mientras mayor sea la potestad atribuida a una autoridad, mayor debe ser el celo de ésta para demostrar que en el ejercicio de su poder legal obró correctamente, y que el acto emitido se adecua a los respectivos antecedentes de hecho y de derecho”⁸ GARCIA DE ENTRERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, expresan al respecto: “Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales...por estimar que la expresión de los motivos, en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles, es sencillamente fundamental a efectos del control jurisdiccional.”⁹

En nuestro Derecho Positivo existe una norma concreta que recoge esta concepción sobre la mayor relevancia de la motivación en el ejercicio de potestades discrecionales, cual es el artículo 21 del Decreto 30/003 (“Normas de Conducta de la Función Pública”), que establece, bajo el acápite de “Motivación de la decisión”, que “...Tratándose de actos discrecionales, se requerirá la identificación clara de los motivos en que se funda la opción, en consideración al interés público”.

También la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo hace mención a la especial trascendencia de la motivación en la actividad discrecional de la Administración. Dicho cuerpo ha expresado al respecto que la discrecionalidad no libera a la Administración del deber de *motivar* adecuadamente la o las resoluciones que disponen medidas en uso de tales facultades, siendo un “*craso error*” confundir la discrecionalidad con la falta de necesidad de motivar el acto discrecional, pues la motivación es “*tanto o más necesaria*” en tal caso, para que el órgano jurisdiccional de contralor “*pueda apreciar si concurren los supuestos que habilitan el ejercicio del poder discrecional*”. Expresa, incluso, que “*el deber de motivar es más fuerte en el caso del acto discrecional que en la hipótesis del acto “reglado”, porque solo así puede deslindarse la discrecionalidad de la arbitrariedad*”.¹⁰

7 En tal sentido, la Sentencia del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno No. 18 de 4-IV-2000 (publicada en ADA T. X, caso 121), expresa: “*Le asiste razón al accionante en no tolerar la inmotivación del acto...La doctrina especializada ha destacado la exigencia de que todos los actos administrativos deben contener como requisito de validez una motivación explicitada. Ello además tiene en nuestro derecho raigambre constitucional en el art. 72 en cuanto derecho inherente a la persona humana de todo interesado afectado por una resolución, a conocer los verdaderos motivos conducentes a su expedición. En caso contrario el TCA ha dicho invariablemente que, si el acto carece de motivos entonces resulta jurídicamente irregular por no cumplir con la regla de derecho emergente del art. 72 de la Constitución (Cf. Sentencias 88/94, 11/85, 14, 18 y 472/1986).*”

8 “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo II, pág. 328 y ss, citado por TCA en Sent. 2/90, 54/90, 267/98.

9 “*Curso de Derecho Administrativo*” T. I, 8va. Ed. Civitas S.A Madrid 1997, págs. 556-557.

10 Sent. TCA No. 484 de 13-VIII-2001 en ADA T. X, caso No. 132, pág. 274, refiriéndose al ejercicio del poder discrecional de la Administración para disponer el traslado, cuando sólo se invocaron genéricamente “razones de mejor servicio”. En el mismo sentido, el TCA, sobre la necesidad de contar con los fundamentos concretos de un acto discrecional: “*No cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la ley de cuya aplicación se trata, por otro igualmente indeterminado, sino que habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata. Otra cosa no es expresar un motivo, es más bien, formular una conclusión.*” (Sent. No. 521 de 2-IX-2002 en ADA T. XI, caso 201, pág. 293-294). En Sent. No. 459 de 24-IV-1995 (ADA T. VII, caso 90, pág. 232), sostiene en TCA que “...en un Estado de Derecho, el jerarca no puede ejercer sus naturales poderes de modo omnímodo; por amplia que sea la discrecionalidad, el acto debe estar debida y adecuadamente fundado.” En la Sent. No. 1261 de 8-XI-1999 (ADA T. IX, caso 188, pág. 278), el TCA sostiene, citando a Marienhoff, que la necesidad de motivar suficientemente los actos “*se agudiza en materia de actos discrecionales donde –con relación a los actos reglados– es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre “motivo”, “contenido” y “finalidad” del acto*”. También pueden citarse en el mismo sentido las Sent. No. 2 de 7-II-1990 y 54 de 7-III-1990 (ADA IV casos 125 y 126, pág 40), No. 976 de 8-IX-1999, No. 992 de 15-IX-1999 y de 4-X-1999 (ADA T. IX, casos 180, 181 y 186, págs.275 y ss); y Sent. No. 137 de 23.IV.2003 (ADA T. XI, caso 207, pág. 296).

II.2.- Las diversas soluciones jurisprudenciales de acuerdo a los distintos tipos de acto administrativo. El Principio de Trascendencia -

Tal como hemos adelantado, si bien es jurisprudencia firme que la motivación del acto administrativo constituye un requisito esencial para su validez¹¹, cuya omisión le inficiona de nulidad insubsanable, aún en el caso de que la motivación se incluya a posteriori¹², la casuística ofrece algunos matices en relación a lo que ha entendido dicha jurisprudencia como motivación “adecuada” o “suficiente”, introduciendo por esa vía un elemento de flexibilidad que obliga a un análisis muy cauteloso para determinar los casos en que se produce la referida nulidad, o bien las características del acto permiten aceptar como válida y suficiente una motivación sucinta, escueta, o incluso inexistente en el propio acto sino derivada exclusivamente de sus antecedentes.

Si bien abordaremos en el próximo capítulo un análisis más pormenorizado de las soluciones concretas adoptadas por la jurisprudencia para los diversos tipos de acto, intentaremos aquí adelantar algunas conclusiones en relación a la existencia de un criterio rector o hilo conductor que pueda extraerse de dicha jurisprudencia, pues la misma, más allá de las diversidades que surgen de la aplicación del principio general a los casos concretos, contiene elementos comunes en base a los cuales intentaremos establecer un criterio general.

En primer lugar, no cabe duda de que la exigencia de una motivación “suficiente” del acto no sitúa la totalidad de los requerimientos formales establecidos en el artículo 123 del Decreto No. 500/991 en la categoría de requisitos indispensables para la validez del acto. Se admite, como veremos, en algunos casos, la utilización de fórmulas más genéricas de motivación (como en el caso de los actos de calificación de funcionarios), e incluso, como hemos dicho, la remisión total a los antecedentes del acto (o, en algunos casos, la falta de remisión si estos antecedentes existen y están disponibles), la mera remisión a una norma de Derecho si ésta es suficientemente explicativa, o por el contrario, se aplica un criterio más estricto para exigir la mención de los fundamentos concretos que llevaron al dictado del acto (como por ejemplo en el caso de ascensos o actos de selección en general). Pero, cuál es entonces el criterio común a estas diversas soluciones?

Entendemos que la respuesta puede encontrarse en el llamado “Principio de Trascendencia”, el cual, si bien ha tenido un mayor desarrollo en la Teoría de las Nulidades en materia de Derecho Procesal, ha sido recogido por el Derecho Público -sin perjuicio de la jurisprudencia y doctrina al respecto- por el artículo 7 del Decreto No. 500/991, que expresa en su primera frase: *“Los vicios de forma de los actos de procedimiento no causan nulidad si cumplen con el fin que los determina y si no se hubieren disminuído las garantías del proceso o provocado indefensión.”*

Y según expresáramos en el punto II.1, la finalidad de la exigencia de una adecuada motivación del acto administrativo, además de la necesidad de contar con una debida justificación de la actuación administrativa, consiste en permitir el control de la juridicidad de dicha actuación, así como proporcionar al administrado la garantía (considerada por parte de la doctrina como un derecho fundamental de la persona humana) de conocer los motivos de la actuación administrativa para poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa ante posibles abusos o arbitrariedades en el ejercicio del poder público.

Entendemos que puede entenderse precisamente marcado por este criterio “finalista” o teleológico (bajo la óptica de la aplicación del Principio de Trascendencia), el análisis de la jurisprudencia en relación al deber de motivar “adecuadamente” los actos administrativos.

11 Sent. TCA No. 989 de 26-X-1998 (ADA T. IX, caso 175, pág. 272).

12 Sent. TCA No. 134 de 18-III-2002 (ADA T. XI, caso 187, pág. 288). Según se verá a continuación, la jurisprudencia, siguiendo la posición doctrinaria de Marienhoff, entre otros, ha considerado inadmisibles la motivación “sucesiva” o “a posteriori”, estableciendo (entre múltiples sentencias, en la citada) que una vez dictado el acto, el vicio de falta de fundamentación no puede ser saneado.

Este criterio ha sido expresado en forma muy clara y explícita por la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa de reparación patrimonial. En tal sentido, la Sentencia No. 42 de 24-V-1999¹³ estableció: *“Es cierto que el art. 123 del D.500/991, manda motivar el acto administrativo, explicando las razones fundantes, vedando las fórmulas generales de fundamentación e imponiendo una relación directa y concreta de los hechos”.....“Pero también es cierto, que el mismo D.500/991 en su art. 7, preceptúa que los vicios de forma de los actos de procedimiento no causan nulidad si cumplen con el fin que los determina, y si no disminuyen las garantías del proceso o provocan indefensión.”*

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a su vez, ha hecho reiteradas alusiones a este criterio en forma implícita, en las diversas sentencias que refieren al alcance del requisito de motivación adecuada de los actos administrativos. En tal sentido, ha expresado al anular un acto que *“...en la vía administrativa el interesado quedó totalmente desamparado al ignorar y, por lo tanto desconocer, los fundamentos del acto, lo que, en consecuencia, no pudo controvertir o no pudo hacerlo útilmente al desconocer la fundamentación del mismo (Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, T II, pág. 331; Sentencias 433, 522, 763/988; 319, 527, 741/93; 37 y 485/90; 101/92, etc.)”*¹⁴ También ha desestimado, por otro lado, una demanda de nulidad (de conformidad con el dictamen del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo), en un caso en que si bien admite que las resoluciones impugnadas *“carecen ciertamente de una mínima motivación”* se trata de un *“vicio que se subsana sin embargo a través de la multiplicidad de instrucciones e informes”* a los que el administrado tuvo cabal acceso *“y que le han permitido ejercer su defensa sin menoscabo alguno, fundamento en el que en definitiva reside la exigencia de motivación”*.¹⁵

Es precisamente por ello que resulta de especial trascendencia en el tema que nos ocupa el análisis de la jurisprudencia, de las soluciones caso a caso, ya que la motivación del acto podrá resultar *“suficiente”* o no, *“adecuada”* o no, de acuerdo a las características del caso concreto, pues según a los diversos tipos de acto, o las circunstancias especiales en que el mismo fue dictado, podrá haberse verificado o no el adecuado cumplimiento de la garantía para la defensa del administrado que deriva del conocimiento de los motivos o fundamentos que determinaron a la Administración a su dictado. Se trata pues de establecer, de acuerdo al Principio de Trascendencia, si se ha cumplido la *finalidad* por la cual se exige que todo acto administrativo debe expresar su motivación.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha manifestado expresamente la importancia del análisis casuístico en este tema, cuando expresa que *“la exigencia de que el acto administrativo se halle debidamente motivado, si bien no es soslayable, debe, empero, ser encaminada, en cuanto a su cumplimiento, atendiendo a los diversos tipos de actos y a sus peculiaridades”*¹⁶

Pasemos, pues, al análisis de algunas de las principales soluciones jurisprudenciales sobre la exigencia de la debida motivación en el acto administrativo, basados en este criterio general de aplicación de los principios y normas mencionados. Cabe aclarar que la reseña que sigue no pretende agotar las posibilidades en materia de casos prácticos, sino simplemente intentar, a modo de ejemplo, y sobre la aplicación de los criterios antedichos, una sistematización de las soluciones que nuestra jurisprudencia ha brindado en aquellos casos en que la existencia de motivación suficiente ha sido objeto de controversia.

Con ese propósito, hemos agrupado en primer lugar los casos en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha aceptado como suficiente la motivación (si bien no aparece ajustada estrictamente a los requerimientos del artículo 123 del Decreto No. 500/991), y en segundo lugar aquéllos en que se considera incumplido el deber de motivar suficientemente el acto, lo que acarrea como consecuencia la declaración de nulidad del mismo.

13 Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo 1er. Turno, publicada en ADA T. IX, caso 178, pág. 273.

14 Sent. No. 656 de 10-V-1999, en ADA T. IX, caso 177, pág. 273.

15 Sent. No. 654 de 20-VIII-2001 en ADA T. X, caso 135, pág. 275.

16 Sent. No. 334 de 20-VII-1990, ADA T. IV, caso 128, pág. 41.

II.3.- Casos concretos: motivación admitida como suficiente.-

A.- Cuando la motivación surge de los antecedentes administrativos del acto.

Es jurisprudencia firme del TCA aceptar la validez del acto administrativo aunque no se expresen en el mismo sus fundamentos (motivación), siempre que tales fundamentos surjan claramente de los antecedentes del acto, es decir, actuaciones *anteriores* (dictámenes técnicos, otros actos, informes, etc.). Pero para que los antecedentes sean aceptados como motivación suficiente, deben verificarse algunos requisitos, entre ellos, que se trate de documentos generados con *fecha anterior* al acto¹⁷ (esto parece redundante, no obstante lo cual descarta la posibilidad de agregar a los antecedentes, en etapa posterior, documentos posteriores al acto), deben permitir apreciar los *hechos* que determinan la conclusión (el contenido del acto)¹⁸, y debe resultar una motivación suficientemente *eficaz* como para conocer los verdaderos motivos que llevaron a su dictado.¹⁹

Siguiendo a MARIENHOFF, el TCA ha expresado que la regularidad que el acto administrativo requiere, puede constar en el texto o resultar *de los antecedentes del mismo*, es decir, resultar acreditada en cualquiera de los *dos momentos* que integran o pueden integrar “la forma” del acto: en el proceso de “*información*” o en el de “*expresión*” de la voluntad de la administración pública. Es decir que la motivación puede ser *concomitante o contemporánea* con la expresión de dicha voluntad, o bien *anterior* a tal expresión, apareciendo en este último caso en el proceso de formación de la voluntad administrativa.²⁰

Más allá de la abundante y constante jurisprudencia sobre este punto²¹, resulta interesante la discordia producida en la Sentencia No. 333/98 del TCA²² precisamente en relación a este punto, es decir, si la existencia de un dictamen técnico previo al acto pudo constituir motivación suficiente del mismo. Ante la aceptación del Tribunal en mayoría de este antecedente como motivación eficiente, el Ministro Dr. Baldi funda su voto discordante invocando los fundamentos de la obligación de motivar suficientemente los actos administrativos -que invocáramos al referirnos al principio de trascendencia como fundamento de las diversas soluciones jurisprudenciales-, pues según su entender, no se habría cumplido en el caso la *finalidad* de tal deber de la Administración. Invoca en su respaldo autorizada doctrina en la materia, expresando: “...*me parece fundamental y decisivo sobre el punto, lo que expresa Rotondo Tornaría al respecto, quien dice que: “La motivación es la exposición de las razones que determina el dictado del acto, lo que incluye la exteriorización del motivo (presupuesto de hecho y, en su caso, consideraciones de derecho) y permite la explicitación de la finalidad que lleva a su dictado (Manual de Derecho Administrativo, Tomo 2, págs. 106 y 107)” ... “Coincido con Rotondo Tornaría al concluir citando a Gordillo: “la explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de Derecho”, y agrega, conforme a Real: “la fundamentación (palabra que usa en vez de motivación), facilita la interpretación y contralor del acto, y defiende a la buena administración, además de garantizar los derechos de los administrados (opinión cit.).”*

17 Sent. TCA No. 1173 de 13-X-1999, en ADA T. IX, caso 187, pág. 279. Se ha aceptado la agregación de antecedentes del acto con posterioridad a su dictado, siempre que ellos fueran generados en fecha anterior al mismo (Sent. TCA No. 101 de 11-III-2002, en ADA Tomo XI, caso 185, pág. 288).

18 Sent. TCA No. 333 de 25-V-1998, en ADA T. IX, caso 172, pág. 268.

19 Sent. TCA No. 1027 de 22-IX-1999, en ADA T. IX, caso 182, pág. 275.

20 MARIENHOFF, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo II, ed Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1993, págs. 334/335, No. 41; y Sentencias 433/988, 741 y 1305/93; 1040 y 1124/94, etc., citados por el TCA en Sentencia No. 960 de 1-IX-1999, publicada en ADA T. IX, caso No. 179, pág. 273.

21 Pueden citarse como otros ejemplos: Sent. No. 426 de 8-VI-1998, en ADA T. IX, caso 174, pág. 271 (los antecedentes *directos e inmediatos* del acto enjuiciado se convierten en “motivación suficiente” del mismo); Sent. Nos. 1377 y 1378 de 30-IX-1992, Nos. 820 y 821 de 3-VIII-1992, Sent. No. 548 de 4-IX-1991 (ADA T. V, casos 218, 230 y 239); Sent. No. 438 de 25-VI-2001, Nos. 542 y 565 de 15-VIII-2001, No. 654 de 20-VIII-2001 y No. 777 de 6-XII-2001 (ADA T. X, casos 130, 133, 134, 135 y 136); Sent. No. 405 de 17-VIII-2002, No. 747 y 783 de 13-XI-2002, No. 378 de 3-IX-2003 (la motivación surge del antecedente inmediato y previo al dictado de un acto muy “escueto” y de “total parquedad”, según palabras del propio Tribunal), No. 436 de 10-IX-2003 y No. 641 de 17-XI-2003 (ADA T. XI, casos 194, 203, 204, 209, 211 y 216).

22 Sent. TCA No. 333 de 25-V-1998, en ADA T. IX, caso No. 172, pág. 268 y ss.

Decíamos que esta discordia nos parece de particular interés, porque apela explícitamente al criterio del cumplimiento o no de la *finalidad* de la motivación del acto (Principio de Trascendencia) -que en este caso surge de sus antecedentes, considerados aquí insuficientes por el disorde- para determinar si el acto es legítimo o ilegítimo por esta causa. Manifiesta, reafirmando este concepto, que a su criterio la motivación que surge de los antecedentes es insuficiente porque *“si un acto no se encuentra fundado, ni la Administración podrá saber por qué se dictó (lo cual va contra un principio elemental de la Administración) ni el administrado podrá estar en condiciones de defenderse y demostrar el error de dicho acto (lo cual viola el principio consagrado en la Constitución del debido proceso y el derecho de defensa)...”*

B.- La mera invocación de una regla de Derecho, cuando la misma es suficientemente explícita.

En algunos casos concretos, el Tribunal ha aceptado, siguiendo a MARIENHOFF, que cuando la norma legal o reglamentaria aplicable es suficientemente comprensiva, su mera referencia puede surtir efectos de motivación resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría entonces como “motivación”.²³

C.- Criterio flexible en los casos de actos de Calificación de la actuación de funcionarios públicos.

La jurisprudencia ha venido sosteniendo un criterio flexible en los casos de actos de calificaciones del desempeño de funcionarios (a diferencia de los actos de promoción, que veremos más adelante, en los que puede decirse que el criterio es el opuesto, es decir, existe una particular exigencia en cuanto a la fundamentación de la selección del funcionario ascendido). Esta latitud, según ha sostenido el TCA, obedece a que en general las calificaciones están sujetas a pautas preestablecidas en las normas reglamentarias, por lo que la mera asignación de un determinado puntaje supone la remisión implícita al concepto de los rubros en que se asignan tales puntajes y, por ende, la propia expresión del juicio valorativo que merece el funcionario en los rubros correspondientes resulta suficiente motivación del acto.²⁴

Con respecto a los actos calificadorios en general, se ha señalado: *“En el caso de las calificaciones se considera que no cabe exigir el preciso detalle de las razones que conducen a asignar un determinado puntaje a título significativo numérico del juicio que el calificador se forma sobre determinados factores de la actividad funcional del calificado, por cuanto, incluso la propia doctrina señala que, en ausencia del texto normativo expreso que requiera, como requisitos de validez, la precisa fundamentación, la exigencia debe interponerse con latitud y atendiendo a la naturaleza del acto.”*²⁵

No obstante, es de señalar que esta flexibilidad cede cuando se registra alguna variación significativa en relación a calificaciones anteriores, en cuyo caso se exigirá una fundamentación adicional de dicha variación, más allá de las situaciones “tipo” en que pueda encuadrar reglamentariamente la calificación.²⁶

23 MARIENHOFF, Miguel S., *“Tratado de Derecho Administrativo”* T. II, págs. 327 y ss, citado en Sent. No.297 de 24 de abril de 2006, y también en Sent. No. 652 de 24-XI-2003 (ADA T. XI, caso 217, pág. 300) y Sent. Nos. 505 de 20-V-1992 y 585 de 9-IX-1991 (ADA T. V, casos 219 y 220, pág. 180),

24 Sent. TCA No. 315 de 5-VI-2002 (ADA T. XI, caso 192, pág. 288), citando a CASSINELLI MUÑOZ, *“El mérito y el fondo”*, R.D.J.A., T. 69, pág. 254; CAGNONI, Aníbal, Cuaderno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, No. 22; y Sentencias No. 269/970; 341/986; 572/988; 74 y 660/90; 469/91; 1263/93; 830/97; 67, 104, 32, 482, 540, 640/96; y 677/99, entre muchos otros pronunciamientos.

25 Sent. No. 425 de 8-VI-1998, en ADA T. IX, caso 173, pág. 271. En el mismo sentido: Sent. 468 de 19-VIII-2002 (en ADA t. XI, caso 196, pág. 290, citando también a SAYAGUES LASO, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, T. I, No. 287, CASSINELLI MUÑOZ, R.D.J.A., T. 67, pág. 326, y Sent. 67/87, 269/91 y 250/95, entre otras); Sent. Nos. 490 de 26-VIII-2002 y 783 de 13-XI-2002 (casos 198 y 204 de ADA T. XI); Sent. 334 de 20-VII-1990 (ADA T. IV, caso 128, pág. 41; y Sent. Nos. 1246 de 23-IX-1992, 1224 21-IX-1992 y 553 de 25-V-1992 (ADA T. V, casos 201, 210 y 235).

26 En la Sent. No. 425 de 8-VI-1998, el TCA expresó que *“cuando el acto impugnado importa una rebaja significativa de las calificaciones del accionante, contrariando sensiblemente la opinión del Supervisor directo, debe ser necesariamente fundado...”*

D.- Aceptación de una relación sucinta de los fundamentos del acto, no necesariamente analítica.

Se trata, en realidad, de un criterio general sostenido en forma constante por el TCA en relación a la motivación del acto administrativo, que implica la flexibilización de las pautas establecidas, entre otras normas reglamentarias, por los arts. 123 y 124 del Decreto 500/991, y cuya explicación puede encontrarse, como dijimos, en el Principio de Trascendencia: no es exigible necesariamente una relación circunstanciada de los fundamentos del acto administrativo, siempre que surjan del mismo o de sus antecedentes (disponibles para el administrado), los elementos de hecho y de derecho que determinaron su dictado, de modo que pueda cumplirse con la finalidad de garantizar el control de su legitimidad y el ejercicio adecuado del derecho de defensa del administrado.

Este criterio ha sido sentado por el Tribunal en múltiples fallos²⁷, en uno de los cuales²⁸ se expresa, citando a MARIENHOFF, que: *“...la motivación debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron la emanación del acto. Es la motivación ideal o perfecta. Pero no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. En dos palabras: la motivación idónea o eficaz requiere que ella sea “suficiente” para apreciar con exactitud los motivos determinantes del acto (“Tratado de Derecho Administrativo, T. II, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, págs. 335, 336, No. 411).”*

Es así que el Tribunal ha aceptado como “suficientes”, motivaciones que califica como “escuetas”²⁹, “sintéticas”³⁰, de “cierta carencia” de fundamentos³¹, e incluso de “total parquedad”³², propugnando un criterio de “elasticidad” en la valoración sobre el cumplimiento de este requisito³³, siempre que se cumplan, como hemos visto, las finalidades antedichas.

E.- Casos en que la normativa aplicable (contractual, reglamentaria o legal) o la naturaleza del acto exime de la obligación de expresar los fundamentos del acto.

El Tribunal ha aceptado como suficientemente motivados en casos muy específicos, algunos actos respecto de los que, aunque prácticamente no existía motivación, se entendió que no necesitan del cumplimiento de este requisito por su propia naturaleza o por expresa disposición normativa (incluso contractual). Tal es el caso de la revocación de una “encargatura” o adjudicación de funciones, que se considera esencialmente revocable aún sin expresión de motivos³⁴ (pues no importa designación alguna); o de un acto de “asignación de destino” o “traslado” en el ámbito del policial, regulado por el régimen especial que se deriva de la aplicación de la Ley Orgánica Policial (No. 13.963 de 22-V-1991), que se mantuvo vigente, y admite la adopción de tal medida sin expresión de causa.³⁵

27 Entre otros, Sent. No. 783 de 7-X.1991 en ADA T. V, caso 203, pág. 177, Sent. Nos. 563 de 14-VIII-2000 y 119 de 21-III-2001, en ADA T. X, casos 124 y 127.

28 Sent. No. 976 de 8-IX-1999, en ADA T. IX, caso 180, pág. 274. En el mismo sentido, Sent. 1261 de 8-XI-1999 (ADA T. IX, caso 188, pág. 279).

29 Sent. No. 1032 de 27-IX-1999 (ADA T. IX, caso 183, pág. 275, en este caso se trataba simplemente de verificar el cumplimiento del plazo previsto en el contrato para declarar su vencimiento), y Sent. No. 164 de 8-IV-2002, en ADA T. XI, caso 189, pág. 187. En estos casos se consideró que la motivación, si bien “escueta”, era “idónea y suficiente”.

30 Sent. No. 111 de 11-III-2002 en ADA T. XI, caso 183, pág. 286.

31 Sent. No. 654 de 20-VIII-2001 en ADA T. X, caso 135, pág. 275.

32 Sent. No. 378 de 3-IX-2003 en ADA T. XI, caso 209, pág. 297.

33 Sent. No. 405 de 17-VIII-2002 en ADA T. XI, caso 194, pág. 289.

34 Sent. No. 999 de 15-IX-1999 en ADA T. IX, caso 185, pág. 276.

35 Sent. No. 416 de 22-VIII-2002 en ADA T. XI, caso 195, pág. 290.

II.4.- Casos concretos: motivación insuficiente que acarrea nulidad.

A.- Motivación ex post facto o póstuma.

Con frecuencia, cuando se interponen los recursos pertinentes contra un acto administrativo que no fue suficientemente motivado (en el propio acto o en sus antecedentes), la Administración, al resolver los recursos interpuestos, expresa los fundamentos del acto o agrega otros que no fueron manifestados con anterioridad, de modo que introduce nuevos elementos que harían, en lo sustancial, admisible la motivación como suficiente y adecuada (más allá de otros vicios de forma o de fondo de que pudiera adolecer el acto). Sin embargo, estos fundamentos o motivación expresados "ex post facto", luego de dictado el acto original que fuera recurrido, no resultan idóneos para subsanar el vicio originario, por lo que el Tribunal en tales casos ha considerado ilegítimo al acto de todos modos, aún teniendo a la vista la motivación expresada con posterioridad al acto, de la que surjan claramente expresados los fundamentos del mismo.

Esta solución, sostenida en forma constante en múltiples fallos del Tribunal³⁶, se apoya en la doctrina especializada, destacándose entre ella a MARIENHOFF³⁷. Dicho autor sostiene la tesis de la inadmisibilidad de la motivación "ex post-facto", es decir, que la motivación sucesiva o a posteriori no es aceptable a efectos de sanear el vicio original. Resultan particularmente relevantes, a nuestro entender, los fundamentos por los que el autor (y el Tribunal, al hacer caudal de dicha tesis) sostiene esta premisa, expresando que "en la vía administrativa el interesado quedó totalmente desamparado al ignorar y, por lo tanto desconocer, los fundamentos del acto, el que, en consecuencia, no pudo controvertir o no pudo hacerlo útilmente al desconocer la fundamentación del mismo."³⁸

De acuerdo a lo expresado, se sostiene en definitiva que la omisión de incluir los fundamentos en el propio acto o con anterioridad al mismo (es decir, en forma anterior o concomitante), ha vulnerado el *derecho de defensa del administrado*, y por tanto, se ha transgredido una de las *finalidades* de la exigencia de motivar adecuadamente los actos administrativos. Esto resulta, una vez más, concordante con lo que hemos expresado ut supra respecto de la aplicación del Principio de Trascendencia como criterio definitorio de las soluciones jurisprudenciales: en este caso, los fundamentos del acto que no se habían expresado en el mismo y fueron agregados con posterioridad, no permitieron al administrado ejercer adecuadamente su defensa frente al mismo, y esta es la razón por la que esta vez el Tribunal no puede mostrar flexibilidad al respecto. Téngase en cuenta que el administrado deberá tomar la decisión de recurrir o no el acto en el exiguo plazo constitucional con que cuenta para interponer los recursos administrativos³⁹, para lo cual contará únicamente con los elementos y fundamentos que la Administración hubiere puesto a su alcance. Puede suceder, incluso, que algún elemento no incluido dentro de la motivación del acto fuere el que torna ilegítimo al mismo, pero

36 En tal sentido, nos remitimos a los fallos en que se admitía la fundamentación que surge de los *antecedentes* del acto (num. II.3.A), además de las Sent. TCA No. 426 de 8-VI-1998, en ADA T. IX, caso 174, pág. 271 (en la que se expresa que el Tribunal "inveteradamente ha rechazado toda hipótesis de motivación póstuma" o *intempestiva*, que no es otra que la que se expresa al pronunciarse la Administración sobre el o los recursos pertinentes, porque la fundamentación del acto debe estar incorporada a éste inexorablemente"); Sent. De 4-X-1999 en ADA IX, caso 186, pág. 277 (aquí es interesante la discordia del Dr. Brito del Pino, fundada en que "no existe una norma constitucional ni legal que imponga la motivación del acto administrativo con carácter general", citando a SAYAGUES LASO, "Tratado...", Mont. 1959, Tomo I, pág. 461); Sent. No.1173 de 13-X-1999 (ADA T. IX, caso 187, pág. 178); No. 134 de 18-III-2002 (ADA XI, caso 187, pág. 288); Sent. Nos. 800 de 27-VII-1992 y 1017 de 17-VIII-1992 (ADA T. V, casos 233 y 234, pág. 183); Sent. Nos. 442 de 22-XI-1989 y 37 de 21-II-1990 (ADA T. IV, casos 122 y 127); y Sent. Nos. 146 de 26-III-2001 (también con discordia del Dr. Brito del Pino, en el mismo sentido ya expresado) y 484 de 13-VIII-2001 (en ADA T. X, casos 128 y 132).

37 "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, pág. 331.

38 Sent. TCA No. 656 de 10-V-1999, en ADA T. IX, caso 177, pág. 273.

39 Art. 317 de la Constitución.

el interesado juzgó al acto como legítimo por desconocer este motivo, lo que le restringió su posibilidad de defenderse.⁴⁰

B.- Rechazo de las fórmulas generales de fundamentación.

Salvo que la especial naturaleza del acto lo justifique (como por ejemplo en el caso de las calificaciones de funcionarios, que hemos visto en el punto II.3.C), la jurisprudencia ha rechazado las fórmulas generales de fundamentación del acto como motivación suficiente del mismo, expresando que *“la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, es es, ha de dar razón plena al proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”*.⁴¹

Más allá del caso típico en que la motivación se limita a la mera mención de *“razones de mejor servicio”* (que veremos especialmente más adelante), existe un rechazo de principio a estas fórmulas genéricas, aunque también debe admitirse que en definitiva la solución podrá flexibilizarse ante ciertos casos concretos, de acuerdo, como hemos visto, a la naturaleza del acto y las circunstancias en que el mismo fue dictado. Entendemos que aquí también resulta pertinente tener en cuenta, para tales soluciones casuísticas, la aplicación del Principio de Trascendencia, es decir, si las fórmulas genéricas han satisfecho adecuadamente o no el derecho de defensa del administrado.⁴²

C.- Fundamentación “no eficiente”.

Este caso resulta muy cercano al que viene de comentarse, aunque la fundamentación “no eficiente” no necesariamente está vinculada a la utilización de una fórmula genérica de motivación del acto. El TCA ha definido la motivación *eficiente* como aquella *“idónea”* y *“suficiente”*, que debe *“contener una relación efectiva de causa y consecuencias entre la situación de hecho y la determinación de derecho (Conforme FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio en su “Diccionario de D. Público”)*”⁴³

La apreciación de la motivación como “eficiente” surgirá del análisis de cada caso concreto, no obstante lo cual el Tribunal ha marcado algunas pautas generales al respecto.⁴⁴

40 Ello sucedería, por ejemplo, si al disponer una sanción administrativa sólo se expresa la falta cometida por el funcionario (que efectivamente existió), pero luego, a raíz de actuaciones posteriores la Administración expresa que el quantum de la sanción fue resuelto según un criterio “ejemplarizante”, es decir, no proporcional a la infracción cometida sino para disuadir a otros funcionarios de cometer faltas similares. En tal caso el administrado pudo haber consentido el acto por dejar transcurrir el plazo constitucional sin recurrirlo, pero de haber conocido oportunamente los verdaderos motivos del quantum de la sanción impuesta, la habría impugnado.

41 Sent. No. 976 de 8-IX-1999 en ADA T. IX, caso 180, pág. 174. En el mismo sentido, Sent. Nos. 257 de 8-V-2002 y 473 de 19-VIII-2002 en ADA t. XI, casos 191 y 197; Sent. No. 484 de 13-VIII-2002 en ADA T. X, caso 132; y Sent. 511 de 2-X-1992 en ADA T. V, caso 225, pág. 182.

42 En la ya mencionada Sent. No. 42 del JLCA de 1er. Turno, de 24-V-1999 (ADA T. IX, caso 178), se manifiesta expresamente que las fórmulas generales de fundamentación podrán ser admisibles (en virtud del art. 7 del Decreto 500/991) *“si no disminuyen las garantías del proceso o provocan indefensión”*

43 Sent. No.137 de 18.III.2002 en ADA T. XI, caso 188, pág. 287 (en esta Sentencia no se consideró como motivación “eficiente” la mera mención a una publicación periodística precedente). En Sent. No. 131 del 21-IV-2003 (ADA T. XI, caso 206, pág. 295), rechaza la motivación esgrimida por la Administración, porque *“no llega a especificar el hecho concreto en cuya apreciación discrecional fundamenta la medida cuestionada, como modo de sustentar el uso legítimo de esa facultad, por lo que tales expresiones quedan tan solo como apreciaciones subjetivas carentes del apoyo fáctico necesario.”*

44 En Sent. No. 131 del 21-IV-2003 (ADA T. XI, caso 206, pág. 295), por ejemplo, se rechaza la motivación esgrimida por la Administración, porque *“no llega a especificar el hecho concreto en cuya apreciación discrecional fundamenta la medida cuestionada, como modo de sustentar el uso legítimo de esa facultad, por lo que tales expresiones quedan tan solo como apreciaciones subjetivas carentes del apoyo fáctico necesario.”*). En el mismo sentido cabe citar las Sent. No. 442 de 22-XI-1989 (ADA T. IV, caso 122, pág. 39, en la que se expresa que *“en la vía administrativa el ocurrente –en el caso– quedó totalmente desguarnecido al ignorar y no poder controvertir los fundamentos de la selección”*), Sent. No. 585 de 9-IX-1991 y 755 de 2-X-1991 (ADA T. V, caso 121 y 122, pág. 181); y Sent. No. 563 de 14-VIII-2000, 98 de 8-III-1999 y 269 de 9-V-2001 (ADA T. X, casos 124, 125 y 129).

D.- Motivación “escueta” y no precedida de actuaciones o hechos eficientes.

También el Tribunal ha rechazado las motivaciones que siendo escuetas o sucintas (lo cual no necesariamente es una causa de nulidad, como hemos visto), no están precedidas de actuaciones o hechos de los cuales se desprendan los fundamentos del acto, o existe una remisión expresa en el acto a determinado antecedente, pero el mismo resulta insuficiente por sí mismo para conocer los verdaderos motivos de su dictado.⁴⁵

E.- Motivación “escueta” en el caso de ascensos y promociones de funcionarios, y procesos de selección en general (por ejemplo, procedimientos de contratación administrativa).

Contrariamente a lo que sucedía en el caso de las calificaciones de funcionarios (en que se acepta la mera remisión a fórmulas “tipo” contenidas en las normas reglamentarias por toda motivación), en los actos que disponen la selección de un funcionario para ser ascendido o recibir una promoción en su carrera funcional, el TCA muestra una mayor rigidez en la exigencia de cumplimiento del deber de motivación suficiente del acto.

Los ascensos y promociones implican un procedimiento de selección que ya no puede ajustarse a fórmulas tipo, sino al análisis de las circunstancias concretas y el comparativo correspondiente entre los postulantes, lo que ofrece sin duda una vasta casuística que merece la adecuada fundamentación de sus conclusiones⁴⁶, por lo que no se acepta en este caso la mera invocación de la norma fundante.⁴⁷

En tal sentido, ha expresado el TCA que “...La falta de motivación del acto en la propia proposición del Tribunal de Ascenso a la que aquél se remite, vicia de tal modo al mismo, que determina su anulación desde que se inora, por tal carencia, por qué se prefirieron a tales o cuales funcionarios. Motivación necesariamente requerida tratándose, particularmente, como se trata de un acto de aquéllos que implican “un juicio” como lo es la valoración de antecedentes para disponer ascensos (Marienhoff, Tratado, II, pág. 328; Sayagués, Tratado, I, pág. 446 y ss; Giorgi, “El Contencioso...”, pág. 214; Gordillo, “El acto administrativo”, págs. 148/149; Sent. 96/73, 280/75, 106/76, 164/86, 133/88, etc.)”.⁴⁸

Este criterio de mayor rigidez es aplicable también a otros tipos de procedimientos de selección, como la contratación administrativa, en la que se opta por uno entre varios oferentes.⁴⁹

F.- Cuando se incluye la motivación de una parte del acto, pero no de la otra.

Parece obvio, pero cabe precisar que si sólo se ha incluido la motivación de un aspecto de la parte dispositiva del acto administrativo, omitiendo los fundamentos de otro, este último estará viciado de nulidad por

45 Sent. No. 361 de 19-VIII-1991 y 347 de 20-IV-1992 en ADA T. V, casos 223 y 238; Sent. 344 de 20-VI-2002 en ADA T. XI, caso 193, pág. 289.

46 Existen múltiples sentencias en este sentido, pudiendo citarse como ejemplo: Sent. Nos. 227 de 24-V-1989, y 442 de 22-XI-1989 en ADA T. IV, casos 120 y 122; Sent. 1233 de 23-IX-1992 en ADA T. V, caso 209, pág. 177 (aquí se expresa que “no basta ...con el resumen “sucinto” y generalizado de las condiciones funcionales del ascendido, sino que ese resumen debe ser “explícito”, con una clara determinación de cuáles fueron las causas que motivaron el ascenso.”).

47 Sent. No. 608 de 16-IX-1991 en ADA T. V, caso 207, pág. 177.

48 Sent. No. 1108 de 5-XII-1994, en ADA T. VI, caso 149, pág. 234 (en el mismo sentido, Sent. No. 827 de 9-VIII-1993 en ADA, T. VI, caso 142, pág. 233). Por otro lado el Tribunal ha expresado, en relación a la motivación en los casos de ascenso, que no es necesario que la Administración exprese a su vez las razones por las que *no se designa a otro funcionario* (Sent. No. 527 de 2-VI-1993, en ADA T. VI, caso 136, pág. 231).

49 Sent. No. 2 de 7-II-1990 y No. 54 de 7-III-1990, en ADA T. IV, caso 125, pág. 40.

omisión de este requerimiento formal. Así lo ha expresado el TCA en Sent. De 4-X-1999⁵⁰, cuando dispuso la nulidad de *un segmento* del acto enjuiciado, por carecer de motivación específica.

G.- Casos en que el acto se aparta de un dictamen técnico o asesoramiento precedente: deben incluirse las razones de dicho apartamiento.

Muchas veces la Administración recaba dictámenes o informes técnicos (pueden ser jurídicos, o del área operativa correspondiente en su caso, etc.) durante el procedimiento administrativo que culmina en el dictado de un acto. Normalmente estos dictámenes no resultan vinculantes para el órgano decisor (salvo que exista una norma que así lo determine), por lo que éste puede apartarse de la solución propugnada en los mismos al dictar el acto. Pero tal apartamiento, como toda actuación administrativa, debe ser fundado, y la jurisprudencia ha exigido que tales fundamentos sean manifestados en el acto o en sus antecedentes.

Un caso ilustrativo en este sentido es el de las calificaciones definitivas resueltas por un Tribunal calificador, que se apartan sensiblemente de la opinión del jerarca inmediato, disponiendo una rebaja de esta última, pero sin explicar las razones de la discrepancia.⁵¹ En el caso analizado, el reglamento de calificaciones preveía expresamente que los jefes inmediatos de los funcionarios asesoraran al Tribunal Calificador emitiendo un informe primario (dado que cabe suponer su cabal conocimiento de la actuación del funcionario), aunque, si bien se trata de una intervención preceptiva, *no es vinculante*. Pero la irregularidad consistió en que al rebajar esta calificación primaria (lo cual se encontraba dentro de sus potestades) el Tribunal Calificador no justificó o demostró el error del jerarca inmediato. En tal sentido, expresa el TCA: *“En definitiva: el acto que importó tal rebaja en las calificaciones del actor, contrariando sensiblemente la opinión del supervisor directo, hubo de fundamentarlo, necesariamente, luego de oír a dicho supervisor, sea en el cambio o ajuste de la opinión de éste –demostrándole su exceso y obteniendo su admisión en tal aspecto– sea probando debidamente el error del juicio emitido por el mismo.”* (esta solución resulta de especial relevancia en materia de calificaciones, ya que según hemos visto en el capítulo anterior, la jurisprudencia admite en esta materia una motivación muy escueta dado que en general se trata meramente de remisiones a fórmulas tipo previstas en los reglamentos).

Pueden citarse como otros ejemplos jurisprudenciales: la inmotivada exclusión por parte de la Administración, de un funcionario incluido por el Tribunal de Ascensos en la nómina propuesta de funcionarios a promover⁵², o la ausencia de una fundamentación clara y expresa que pudiera “autorizar” a la Administración a apartarse de las conclusiones e informes precedentes, al aplicar una sanción administrativa⁵³. Se aceptó, por el contrario, tal apartamiento cuando el acto correspondiente incluyó los motivos del mismo⁵⁴.

H.- Caso de disposición de encargaturas y subrogaciones en el ejercicio de la función pública y su cese.

En el caso particular de los actos administrativos que disponen “encargaturas” provisorias o “subrogaciones” de funciones correspondientes a cargos superiores, si bien se trata del ejercicio de potestades discrecionales de la Administración, la jurisprudencia exige que sea expresada la motivación concreta del acto así como la del cese de la encargatura o subrogación, en su caso. En tal sentido, resulta ilustrativa la

50 En ADA T. IX, caso 186, pág. 278.

51 Sent. No. 247 de 12-VII-1989, en ADA T. IV, caso 121, pág. 39.

52 En Sent. No. 872 de 5-VIII-1992, en ADA T. V, caso 216. Aquí el TCA expresa claramente: *“es innegable que la Administración tiene amplias facultades para efectuar promociones, respetando desde luego las normas que la obligan. Pero, en el caso estuvieron ausentes “las razones” por las que la demandada, se apartaba o desconocía la “Proposición” del Tribunal que incluía al actor entre los que debería ascender....”*...“Si había razones para excluir al actor de la proposición que por unanimidad se efectuara, para su promoción, éstas debieron constar claramente”....“se considera que la Administración no procedió correctamente, al omitir los “motivos” que tuvo para apartarse de la proposición de ascenso, requisito éste que es esencial a efectos de que pueda comprenderse cuál ha sido la voluntad de la Administración y en qué se ha fundado.”

53 Sent. No. 361 de 19-VIII-1991 en ADA T. V, caso 223, pág. 181.

54 Sent. No. 505 de 20-V-1992 en ADA T. V, caso 219, pág. 180.

Sent. No. 252 de 24-IV-2000⁵⁵ que expresa: “Aún cuando el Tribunal reconoce que la asignación de las funciones de Jefatura..., así como el cese en las mismas, configuraban actos discrecionales tal como lo sostiene la parte demandada, ello no eximía a la Administración del deber de motivación (o sea, la expresión de los motivos) y de que éstos fueran los reales y verdaderos.” y agrega que dicha exigencia responde a que “los poderes discrecionales no deben ser ejercidos caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, sino por motivos de interés público, es decir, por razones atinentes al mejor servicios”. Es interesante destacar que en esta sentencia el Tribunal vuelve a expresar con claridad las razones para exigir la debida motivación del acto, a que aludiéramos a lo largo de este trabajo, cuando expresa que “tal requisito o ingrediente de la forma del acto está expresamente reconocido...a efectos de posibilitar que, quien se siente perjudicado, conozca todos los motivos reales del acto y pueda hacer valer los derechos de que crea asistido. Cuando la motivación no ha existido, o es probadamente incierta o errónea, el acto está viciado de nulidad en la forma.”

La justicia competente en materia contencioso-administrativo de reparación patrimonial ha seguido también este criterio⁵⁶, y el TCA lo ha confirmado declarando, por ejemplo, la nulidad de un acto que dispone una subrogación, pues si bien la Administración contaba con potestades discrecionales para disponerla, no se incluyó la motivación por la cual no se designó a un funcionario que había probado, mediante un concurso anterior, tener más méritos que aquél que fuera designado por el acto impugnado⁵⁷.

II.5.- El caso especial de las “razones de mejor servicio”.

Merece una breve consideración aparte el caso –muy frecuente– de que la Administración exprese como motivación del acto administrativo, que el mismo obedece a “razones de mejor servicio”. ¿Debe necesariamente considerarse insuficiente esta motivación, a la luz del rechazo explícito de la normativa a las fórmulas genéricas de fundamentación? ¿existen casos en los cuales, por las características del acto o las circunstancias en que el mismo fue dictado, puede considerarse que esta motivación genérica resulta suficiente?

La respuesta a estas interrogantes no es unívoca, ya que, en concordancia con las pautas generales que hemos visto a lo largo de este trabajo sobre el alcance de la exigencia de motivación suficiente del acto, y su consideración a la luz de los casos concretos, el Tribunal ha aceptado o no, según los casos, las “razones de mejor servicio” como fundamentación adecuada o eficiente del acto. El fundamento implícito de estas diversas soluciones puede encontrarse, una vez más, en la determinación de si se ha cumplido la finalidad de la motivación: si el administrado pudo conocer los motivos reales del acto para poder hacer valer adecuadamente los derechos de que se crea asistido. En suma, estamos otra vez ante la aplicación del Principio de Trascendencia en materia de nulidades. Mencionaremos a continuación, sucintamente, algunos ejemplos de casos en que se ha admitido y otros en que se ha rechazado esta modalidad de motivación.

A.- El Tribunal ha aceptado la legitimidad de actos fundados únicamente en razones de mejor servicio, pues, a pesar de considerar “escueta” y “parca” esta motivación, los motivos concretos surgen de los antecedentes administrativos⁵⁸. También consideró suficiente motivación la mera invocación de “razones de servicio” cuando se trató de un traslado regido y ordenado de acuerdo a la Ley Orgánica Policial, que otorga al jerarca una facultad discrecional en tal sentido, y dispone expresamente la obligación de aceptarlo por parte del subordinado (en definitiva, existe una norma legal que eximiría implícitamente al jerarca de expresar los motivos)⁵⁹

B.- Por otro lado, se ha rechazado la legitimidad de un traslado que provocó perjuicios al funcionario, fundado únicamente en razones de mejor servicio, cuando los antecedentes administrativos no arrojan los hechos o

55 En ADA T X, caso 122, pág. 265.

56 Sent. No. 18 de 4-IV-2000 del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 2do. Turno.

57 Sent. No. 269 de 9-V-2001, en ADA T. V, caso 129, pág. 271.

58 Sent. No. 28 del 4-II-2002, en ADA T. XI, caso 184, pág. 285; y Sent. No. 60 de 15-IX-2003, en ADA T. XI, caso 213, pág. 299.

59 Sent. No. 416 de 22-VIII-2002, en ADA T. XI, caso 195 pág. 290.

circunstancias en que se funda.⁶⁰ Otro traslado fue considerado también insuficientemente motivado, debido a que, si bien se invocaron “razones de mejor servicio” (que habían sido consideradas como suficiente motivación en otros traslados), *en ese caso concreto* surgía indisolublemente ligado a una sanción de censura que simultáneamente se le había impuesto al funcionario, lo que implicaba que no habían sido expresados en forma completa los motivos de la medida, lo que limitó el *derecho de defensa* del administrado⁶¹. Fuera de los casos de traslados, también otros actos han sido considerados insuficientemente motivados cuando no se explicitan las invocadas razones de “mejor servicio”, si el acto implica un *desmedro funcional para el recurrente*⁶² (pues, a pesar de mantenersele el cargo de Director, fue pasado a prestar funciones totalmente secundarias y distintas de las correspondientes al cargo).

III) Actos administrativos en los que se omite total o parcialmente la motivación, o se impide el acceso a los antecedentes, alegando la confidencialidad de las actuaciones en que se funda. El secreto administrativo.

III. 1.- Secreto Administrativo: existencia, concepto, casos de derecho positivo (tributario, bancario, etc.).

Luego del análisis realizado, puede apreciarse claramente que el alcance del concepto de motivación suficiente o eficaz del acto administrativo no resulta tan fácil de definir genéricamente, sino que en la práctica pueden admitirse modalidades más flexibles que las establecidas en la norma reglamentaria, con diversos niveles de rigidez, según la naturaleza del acto y las circunstancias en que el mismo hubiere sido dictado.

Pero pueden darse situaciones más extremas, como es el caso en que la propia Administración, explícita o implícitamente, omite total o parcialmente la motivación del acto administrativo, e incluso impide el acceso del administrado a los documentos o antecedentes en que se funda dicho acto, alegando el deber de reserva, secreto o confidencialidad sobre los antecedentes. Cabe cuestionarse, pues, si a la luz de los trascendentes fundamentos en que vimos se apoya el deber de motivar debidamente los actos administrativos (el control de la actividad estatal como característica esencial del Estado de Derecho, los derechos fundamentales de la persona humana, etc.), puede aceptarse como legítimo el ocultamiento total o parcial de la motivación del acto administrativo alegando el referido secreto, y en tal caso, qué condiciones deben cumplirse para que tal ocultamiento pueda ser considerado legítimo.

La respuesta a la primera pregunta es afirmativa. En efecto, si bien en nuestro ordenamiento constitucional positivo el principio general es la publicidad de la gestión estatal o de la administración del Estado⁶³ –aunque no declarado de manera explícita, sino inferido por la doctrina de los artículos 72, 82 inc. 1 y 332 como inherente a la forma republicana de gobierno–, existen excepciones a dicho principio que han sido consagradas a texto expreso en diversas normas legales, que constituyen supuestos basados en el principio contrario, es decir, el secreto. El propio Decreto No. 500/91 establece y regula en sus artículos 77, 80 y 81 la posibilidad de que determinadas actuaciones sean declaradas con carácter “confidencial, reservado o secreto”, lo que

60 Sent. No. 473 de 19-VIII-2002, en ADA T. XI, caso 197, pág. 291 (en este caso, el TCA destaca que si bien la Administración posee facultades discrecionales para disponer un traslado, lo que la habilitaría a aducir una motivación escueta o mínima, *en este caso* el traslado dispuesto causó la lesión de un derecho subjetivo, pues afectó la remuneración normal del funcionario. Por ello consideró que “La Administración ha excedido la facultad discrecional de disponer traslados por meras razones de mejor servicio, porque siendo el acto perjudicial para el funcionario afectado, debió motivarlo adecuadamente, para descartar todo signo de arbitrariedad” ..

61 Sent. No. 688 de 1-XII-2003, en ADA XI, caso 218, pág. 300.

62 Sent. No. 815 de 3-VIII-1992, en ADA V, caso 231, pág. 183.

63 Sobre este tema resulta sumamente ilustrativo el minucioso análisis efectuado por el Prof. Elbio J. LOPEZ ROCCA, “Publicidad y Secreto en la Administración Pública”, en la Revista de Derecho Público, Año 2003, No. 24, pág. 39 y ss.

podrá operar (siempre de modo excepcional) como limitante al derecho de los administrados a obtener la exhibición de los expedientes administrativos.

En relación al concepto de “secreto”, es relevante recordar la distinción que hace LOPEZ ROCA respecto del concepto de “reserva”, ya que si bien las propias normas jurídicas suelen referir indistintamente a uno u otro término, parece más apropiado a los efectos de este trabajo referirnos al concepto de “secreto”, entendiendo a éste como el deber específico de guardar silencio, de callar, mientras que la reserva sería un deber más genérico, referido a la “prudencia” y “mesura” que debe guardar el funcionario público en las opiniones que vierte sobre la administración de la que forma parte, como forma de proteger la consideración pública al servicio.⁶⁴

En cuanto a los requerimientos que deben verificarse para que resulte admisible que la Administración alegue el secreto de las actuaciones, cabe una primera precisión en base a lo expuesto: si la publicidad es el principio general, y el secreto es la excepción, dichas excepciones, es decir, los casos en que se admite el secreto como justificativo de la omisión en la motivación del acto, deben ser interpretadas *en sentido estricto*. Pero cuál es este “sentido estricto”, es decir, en qué circunstancias puede alegarse legítimamente el secreto administrativo.

La Ley 17.060 de 23-XII-1998 (llamada Ley Anticorrupción) en su artículo 7, además de consagrar expresamente el Principio de la publicidad (el que según vimos, tendría en realidad consagración constitucional implícita), establece un criterio al respecto, disponiendo que la libre divulgación de actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública podrán ser limitada: a) si en razón de su naturaleza deben permanecer reservados o secretos; o b) si han sido declarados tales por ley o resolución fundada.

Comencemos por el segundo caso, pues es el que resulta más claro, es decir, aquellos casos en que existe una norma expresa que declara el secreto de determinadas actuaciones, confiriendo facultades u obligando incluso a la Administración a guardar dicho secreto, bajo la responsabilidad disciplinaria e incluso penal correspondiente. Como decíamos, LOPEZ ROCA ha hecho un completo relevamiento de esta normativa⁶⁵, al que nos remitimos en sus comentarios, destacándose el siguiente listado de normas:

- a) art. 21 del Decreto-Ley No. 14.762 de 13-II-1978 (sobre los datos que lleva la Dirección Nacional de Identificación Civil).
- b) Art. 8 del Decreto-Ley No. 15.025 de 17-VI-1980 (información utilizada por el Ministerio de Economía y Finanzas en las investigaciones sobre dumping o subsidios).
- c) Art. 33 lit. H) del T.O.C.A.F, según redacción dispuesta por los arts. 482 de la Ley No. 15.903 de 10-XI-1987; y art. 653 de la Ley No. 16.170, de 28-XII-1990 (habilita la contratación directa cuando “las circunstancias exijan que la operación deba mantenerse en secreto”).
- d) Art. 15 de la Ley No. 16.466 de 19-I-1994 (información contenida en los proyectos sometidos a la evaluación de Impacto Ambiental ante la Dirección Nacional de Medio Ambiente).
- e) Art. 120 de la Ley No. 17.164 de 2-IX-1999 (funcionarios que intervengan en la tramitación de las solicitudes de patentes de invención, etc., sobre la información proporcionada).
- f) Art. 15 de la Ley No. 16.698 de 25-IV-1995 (potestad del Poder Ejecutivo de declarar excepcionalmente el secreto de asuntos de competencia de los Ministerios de Defensa Nacional, Economía y Finanzas, Interior y Relaciones Exteriores).
- a) Art. 31 de la Ley 16.698 de 25-IV-1995, en la redacción dada por la Ley 16.758 de 26-VI-1996 art. 1ero. (potestad de declarar secretas algunas actuaciones de las Comisiones Parlamentarias Investigadoras).
- b) Art. 419 de la Ley No. 16.060 de 4-IX-1989, en la redacción dada por el art. 59 de la Ley No. 17.243 de 29-VI-2000 (reserva de las actuaciones del organismo estatal de control de las sociedades anónimas).
- c) Arts. 77, 80 y 81 del Decreto No. 500/91 (ya comentado más arriba), y artículos relativos al procedimiento disciplinario en el mismo Decreto (en especial, art. 174, 210, etc.).
- d) Art. 66 de la Ley No. 11.923 de 27-III-1953 (secreto estadístico).

64 LOPEZ ROCA, op. cit., pág. 39.

65 Op. cit., págs.

- e) Art. 264 de la Ley No. 16.736 de 5-I-1996 (funcionarios del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca en cumplimiento de funciones de contralor).
- f) Art. 401 de la Ley No. 16.736 de 5-I-1996 (tratamiento reservado de los toxicómanos).
- g) Art. 22 de la Ley No. 16.696 de 30-III-1995, Ley Orgánica del Banco Central del Uruguay (secreto bancario cuando ejerce actividad financiera, y reserva en todos los restantes casos)
- h) Art. 25 del Decreto-Ley 15.322 de 17-IX-1982 (secreto bancario de las empresas de intermediación financiera estatales).
- i) Art. 47 del Código Tributario (Decreto-Ley 14.306 de 29-XI-1974 (secreto de la Administración Tributaria y sus funcionarios respecto de las actuaciones administrativas o judiciales).

Dejamos estos dos últimos casos para el final, para remarcar que en dichas normas legales, se establecen además en forma estricta las únicas condiciones en que podrá levantarse el secreto, limitando en la mayoría de los casos las potestades de la justicia ordinaria y, en lo que nos interesa a los efectos del presente trabajo, de la justicia en materia contencioso-administrativo de anulación (el Tribunal de lo Contencioso Administrativo). En efecto, mientras que el secreto bancario sólo podrá ser relevado por *“autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria”*, la información amparada por el llamado secreto tributario *“sólo podrá ser proporcionada a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaran por resolución fundada.”*

III.2.- Secreto determinado por la “naturaleza del acto”, criterios de admisibilidad.

Pero la propia ley (art. 7 de la Ley 17.060) reconoce que aún en el caso de que el carácter secreto de las actuaciones no derive de una declaración legal expresa (como en los casos que vienen de reseñarse), su propia “naturaleza” puede justificar que permanezcan reservadas, lo que motivará una resolución fundada al respecto.

Aquí estamos ante el enfrentamiento entre dos bienes jurídicos a tutelar: por un lado, el interés público en posibilitar el contralor –administrativo y jurisdiccional- del ejercicio de la función administrativa por el Estado como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, y, según un sector importante de la doctrina, un derecho individual inherente a la persona humana, cual es la garantía de conocer los fundamentos del acto para tener la posibilidad de articular su defensa; por el otro lado, el secreto administrativo, que tutela otros bienes jurídicos en juego en el ejercicio de la función administrativa, que se podrá ver obstaculizado o afectado por la revelación de información que “por su naturaleza” debería permanecer en secreto.

Para dirimir este conflicto de bienes jurídicos tutelados, resulta de interés tomar como referencia el caso del secreto profesional (que puede estar presente en la actividad de diversos organismos públicos). La normativa del secreto profesional (art. 302 del Código Penal), y sobre todo las interpretaciones doctrinarias elaboradas a partir de esta norma, a través del concepto de la “justa causa” que habilita penalmente a la revelación del secreto, podría darnos una pauta de cuáles pueden ser los criterios válidos para delimitar el alcance de la obligación de secreto impuesta al Estado en cada caso.

Excede los propósitos del presente trabajo el ingreso pormenorizado al análisis de las distintas posiciones doctrinarias sobre el alcance del secreto profesional, o la *ratio legis* del mismo, pero sí resulta de interés destacar que a propósito de los debates que ha generado dicha temática, la doctrina ha establecido que efectivamente se trata dilucidar –a fin de establecer si rige o no el secreto- un conflicto de intereses o bienes jurídicamente tutelados. En tal sentido, BAYARDO BENGOA⁶⁶ y SOLER⁶⁷ refieren a que la “necesidad” puede ser el criterio determinante para decidir entre los bienes jurídicos en conflicto, pero resulta aún más clara la opinión vertida por RETA sobre el punto, cuando manifiesta que la causal de relevamiento o no del secreto (en el caso penal la “justa causa”), en los casos en que no existe una ley expresa que dirima la cuestión, *“no puede quedar limitada a la función por imperio legal, sino que tiene que ser una causa en función del concepto medio de una*

66 BAYARDO BENGOA, “La Tutela Penal del Secreto”, Facultad de Derecho, Mont., 1961, pág. 336

67 SOLER, “Derecho Penal Argentino”, Ed. La Ley, Bs. As. 1946, pág. 136.

sociedad determinada, en atención precisamente, a la *consideración valorativa de determinados bienes jurídicos que hace esa sociedad*", y cita como criterio posible el **interés general**, que puede comprender el orden público, los fines colectivos, etc.⁶⁸

De modo que ese conflicto entre, por un lado, los derechos del destinatario del acto administrativo, e incluso el debido control de la Administración que inspira el Principio de Publicidad de la actuación administrativa, y por otro lado el secreto alegado por la Administración, deberá ser, a falta de norma expresa, dilucidado en definitiva *caso a caso* por la jurisdicción competente, para lo cual se propone la existencia de un criterio pautado por el "*interés público*" o un "*interés general*" para dirimir el conflicto entre los diversos bienes jurídicos tutelados.

El artículo 15 de la Ley No. 16.698 de 25-IV-1995, citado en el literal f) del capítulo III.1, que otorga al Poder Ejecutivo la potestad de declarar –excepcionalmente– el secreto de asuntos de competencia de los Ministerios de Defensa Nacional, Economía y Finanzas, Interior y Relaciones Exteriores, parece fundarse precisamente a las razones de interés público o general que pudieren estar en juego en el ejercicio de las competencias atribuidas a dichas carteras.

III.3.- Jurisprudencia.

Los casos de jurisprudencia que pueden arrojar luz sobre esta temática, refieren en general a las potestades del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para ordenar la agregación de documentos durante el trámite de la acción de nulidad.

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que la Administración niegue la agregación de documentos e información que entiende amparados tanto en el secreto impuesto por una norma específica (como por ejemplo es secreto bancario y secreto tributario), como por el secreto profesional derivado de la especial naturaleza de la información de que se trata, aunque no se trata de una aceptación genérica, sino que la solución concreta surgirá del estudio caso a caso.

En Sent. No. 881 de 7-XII-2001⁶⁹, por ejemplo, el TCA hizo lugar a la oposición formulada por la Administración demandada cuando fue intimada a proporcionar determinada información que entendía se encontraba amparada por el *secreto profesional*. Pero resulta particularmente interesante que el Tribunal funda su decisión en el numeral 3 del art. 190 del *Código General del Proceso* (cuya aplicación al proceso contencioso administrativo de anulación ha sido objeto de diversos fallos que refieren a la supervivencia o no del Código del Procedimiento Civil como norma de integración), como *doctrina más recibida*. De modo que, según este fallo, el Tribunal considera como doctrina más recibida la solución establecida en dicha norma, procesal, que al regular la procedencia de la prueba por informes reitera en su numeral 3 el deber de contestar el informe requerido por la justicia *y hace excepción para el caso de "causa de reserva o secreto"*, entre los que se encuentra –"obviamente", afirma el Tribunal– el *secreto profesional*.

En el mismo sentido, ha entendido el Tribunal que la Administración se encuentra amparada en el secreto tributario, aunque en tal caso por imperio de una norma expresa, como es el artículo 47 del Código Tributario, que le impone la obligación de guardar dicho secreto, por lo que la documentación requerida por la parte actora sólo podría ser agregada si resultaba posible su desglose de aquella documentación que se encontraba comprendida en el mencionado secreto.⁷⁰

También existen fallos en que el Tribunal ha desestimado el amparo en el secreto tributario, porque *en el caso concreto* entendió que la documentación requerida no estaba comprendida en dicha obligación de secreto, y en consecuencia no existían razones para afectar el *principio general de publicidad de las actuaciones*

68 RETA, Adela, "*Derecho Penal*", 2do. Curso, Tomo IV, FCU, Mont. pág. 87

69 En ADA, T. x, caso 573, pág. 577.

70 Sent. No. 891 de 4-X-1995 en ADA T. VII, caso 265, pág. 299.

administrativas, que cita expresamente.⁷¹ En el mismo sentido, en otro caso ha dispuesto el Tribunal *relevar* a la Administración de la obligación de *secreto* en que se amparaba, cuando se trataba de *secreto comercial*⁷² (nótese que no se trataba de secreto bancario o tributario, ya que, según vimos, no tendría potestades la justicia contencioso-administrativa para relevar de dicho secreto).

Importa destacar que en los casos referidos, aún en los que el Tribunal consideró que no procedía el amparo en el secreto y por tanto la Administración debía proporcionar la información o documentación que en principio había negado, no se alega un vicio en la motivación, sino que se analizan los argumentos de la Administración, pero no por el planteo de objeciones desde el punto de vista formal sino sustancial.

IV.- Conclusiones:

Del análisis que nos hemos propuesto en el presente trabajo, pueden extraerse algunas conclusiones a modo de breve síntesis:

1) El deber de incluir en todo acto administrativo la motivación eficiente del mismo ha sido considerado por la doctrina mayoritaria como uno de los pilares del Estado de Derecho, que permite el contralor adecuado del ejercicio del poder público y constituye una garantía para la defensa del administrado, que se considera incluso como uno de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana.

2) Si bien en principio existen fórmulas reglamentarias bastante rígidas para exponer dicha motivación, los criterios jurisprudenciales se han mostrado más flexibles al respecto, admitiendo diversas formas de motivación (incluso la que no surge del propio acto sino de sus antecedentes), dependiendo del análisis *caso a caso* de los respectivos actos.

3) Que no obstante ello, puede extraerse un criterio rector de este análisis casuístico, que deriva de la aplicación a esta materia del llamado Principio de Trascendencia de la teoría general de las nulidades, conforme al cual puede flexibilizarse la exigencia formal en la motivación siempre que ésta cumpla con la finalidad a la que está destinada, esto es, la garantía para el administrado que le permita conocer los verdaderos motivos por los que se dictó el acto (y así otorgarle la oportunidad de articular adecuadamente su defensa), sin perjuicio de las finalidades genéricas de contralor –administrativo y jurisdiccional- del ejercicio de la función administrativa.

4) A su vez, cabe preguntarse si la Administración puede directamente omitir la motivación debida, alegando la reserva o secreto administrativo de las actuaciones. Si bien la solución de principio es la publicidad de las actuaciones, nuestro ordenamiento jurídico admite en ciertos casos que la Administración mantenga en secreto documentos o información que constituyen el fundamento del acto dictado. Pero estas excepciones deberán, como tales, interpretarse en sentido estricto, y en caso de que no estén expresamente previstas en una norma específica, la justicia actuante deberá evaluar en cada caso concreto si la relevancia del bien jurídico tutelado por el secreto justifica la limitación del principio y la garantía de publicidad de las actuaciones (fundándose en razones de interés general o de interés público). En tales casos, podría entonces admitirse una excepción al deber genérico de incluir en todo acto administrativo (o en sus antecedentes) la motivación “eficiente” del mismo, lo cual no significa, por supuesto, una excepción al principio de que los fundamentos o motivos del acto deben existir (aunque no sean comunicados al administrado).

71 Sent. No. 96 de 7-IV-2003, en ADA T. XI, caso 735, pág. 560. En esta sentencia se alude a la jurisprudencia del Tribunal en sentido análogo, en relación a las denuncias realizadas al amparo de la Ley No. 16.224, art. 10 y Decreto 1932 de 29/3/2000

72 Sent. No. 1030 de 14-XI-1994, en ADA T. VI, caso 711, pág. 423.

EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL IRAE

CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA NORMATIVA Y DOCTRINA INTERNACIONAL¹

CHRISTIAN SCHNEEBERGER*

Egresado del Master en Derecho y Técnica Tributaria (UM)

Introducción

El concepto de establecimiento permanente surge en Alemania como una forma de distribuir la potestad tributaria entre los distintos estados dentro del mismo país pero luego, al incluirse tal concepto en los convenios para evitar la doble imposición, se extendió a la tributación internacional.

En el ámbito internacional, aparece como una fórmula moderadora para dirimir una fuerte controversia por el ejercicio de la soberanía tributaria, existente entre los países exportadores e importadores de capital desde comienzos del siglo XX. Hasta ese momento, el criterio predominante para gravar las rentas había sido el de la fuente, elevado a costumbre de Derecho Internacional, aunque con la Revolución Industrial la situación se alteró significativamente. A partir de entonces, los países desarrollados advirtieron progresivamente la necesidad de gravar las rentas que sus empresas generaban en el exterior, habida cuenta de que muchas veces representaban la mayor parte de su ganancia total. De esta manera, se consagró un criterio de imputación subjetivo, el de residencia, amplificado por el de renta mundial (*worldwide income*), en virtud del cual el país de residencia del sujeto puede gravar todas las rentas que él generara, con independencia de la localización de la fuente generadora de renta. Fruto del consenso, el establecimiento permanente permite que los países exportadores de capital compartan la potestad tributaria con los importadores, permitiéndoles que graven las ganancias que generen sus residentes mediante establecimientos permanentes en el país de la fuente.²

Así como en Alemania, el criterio del establecimiento permanente resultó ser un mecanismo sumamente útil en el ámbito internacional, razón por la cual fue incorporado a los modelos de convenios para evitar la doble imposición de la OCDE, ONU y USA.³ En Uruguay, sin embargo, el criterio no había sido adoptado hasta el momento más que en los tratados firmados con Alemania y Hungría. Recién con la ley 18.083, el concepto “establecimiento permanente” es considerado como elemento fundamental al momento de determinar el ré-

1 Trabajo presentado para la materia “Imposición a la Renta y el Capital” del curso Master en Derecho y Técnica Tributaria de la Universidad de Montevideo, Febrero 2008.

* Contador Público, graduado en la Universidad de Montevideo. Master en Derecho y Técnica Tributaria (en curso) por la Universidad de Montevideo. Miembro del Colegio de Contadores y Economistas del Uruguay. Actualmente se desempeña profesionalmente en la División Fiscalización de la Dirección General Impositiva.

2 Loaiza Keel, Carlos, “Fiscalidad internacional de la inversión española en el Uruguay”, Madrid, 2007, pág. 25. Loaiza Keel, Carlos, “La tributación de los no residentes luego de la Reforma tributaria: principio de la fuente, residencia fiscal y establecimiento permanente”, Boletín Tributario, Estudio Olivera & Delpiazzo – Estudio Licandro Díaz, Montevideo, 5 de octubre de 2007.

3 El Modelo del Pacto Andino, al seguir estrictamente el criterio de la fuente, no utiliza el criterio de establecimiento permanente.

gimen de tributación de los no residentes en la República. Esta norma modernizó conceptualmente el régimen de fiscalidad internacional⁴ y buscó incorporar las mejores prácticas en la materia a nuestra legislación.⁵

El establecimiento permanente se utiliza en derecho fiscal internacional como un factor de atribución de la Potestad Tributaria de los Estados respecto a las rentas empresariales, ya que dichas rentas solamente serán objeto de imposición en el Estado de la Fuente, en tanto hayan sido obtenidas a través de un establecimiento permanente en él situado. De lo contrario, la Potestad Tributaria corresponderá al Estado de la Residencia. El establecimiento permanente aparece entonces como un pequeño logro del Principio de la Territorialidad, ya que se autoriza al Estado de la fuente a gravar las rentas que provengan de actividades que, dentro de su territorio, se ejerzan con cierta intensidad, a través de instalaciones que las doten de estabilidad y permanencia. Pero al mismo tiempo, es una limitación a dicho Estado, ya que aquellas ganancias que no puedan ser atribuidas al establecimiento permanente o que provengan de actividades accidentales, sin un sustrato fijo, no deberían ser por él gravadas.⁶

Concepto y Tipos

En un inicio el aspecto saliente de la definición de establecimiento permanente era el carácter productivo del mismo, debiendo contribuir en modo directo y concreto a la formación de las utilidades de la empresa (teoría de la realización). Sin embargo, dada la dificultad de determinar la medida de contribución del establecimiento permanente a la productividad de la empresa, se optó por la teoría de la pertenencia económica, a cuyos efectos el Comité fiscal de la OCDE elaboró una innovadora definición de establecimiento permanente identificándolo ahora como *sede fija de negocios*.

El párrafo 1 del Comentario al artículo 5 del Modelo de Convenio OCDE define el término establecimiento permanente de la siguiente forma: *“a fixed place of business, through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on”*, es decir como un lugar fijo de negocios a través del cual las actividades (o negocios) de una empresa son llevados a cabo ya sea total o parcialmente.

Como puede observarse, el carácter productivo no ha sido tomado en cuenta en la definición adoptada por el Modelo OCDE⁷ puesto que en una empresa en normal funcionamiento, el hecho de que cada una de las partes de la organización contribuya a la productividad del conjunto es considerado un axioma y, en consecuencia, el establecimiento permanente como una parte más de la organización que es, y no realizando solo actividades preparatorias o auxiliares, tendrá ese carácter productivo al que hacemos referencia.

Se podría decir que el establecimiento permanente es la presencia mínima requerida a una empresa de un Estado para ser considerada como un contribuyente residente en otro Estado, lo que supone un criterio de distribución de las rentas entre un Estado y otro.⁸

El concepto comprende bajo una única denominación dos fenómenos económicos cualitativamente distintos:

- a) El ejercicio de una actividad en el exterior mediante una serie de medios materiales organizados directamente por el operador económico (establecimiento permanente “material”)

4 Loaiza Keel, Carlos, *“la apertura internacional del Uruguay”*, en la Gaceta de los Negocios, Legal y Fiscal, Global Law, Madrid, 2 de julio de 2007.

5 Aunque en la exposición de Motivos de la Reforma Tributaria se manifiesta la intención de dar mayor certeza a la inversión internacional, el secreto bancario que ha conservado el régimen fiscal uruguayo frente a la administración fiscal y el secreto tributario existente, que supone un obstáculo al libre intercambio de información con las administraciones tributarias de otros países, no ayudan en este sentido.

6 Cfr. Fraschini, Juan Ignacio, *“La Prestación de Servicios y el Establecimiento Permanente”*, Revista de Derecho, Año VI, Nro. 12, Universidad de Montevideo, pág. 52.

7 Aunque como se verá, si en el resto del articulado, ya que se excluyen del concepto de EP situaciones y actividades que claramente tienen carácter productivo.

8 Cfr. Ermoglio, Enrique, *“El Establecimiento Permanente en el proyecto de la Reforma Tributaria”*, Revista Tributaria N° 196, Pág. 69.

- b) La “presencia” en un mercado externo sin el ejercicio directo de una actividad, sino por medio de un establecimiento permanente y que se manifiesta a través de modalidades y figuras jurídicas diversas y por ende con un ligamen material menos intenso (establecimiento permanente “personal” o “temporal”)⁹

El texto de la reciente ley 18.083 (conocida como ley de reforma tributaria) toma el concepto de establecimiento permanente del artículo 5º del Modelo OCDE. Más aún, el primer inciso del artículo 10 del Título 4 no sólo coincide con la definición dada por Modelo OCDE sino también con aquellas definiciones contenidas en los modelos ONU, USA y la casi totalidad de los Convenios para evitar la Doble Imposición.¹⁰

Es común a todos los modelos enumerar, tras la definición, una lista de situaciones que pueden configurar establecimiento permanente. Para algunos autores, dichos ejemplos son meras presunciones que requieren el cumplimiento de los elementos mínimos de la cláusula general, sin embargo para otros, esta planteada la discusión acerca de si dicho listado contiene sendos establecimiento permanentes o si, por el contrario, habría que analizar en cada caso concreto si se configura o no el mismo.¹¹

En el Modelo OCDE podemos distinguir tres tipos de establecimiento permanente:

1. El establecimiento permanente físico definido como lugar fijo de negocios
2. El establecimiento permanente de construcción
3. El establecimiento permanente de agencia

Los primeros dos se asocian al concepto de establecimiento permanente “material” en tanto el tercero se vincula directamente al concepto de establecimiento permanente “personal”.

El Establecimiento Permanente material

Para que se configure un establecimiento permanente es necesario que simultáneamente se satisfagan cuatro condiciones:

- a) la existencia de una instalación de negocios
- b) su estabilidad (o sea que se trate de una instalación fija)
- c) su conexión con el ejercicio normal de la empresa
- d) su idoneidad para producir una renta.

Esencialmente, el concepto resulta definido mediante la individualización de un elemento constitutivo (la instalación fija) y por tres cualidades que refieren a este.

a) La existencia de un lugar de negocios

Por lugar de negocios se entiende “cualquier espacio, objeto físico o conjunción de objetos físicos a disposición efectiva del no residente, sin importar el título, utilizados para desarrollar una actividad empresarial”.¹² Es decir, un espacio circunscrito en el cual se lleva a cabo la actividad de la empresa comprendiendo todos los elementos materiales utilizados para tal fin: un local, las maquinarias, los equipos o simplemente un área como depósito aduanero o espacio comercial.¹³

9 Lovisolo, Antonio, “El Establecimiento Permanente” en Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Tomo I, Editorial TEMIS, 2003, pág. 278.

10 Tanto en los modelos como en la ley 18.083, la fórmula en que se ha estructurado la noción de Establecimiento Permanente consta de tres bloques principales: al inicio una cláusula general que define sintéticamente al EP; a continuación un elenco de situaciones en las que en principio existe EP (a priori establishment) y finalmente una serie de situaciones excluidas del concepto de EP (exclusionary list).

11 El Cr. Ermoglio se expresa al respecto señalando: “En primer término cabe mencionar que esta lista no es taxativa. En principio todos los lugares que se enumeran allí, parecen cumplir con la condición de ser Establecimiento Permanente. Sin embargo, en todos los casos deberá verificarse el cumplimiento de las condiciones del párrafo 1.”

12 Fraschini, Juan Ignacio, *ob.cit.*, pág.59.

13 Antonio Lovisolo, *ob. cit.*, pág. 279.

El hecho de que la empresa del exterior deba contar con un espacio físico (no virtual) no implica que éste deba ser usado en exclusividad por ella.

No es relevante el hecho de que si el local, las maquinarias y equipos son poder de la empresa, son alquiladas por ésta o simplemente están a su disposición. El lugar de negocios podría ser por ejemplo un espacio en un depósito o una oficina en las instalaciones de otra empresa. En síntesis, no importa ni se requiere título legal alguno que establezca la disponibilidad del espacio para el residente. Es más, hasta podría tratarse incluso de un espacio ocupado ilegalmente. Lo único que importa es el poder disponer de hecho sobre dicho espacio físico.

El párrafo 2 del artículo 5 del Modelo presume la existencia de establecimiento permanente, entre otros, en los siguientes casos:

1. Una Sede de dirección
2. Una Sucursal
3. Una Oficina
4. Una Fábrica
5. Un Taller
6. Una Mina, un pozo de petróleo o gas, una cantera o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales

El artículo 10 del Título 4 agrega al listado extraído del artículo 5 del Modelo OCDE las siguientes situaciones:

- “Las obras o proyectos de construcción o instalación, o las actividades de supervisión vinculadas, cuya duración exceda tres meses.
- La prestación de servicios, incluidos los de consultoría, por un no residente mediante empleados u otro personal contratado en la República, siempre que tales actividades se realicen (en relación con el mismo proyecto u otro relacionado) durante un período o períodos que en total excedan de seis meses dentro de un período cualquiera de doce meses.”

Al decir “entre otros”, queda claro que se trata de una lista no taxativa y por lo tanto caben otras posibilidades diferentes a las enunciadas. No obstante estén incluidas en la enumeración como ejemplos de establecimiento permanente, constituyen en sí presunciones y debe examinarse en cada caso si cumplen con los elementos mínimos establecidos en la cláusula general, es decir las condiciones básicas contenidas en el párrafo 1.

Hay sin embargo quienes sostienen que la enumeración dada por el párrafo 2 es una extensión (y no concretización) de la definición general. A esta posición se afilia, por ejemplo, el Bundesfinanzhof alemán, sosteniendo que “las sedes de dirección” son establecimientos permanentes *qua definitione* puesto que no requieren de lugar fijo.¹⁴

El párrafo pone a la cabeza de la lista a las sedes de dirección. Las mismas constituyen el lugar donde se asumen decisiones significativas respecto de la totalidad o parte de la actividad de la empresa (no es suficiente que se realicen allí las Asambleas de Accionistas)¹⁵. Los centros de control y coordinación de los grupos internacionales constituyen normalmente establecimiento permanente por cuanto la actividad desarrollada por estos es esencial para el grupo en su conjunto. Solo cuando se dedique exclusivamente a recoger informaciones para la empresa su actividad puede denominarse auxiliar.¹⁶

14 Cfr. Fraschini, Juan Ignacio, *ob. cit.*, pág. 59.

15 Cfr. D'Angelo, Pablo, “La doble imposición internacional de las rentas y los criterios de atribución de la potestad tributaria”, *Revista Tributaria* N° 176, pág. 597.

Antonio Lovisolo, *ob. cit.*, pág. 285.

Cfr. K. Vogel, “*On Double Taxation Conventions*”, II Ed., Deventer, 1990, pág. 213.

16 Antonio Lovisolo, *ob. cit.*, pág. 285.

Las sucursales son una rama de la empresa dotada de cierto grado de independencia económica y comercial pero carente de independencia jurídica. No están limitadas a realizar actividades auxiliares ni preparatorias sino que llevan a cabo actividades principales.¹⁷

Las oficinas, por su parte, son unidades organizativas para la gestión de los aspectos administrativos de la actividad y no necesitan ningún grado de independencia ni organización particular.

Las fábricas son establecimientos donde los bienes son manufacturados o procesados.¹⁸

En cuanto al último literal, cabe acotar que se menciona únicamente la extracción y no se hace referencia a la exploración de los recursos naturales debido a que en la redacción del modelo convencional no se ha llegado a un acuerdo acerca de la calificación y atribución del derecho de imposición de las rentas que se derivan de dicha actividad.¹⁹ En esto, se deja librado a lo que acuerden los países en sus convenios determinar a partir de qué momento se considera que existe establecimiento permanente. Existe la alternativa de gravar donde se encuentra la empresa o el país donde se hace la exploración o una solución mixta donde el establecimiento permanente existe una vez transcurrido el tiempo de permanencia en el país.

b) La estabilidad de la instalación

Debe existir una relación entre el lugar de negocios y una ubicación geográfica específica, la coherencia comercial y geográfica. Este es el factor más importante a tener en cuenta. Para estudiar esto se recurre a los llamados tests geográficos y temporales.

El test geográfico refiere a la necesaria vinculación que debe existir entre un lugar de negocios y un punto geográfico fijo al cual se asocian las operaciones para que exista establecimiento permanente.²⁰

El establecimiento permanente no necesariamente debe ser un inmueble sino que puede estar constituido por equipos y basta que éstos se encuentren instalados en cierto lugar con permanencia en el tiempo.

Un caso particular se presenta en aquellos casos en que una empresa desarrolla sus actividades en diferentes lugares de un mismo país. A pesar de ello, como el vínculo entre la empresa y el país contratante es muy fuerte, se considera que configura establecimiento permanente.

Lo importante es la existencia de coherencia comercial y geográfica. A propósito de esto la OCDE plantea en los comentarios dos ejemplos gráficos que son útiles para entender esto. Por un lado, el caso de un consultor que viene a entrenar al personal de diferentes agencias de un banco y en cada una de ellas su estadía es corta. Si bien hay coherencia comercial en este caso, no la hay geográfica porque no está suficiente tiempo en un único lugar. Por otra parte, el párrafo 5.1 de los Comentarios al Modelo OCDE cita el caso de un pintor que trabaja en un edificio, bajo contratos con diferentes personas no vinculadas entre sí. Aunque el proyecto es uno solo y acotado geográficamente, no existe la coherencia comercial requerida.

En cuanto al test temporal, el Cr. Ermoglio sostiene que no existe un plazo de presencia mínima definida que califique a un establecimiento de permanente y es usual que los convenios sean quienes definan esto, en general fijando un plazo mínimo de seis meses.²¹ Sin embargo, la posición que sostiene Ermoglio es muy discutible (y yo me arriesgaría a decir que es incorrecta) porque no hay en el artículo 5 del Modelo OCDE (ni en otros modelos) una especificación de índole temporal al establecimiento permanente material. Lo que sostiene el punto 6 de los comentarios es lo siguiente: “Desde el momento en que se dice que el lugar de

17 Antonio Lovisoló, *ob. cit.*, pág. 285.

D'Angelo, Pablo, *ob. cit.*, pág. 597.

18 D'Angelo, Pablo, *ob. cit.*, pág. 598.

19 Cfr. Antonio Lovisoló, *ob. cit.*, pág. 286.

20 Cfr. Ermoglio, Enrique, “El Establecimiento Permanente en el proyecto de la Reforma Tributaria”, Revista Tributaria N° 196, Pág. 72.

21 Cfr. Ermoglio, Enrique, *ob. cit.*, pág. 73.

negocios debe ser fijo, se infiere que el establecimiento permanente existirá en la medida que como lugar de negocios tenga un cierto grado de permanencia. Sin embargo, en la práctica se configuran establecimientos permanentes por períodos cortos de tiempo como consecuencia de la naturaleza del negocio. En muchos casos determinar esto resulta difícil. No obstante la práctica seguida por los países miembros de la OCDE no ha sido consistente respecto a los requerimientos temporales a los que nos referimos, la experiencia ha mostrado que no se han considerado establecimiento permanente aquellos casos en los que las actividades desarrolladas en un país a través de un lugar de negocios han tenido una extensión en el tiempo menor a los seis meses.²² El plazo de seis meses surge de un consenso jurisprudencial, en base a otros artículos del tratado, que sí se refieren a seis meses, como el de prestación de servicios o las rentas del trabajo.

Otro aspecto a tener en cuenta es la frecuencia con la cual se realizan las actividades, puesto que en ciertos casos las tareas sufren interrupciones temporales que no hacen que deje de existir el establecimiento permanente.

El establecimiento permanente constituirá un único lugar de negocios cuando una ubicación particular, donde las actividades cambian de lugar, pueda ser identificada como un todo comercial y geográfico coherente con respecto a ese negocio.

Resulta necesario que la instalación se preste a una utilización durable por parte de la empresa. No implica necesariamente la continuidad de la utilización en el tiempo, o sea que para configurar establecimiento permanente, basta que la instalación sea empleada con una cierta "regularidad" temporal. En si, esta sería una excepción al plazo de seis meses ya que en estos casos en que, por su propia naturaleza, las actividades son llevadas a cabo en períodos de tiempo breves pero recurrentes, se considera igualmente que se cumple el criterio de estabilidad.

La instalación que no haya sido creada para fines puramente temporales constituye un establecimiento permanente si su existencia se hubiese prolongado por un breve período de tiempo a causa del carácter peculiar de la actividad de la empresa o como consecuencia de circunstancias especiales. Y viceversa, la instalación creada para fines temporales, debe considerarse de forma retroactiva un establecimiento permanente cuando su duración se prorrogare por un lapso que ya no puede ser considerado temporal.

Lo que en algunas oportunidades sucede es que, con el propósito de no configurar establecimiento permanente, entidades relacionadas hacen uso un mismo lugar de negocios por períodos breves no colmando así este requisito temporal necesario. Al igual que en nuestro Código Tributario en el que prima la realidad, los comentarios de la OCDE frente a la situación planteada determinan que en estos casos hay establecimiento permanente.

En aquellos casos en los que se estima que las actividades durarán por un breve período de tiempo pero luego se extienden más de lo previsto se entiende que existe establecimiento permanente desde el momento en que comenzaron las obras.

Considerando que todas las actividades auxiliares y preparatorias contribuyen a la productividad de la empresa no es un requisito que las actividades que se realicen a través del citado lugar de negocios tengan carácter productivo

No debe considerarse el período de preparación del lugar que servirá de asiento al lugar fijo de negocios. El establecimiento permanente tiene origen en el momento en que comienzan a realizarse las actividades para las cuales el lugar servirá en forma permanente.

En resumen, el establecimiento permanente comienza a existir desde el momento en que la empresa inicia el ejercicio de su actividad por medio de la instalación fija y se extinguirá cuando se enajene ésta o cesen todas las actividades desarrolladas en esta.

22 OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, 15 July 2005. Commentary on article 5, pág. 88.

c) La conexión con el ejercicio normal de la empresa

La instalación fija debe estar destinada a una actividad comprendida en el marco normal de los negocios realizados por el empresario extranjero. Es decir que lo relevante es la conexión con el ejercicio de la actividad de la empresa. Esta conexión está detrás del concepto de realización de negocios “a través de”.

El párrafo 8 de los Comentarios al Modelo OCDE plantea el caso en que una empresa del exterior que tiene en el país bienes tangibles (inmuebles, instalaciones y equipos industriales, comerciales o de servicios) o bienes intangibles (marcas, patentes, derechos) que da o alquila a terceros sin mantener un lugar fijo de negocios a través del cual realiza dichas operaciones, no configura establecimiento permanente en la medida que los bienes objeto de tal contrato no constituyen en sí mismos un lugar fijo de negocios.

Si, tratándose de la misma situación planteada anteriormente, la empresa ofreciera personal para manejar los equipos con la responsabilidad limitada al correcto funcionamiento y mantenimiento de éstos, quedando para el arrendatario la responsabilidad y control sobre los mismos, tampoco estaríamos frente a un establecimiento permanente.

Si en cambio, dicho personal realizara operaciones y tuviese una más amplia responsabilidad, que se podría manifestar a través de la toma de decisiones relacionadas al uso, operativa o mantenimiento de tales equipos, asumiendo el arrendador los riesgos del negocio, entonces si habrá establecimiento permanente.

d) La idoneidad para producir una renta

No se hace alusión al carácter de la productividad del establecimiento permanente puesto que en una empresa bien administrada cada elemento contribuye a la productividad del conjunto y se trata de un requisito connatural de la noción de establecimiento permanente.

Al respecto, el artículo 7 del Modelo OCDE de los convenios establece una norma sobre el reparto de las utilidades industriales y comerciales según la cual se atribuyen al establecimiento permanente las rentas que se considera podrían haber sido obtenidas en el otro Estado si dicho establecimiento permanente hubiese sido una empresa independiente, que funcionara en la misma o similares condiciones y sin ningún vínculo con la empresa a la cual pertenece.

En síntesis, el concepto de establecimiento permanente encuentra calificación en un elemento “cualitativo” (constitución de una instalación con carácter de permanencia) y en otro “funcional” (la aptitud para producir una renta).

Ejemplo: la sentencia del BundesFinanzHof alemán de 30 de octubre de 1996.²³

Considero que el siguiente caso resume con bastante claridad las cuatro condiciones necesarias que hacen a un establecimiento permanente.

En la citada sentencia el BundesFinanzHof alemán resuelve el caso de si un oleoducto cumplía las condiciones para configurar un establecimiento permanente en territorio alemán.

El caso trata sobre un oleoducto subterráneo, totalmente automatizado a través de un sistema informático instalado en Holanda (propiedad de una empresa holandesa) y que transporta crudo y derivados hasta Alemania. Cualquier trabajo de mantenimiento o reparación necesario es subcontratado a empresas alemanas que realizan dicho servicio.

23 “Revista de Derecho Informático”, ISSN 1681 – 5726, Edita: Alfa – Redi, N° 035 – Junio del 2001.

Carluccio, María Jesús, Durán, Dahiana y Fontes, Mariana, “El Establecimiento Permanente en la Reforma Tributaria”, Trabajo Monográfico, UDELAR, Diciembre 2007.

Para analizar si tal oleoducto constituía establecimiento permanente, el BundesFinanzHof recurrió al estudio de la legislación interna alemana sobre el tema y al contenido del convenio de doble imposición entre Alemania y Holanda. A partir de ello concluyó que el mismo constituía establecimiento permanente y esgrimió las siguientes razones para fundamentar tal afirmación:

- a) El tramo del oleoducto que atraviesa Alemania constituye una base de negocios puesto que transporta el crudo y esto representa el núcleo principal del activo de la empresa holandesa.
- b) El oleoducto, al estar bajo tierra, constituye una base fija de acuerdo al Código General Tributario ya que estará situado en un lugar fijo durante un determinado período de tiempo lo cual le da el necesario carácter de permanencia.
- c) Por lo expresado anteriormente no cabe más que reconocer que comporta una relación contractual de larga duración.
- d) El transporte de crudo a través del oleoducto se realiza con ánimo de lucro y supone un beneficio para la empresa holandesa obtenido en territorio alemán.

Las actividades auxiliares y preparatorias

El párrafo 4 de los comentarios al artículo 5 del Modelo OCDE enumera una lista de excepciones a la definición dada en el párrafo 1. No obstante las actividades citadas son desarrolladas a través de un lugar fijo de negocios, no configuran establecimiento permanente. Lo común a estas actividades es que son calificadas como preparatorias o auxiliares, por lo que aquí sí parece recogerse la tesis de la productividad.

El artículo 10 del Título 4 toma en forma casi textual el mencionado listado de excepciones. Según éste, no constituyen establecimiento permanente:

1. La utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercaderías pertenecientes a un no residente.²⁴
2. El mantenimiento de un depósito de bienes o mercaderías pertenecientes a un no residente con el único fin de almacenarlas o exponerlas.
3. El mantenimiento de un depósito de bienes o mercaderías pertenecientes a un no residente con el único fin de que sean transformadas por otra empresa.
4. El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercaderías o de recoger información, para el no residente.
5. El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para el no residente cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio.
6. El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los numerales 1 a 5, a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

Todos los casos coinciden con lo expresado por el Modelo OCDE y ONU con las siguientes excepciones:

- a) en el Modelo ONU la utilización de instalaciones para la entrega de bienes por parte de un no residente constituye establecimiento permanente
- b) en el Modelo OCDE no constituye establecimiento permanente el mantenimiento de un stock, por parte del no residente, para la entrega de bienes

El párrafo 23 de los comentarios cita como ejemplo de actividades preparatorias o auxiliares el caso de aquellos lugares fijos de negocios cuyo único propósito es la publicidad, el marketing, el proveer de información o la realización de contratos de patente o know how.

²⁴ Corresponde acotar al respecto que en tanto los Modelos OCDE y USA coinciden en incluir como excepción las instalaciones utilizadas a efectos de entregar bienes o almacenarlos para enviarlos luego a otro lugar, el Modelo ONU no incluye tal excepción.

A continuación, en el párrafo 24, se reconoce que muchas veces resulta difícil discernir si una actividad tiene un carácter auxiliar o preparatorio o no. Para esto, el criterio decisivo consiste en verificar en cada caso concreto, si la actividad misma constituye una parte esencial y significativa de la actividad de la empresa en su conjunto y por ende la necesidad de que dicha actividad sea realizada por la instalación fija exclusivamente a favor de la empresa.

Cuando en un mismo lugar físico se comparten actividades auxiliares y principales, la actividad principal determinará un establecimiento permanente y ejercerá un fuero de atracción sobre todas las rentas del establecimiento.

Si la actividad del establecimiento local es idéntica a la actividad principal de la empresa del exterior, no se podrá decir que las actividades locales son auxiliares. Por ejemplo, siguiendo el caso del párrafo 23, si la empresa del exterior tiene como giro principal la publicidad, la actividad de publicidad que desarrolle la empresa local no podrá considerarse preparatoria o auxiliar y por lo tanto constituirá un establecimiento permanente.

También menciona el párrafo 24 que cuando un lugar fijo de negocios tiene como función la dirección de una empresa o un conjunto de empresas, no se considera a tal actividad como preparatoria o auxiliar.

El contribuyente tiene la posibilidad de demostrar que una instalación no constituye establecimiento permanente, por no cumplir cualquiera de los requisitos generales indicados, especialmente el de la productividad. Por su parte, la administración fiscal tiene la posibilidad de demostrar que una instalación produce una renta autónomamente considerable y constituye por tanto un establecimiento permanente.

Puede darse el caso de que una empresa tenga varios locales (“places of business”) y cada uno de éstos lleve adelante actividades complementarias de los otros locales. Esto hace que dichas actividades no puedan ser consideradas auxiliares o preparatorias porque forman un todo que no puede considerarse separado organizacionalmente.

A propósito de lo visto acerca de las actividades auxiliares resulta de utilidad el siguiente ejemplo:

Citando nuevamente el caso de un oleoducto tendremos que, si éste va de un pozo hasta una refinería atravesando un tercer país, no da igual que la empresa dueña del oleoducto sea también dueña del pozo o de la refinería a que sea únicamente dueña del oleoducto y su actividad principal sea transportar el petróleo. En el primer caso, el transporte constituye una actividad auxiliar mientras que en el segundo es la actividad principal y por ende la empresa tendrá establecimiento permanente en ese tercer país.

El Establecimiento Permanente personal

La Sociedad de las Naciones considera establecimiento permanente a las personas que dependen de la empresa, tanto desde un punto de vista jurídico como económico, y por medio de las cuales se efectúan las transacciones.

Cuando una empresa extranjera sostiene relaciones de negocios regulares en un Estado, a través de la intermediación de un agente allí instalado y que puede actuar por nombre de la empresa misma, será considerada como poseedora de un establecimiento permanente en dicho Estado.

El establecimiento permanente de agencia, al que hasta ahora denominamos “personal”, es tratado en los párrafos 5 y 6 del Modelo de Convenio de la OCDE.

El modelo OCDE en su artículo 5 analiza lo que varios autores denominan “cláusula de agencia”. Individualiza dos hipótesis de establecimiento permanente: aquel realizado por medio de la figura del “agente dependiente” (párrafo 5) y del “agente independiente” (párrafo 6). En ambos casos, el elemento distintivo es la estabilidad del instrumento adoptado para operar en el país extranjero.

El párrafo 5 del Modelo dice así:

“Sin perjuicio de lo previsto en los párrafos 1 y 2, cuando una persona – distinta a un agente independiente para quien aplica el párrafo 6 – actúa por cuenta de una empresa y tiene, y habitualmente ejerce, en un país la autoridad para cerrar contratos en nombre de la empresa, se entenderá que la empresa tiene un establecimiento permanente en ese país en relación con cualquiera de las actividades que esa persona realiza por la empresa, salvo que las actividades de esa persona estén limitadas a aquellas mencionadas en el párrafo 4 que, si se realizan a través de un lugar fijo de negocios, no harán que dicho lugar fijo de negocios sea un establecimiento permanente bajo las provisiones de ese párrafo”²⁵

Al decir “sin perjuicio de lo previsto en los párrafos 1 y 2” denota que lo establecido en el párrafo 5 opera como criterio subsidiario respecto a la cláusula general. Es decir que en cuanto la empresa cumpla con la cláusula general no será necesario demostrar que cumple la cláusula de agencia.

Agente dependiente será aquella sociedad o persona física que, por la extensión de sus poderes o por la naturaleza de su actividad, tiene la capacidad de vincular la empresa no residente con relación a actividades comerciales de cierta relevancia en el Estado considerado. Configurarán establecimiento permanente el agente que opere en nombre y por cuenta de la empresa, pudiendo concluir contratos de manera repetida y habitual y en relación con las operaciones que constituyen actividades propias de la empresa.

No se requiere que esta dependencia sea de carácter legal. Debe atenderse a la situación sustancial puesto que se estará frente a un establecimiento permanente aun cuando el agente suscriba contratos que vinculan a la empresa aunque estos no sean concretados literalmente en nombre de la empresa y también en aquellos casos en que al agente está autorizado a negociar todos los elementos suscritos por otro sujeto en el Estado donde se sitúa la empresa. Puede incluso carecer de poder legal para firmar por cuenta de la empresa pero por el solo hecho de negociar los términos de los contratos se lo considera establecimiento permanente. En fin, lo importante no es quien firma sino la vinculación que se genera para la empresa.

El agente dependiente puede ser una persona física o jurídica, residente o no, poseer o no un lugar fijo de negocios donde actúe por cuenta de la empresa del exterior y ser o no empleado de la misma, pero para constituir establecimiento permanente de agencia de la empresa del exterior deberá existir una recurrencia en el tiempo.

El artículo 10 del Título 4 posee una redacción casi idéntica a la del párrafo 5 pero agrega al respecto que *“se considerará que este no residente tiene un establecimiento permanente en la República respecto de las actividades que dicha persona realice para el no residente, si (...) No ostenta dichos poderes, pero mantiene habitualmente en la República un depósito de bienes o mercaderías desde el cual realiza regularmente entregas de bienes o mercaderías en nombre del no residente”*.

La representación de la entidad no residente podrá calificarse como directa o indirecta. Será directa cuando el agente está facultado para contratar en nombre de su representado y los efectos de tal representación repercuten directa e inmediatamente en la forma jurídica del representado. Será indirecta en caso que exista un contrato que establezca los poderes de actuación y responsabilidad del representado y principal.

Lo relevante en ambos tipos de representación es que la actuación del agente repercuta en la esfera jurídica del representado, entendiéndose por esto que dicha actuación genere una vinculación tal de la empresa con la realización de actividades en un Estado que la haga pasible de efectos impositivos por constituir así un establecimiento permanente.

El otro aspecto que es importante considerar es la habitualidad en el ejercicio de los poderes de contratación del representante.

Por su parte el párrafo 6 sostiene:

²⁵ En cuanto a la “cláusula de agencia” el Modelo ONU también hace una distinción respecto de los otros dos modelos. Considera como establecimiento permanente el caso del agente que mantiene bienes en stock para su posterior entrega, incluso cuando dicho agente no tiene la representación necesaria para concluir contratos en nombre del principal.

“No se considerará que una empresa tiene un establecimiento permanente en un país sólo por realizar actividades en ese país a través de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen en el marco ordinario de su actividad.”²⁶

Este párrafo discrimina al agente dependiente de quien no lo es.

A efectos de evaluar la independencia de la empresa extranjera puede ser útil como indicador, la sumisión a instrucciones detalladas o a un control general por parte de la empresa o el hecho de realizar actos en sustitución de la empresa que repercuten económicamente más en la esfera jurídica de la empresa que en el ámbito de sus propias operaciones comerciales. También puede tomarse como criterio si el riesgo de la empresa recae sobre el agente o sobre la empresa que este representa.

En síntesis, se considera agente independiente aquel que es responsable por los resultados de su trabajo sin estar sujeto a un control significativo respecto a la forma en que el mismo es realizado. Es decir, que es libre para organizar su trabajo, seleccionar a sus empleados y a su clientela y asume el riesgo empresarial, con responsabilidad pero no subordinación al principal, quien confía en sus conocimientos y aptitudes.

Existen diversos elementos a efectos de analizar la independencia del agente:

- a) la confianza y habilidad en el conocimiento del agente
- b) la limitación al alcance de los negocios que pueden ser manejados por el agente
- c) la información que el agente brinda a la empresa para sus negociaciones
- d) la cantidad de empresas representadas por el agente (cuanto menor sea el número de empresas es más probable que el agente sea dependiente)

Respecto del punto c) es bueno distinguir que se considerará agente dependiente cuando éste brinda toda la información relacionada a una transacción o negociación esperando obtener una aprobación del exterior. Cuando esto no sucede y el agente se limita a enviar la información necesaria para mantener el adecuado relacionamiento en el negocio, es indicio de que estamos frente a un agente independiente de la empresa del exterior.²⁷

Un comisionista o un corredor que actúan en el marco ordinario de su actividad son considerados independientes legal y económicamente.

La redacción del párrafo 6 del Modelo OCDE, también tomada en forma casi textual por nuestra ley, establece: *“no obstante, cuando las actividades de tales agentes se realicen exclusivamente, o casi exclusivamente, por cuenta de dicha empresa, y las condiciones aceptadas o impuestas entre esa empresa y el agente en sus relaciones comerciales y financieras difieran de las que se darían entre empresas independientes, ese agente no se considerará un agente independiente de acuerdo con el sentido de este apartado.”*

Esto significa que un agente puede ser jurídicamente independiente pero si opera en forma exclusiva para una empresa, no tendrá la necesaria independencia económica respecto de ésta para constituir un establecimiento permanente.

²⁶ Respecto al caso de los negocios por medio de comisionistas, corredores u otros agentes independientes, los tres modelos coinciden en términos generales a no ser por el siguiente comentario que hace el Modelo ONU: configura establecimiento permanente aquel agente independiente que dedica sus operaciones casi en exclusividad a una empresa en particular haciendo que la relación con esta no sea tal como si se tratara de empresas independientes.

²⁷ Cfr. Ermoglio, Enrique, *ob. cit.*, Pág. 82.

El caso del joint venture ²⁸

El Joint Venture es definido como el contrato por el cual un conjunto de sujetos de derecho (personas o compañías) realizan aportes de las mas diversas especies²⁹, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común (con un business purpose específico), pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará durante un lapso de tiempo limitado, con la finalidad de obtener beneficios económicos.

En el caso de corporated joint venture y de partnership joint venture, el establecimiento permanente asume importancia cuando una parte de la renta es producida en un Estado distinto al de su residencia, mediante dicha instalación fija. En cambio, la renta de la corporated o de la partnership es imponible solo en el Estado donde estas residen y conforme a las reglas normalmente aplicables.

En el caso de contractual joint venture el establecimiento permanente cobra importancia puesto que, donde concurren los requisitos para su configuración, se entiende que el venturer residente ejerce directamente la actividad de la empresa fuera del territorio del Estado mediante la instalación fija mencionada.

Reconociendo la posibilidad de que una empresa residente pueda configurarse en Management Office de un grupo internacional, surge la dificultad de individualizar cuándo una sociedad del grupo actúa en interés propio o en interés particular de cada una de las sociedades pertenecientes al grupo como establecimiento permanente.³⁰

Al respecto el párrafo 24 de los comentarios al Modelo OCDE expresa que “Un lugar fijo de negocios que posee la función de dirección de una compañía o simplemente una parte de una empresa o de un grupo de empresas no puede considerarse respecto de la misma que realiza actividades preparatorias o auxiliares dado que la índole de su actividad excede tal nivel. En el caso de que compañías con ramificaciones a nivel internacional establezcan “Management Offices” en estados en los cuales poseen subsidiarias, establecimientos permanentes, agentes o licencias, tales como tener oficinas con el fin de supervisar y coordinar las funciones de todos los departamentos de la empresa en una región determinada, se configurará un establecimiento permanente, por que dicha oficina será considerada bajo la definición del párrafo 2.”³¹

Las Subsidiarias

La situación de las subsidiarias en el país de empresas del exterior es considerada en el párrafo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE. En él se afirma que la existencia de una subsidiaria en el país, no define a ésta como establecimiento permanente de la empresa del exterior. Esta posición se fundamenta en que la subsidiaria constituye una entidad legalmente independiente de la controlante lo cual se manifiesta también en el ámbito tributario.

Si nos remitimos a lo expresado en los párrafos 1 y 5 de los comentarios, la filial podrá, sin embargo, constituir un establecimiento permanente de su casa matriz en el Estado en el cual la subsidiaria tiene su lugar de negocios. Esta posición parte de la base de que la casa matriz tiene a su disposición dentro de la subsidiaria un lugar que constituye a su vez para esta empresa un lugar fijo de negocios a través del cual desarrolla sus actividades.

28 Antonio Lovisolo en su análisis sobre el establecimiento permanente estudia también el caso de los “Grupos europeos de interés económico” (Geie). Los mismos constituyen otra modalidad de cooperación económica entre empresas. A modo de ejemplo, podrán configurar establecimiento permanente entre otros casos, cuando los partners creen una oficina propia o una sede de dirección en función de su participación (Ver Lovisolo, Antonio, “El Establecimiento Permanente” en Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Tomo I, Editorial TEMIS, 2003, pág. 298).

29 Los recursos aportados pueden ser materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento o productos.

30 Lovisolo, Antonio, *ob. cit.*, pág. 298.

31 OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, Commentary on article 5 concerning the definition of Permanent Establishment. Paragraph 4, p.24, 15 July 2005.

Como puede suscitarse la pregunta de qué significa el término “a disposición”, que la propia OCDE no define, la BIAC (Business and Industry Advisory Comité to the OCDE) da a conocer una lista de factores a tener en cuenta para esto. Entre otros factores destacamos los siguientes:

- a) Si la compañía no residente tiene permitido realizar actividades no relacionadas a las de la no residente en las instalaciones de ésta última o si solo puede llevar a cabo las actividades que la empresa residente determine.
- b) Si la presencia de la empresa no residente en el local de la residente es dada a conocer públicamente.
- c) Si la empresa no residente dispone de un lugar aparte para recibir visitas, empleados, consultores u otras personas o si tiene una oficina propia en el local de la empresa residente
- d) Si la empresa no residente tiene una presencia continua o frecuente en las instalaciones de la empresa residente.
- e) Si otras personas disponen o tienen permiso de usar el espacio que utiliza la empresa no residente.
- f) Si se envían distintos empleados en diferentes horarios para realizar la actividad
- g) Si la empresa no residente puede concurrir a las instalaciones de residente fuera del horario normal de funcionamiento de ésta última

Sin embargo, no obstante cumplir que los factores enunciados, estos factores pueden resultar insuficientes para demostrar que no se configura establecimiento permanente.

Por otra parte, si existirá establecimiento permanente de la casa matriz en el Estado de la subsidiaria cuando se cumple el criterio alternativo, o sea la cláusula de agencia. Bajo este escenario la subsidiaria actúa como agente dependiente de la casa matriz siempre que ejerza con habitualidad la autoridad para concretar negocios que vinculen a la casa matriz (excepto en aquellos casos en que la actividad de la subsidiaria se limite al desarrollo de las actividades enunciadas en el párrafo 4 o que actúe en el curso ordinario de sus negocios como agente independiente en los términos del párrafo 6).

En los comentarios se sostiene que la cláusula de agencia también se da cuando los grupos multinacionales tienen a su disposición y utilizan las instalaciones de otra compañía.

En el párrafo 42 de los comentarios se sostiene que la empresa local del grupo multinacional no constituirá establecimiento permanente cuando los servicios que ésta preste a otras empresas del grupo se lleven a cabo en un lugar que no le pertenece y con personal que tampoco depende de ella, por más que la empresa local obtenga beneficios económicos por tal actividad.

Dejando de lado la configuración (material o personal) asumida en el caso concreto, un aspecto saliente del establecimiento permanente es el de constituir un centro de imputación de situaciones jurídicas directamente referidas al sujeto que lo ha realizado y que opera mediante tal aparato (o instalación).

La simple posición de la participación no es asimilable a una actividad empresarial valuable autónomamente e idónea de por sí para producir directamente una renta de empresa.

Solamente si en cabeza de la sociedad filial se verifican relaciones con la casa matriz asimilables en un todo a las relaciones de un agente en el sentido dispuesto por el párrafo 5° del Modelo OCDE de los convenios, es posible individualizar en la sociedad filial un establecimiento permanente de la sociedad matriz.

En definitiva, la norma no introduce distinción alguna acerca del sujeto controlante y el sujeto controlado, por lo que también la sociedad matriz puede configurarse como establecimiento permanente de la sociedad filial.

El establecimiento permanente se caracteriza por una amplia autonomía funcional, contable y de gestión, pero también es incontrovertible que no dispone de una efectiva y plena autonomía patrimonial y, sobre todo, pertenece a un sujeto distinto y autónomo cuya subjetividad tiene un carácter absorbente respecto del mismo establecimiento permanente.

El aspecto fisonómico esencial no es la independencia de la casa matriz sino la posibilidad de separar la actividad desarrollada por una u otra de las partes.

Los elementos de autonomía evidenciados permiten individualizar en el establecimiento permanente un centro de legitimación de consecuencias jurídicas, en relación con la exigencia de una fácil determinación y más segura individualización de las entradas y sirven para establecer la independencia virtual del establecimiento permanente para reconstruir sus relaciones con la sede central en cuanto al reparto de costos y gastos y al traspaso de la materia imponible entre ambas.

En este sentido, el centro de imputación subjetivo, definido como establecimiento permanente, asume una relevancia autónoma a los fines impositivos respecto de la casa matriz. A efectos fiscales la casa matriz y su establecimiento permanente se consideran autónomos y diversos centros de referencia y de imputación de obligaciones jurídicas.

Por esto mismo es que el párrafo 2° del artículo 7 del Modelo OCDE dispone que, cuando una empresa de un Estado contratante realiza actividades en otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente allí situado, en cualquier Estado contratante son atribuidas a dicho establecimiento permanente todas aquellas utilidades que se entiendan habrían sido conseguidas si se hubiese tratado de una empresa diversa y separada que realiza idénticas o análogas actividades en total independencia con la empresa de la cual constituye un establecimiento permanente. Por este motivo, el principio de no discriminación, citado en el inciso 3° del art. 24 del Modelo OCDE, garantiza al establecimiento permanente un régimen impositivo de abstracta paridad con aquel previsto para las empresas residentes.

Acorde con esto, el modelo convencional, al determinar los elementos de renta, opta por la aplicación del *arm's length principle*, según el cual se atribuyen al establecimiento permanente las rentas que este hubiese obtenido si, en lugar de tratar con su sede central u otro establecimiento permanente, hubiese tratado con una empresa distinta en las condiciones y bajo los precios vigentes en el mercado ordinario.

La problemática planteada a partir de esto es individualizar cuales gastos y en que montos son inherentes a la producción de la renta del establecimiento permanente y de la casa matriz u otros establecimientos permanentes del grupo.

Por todo lo expresado anteriormente se explica que el establecimiento permanente, dentro del Estado en el cual se encuentra, sea destinatario de derechos y deberes fiscales propios de un sujeto residente.

En distintos análisis el tema de las sucursales, filiales y subsidiarias ha sido tratado por el Cr. David Eibe, el Dr. José Luis Shaw y V. Sujanov. En tanto la sucursal es un establecimiento o empresa registrada legalmente en el país por una sociedad constituida en el exterior, la filial o subsidiaria es una sociedad constituida en el país dominada total o mayoritariamente por una sociedad del exterior de la cual es jurídicamente independiente.³² Esta diferencia explica el distinto tratamiento tributario que unos y otros tipos societarios reciben.

La administración fiscal uruguaya, visto el escenario descripto, adoptó un criterio dual basado en el principio del derecho civil por el cual "nadie puede contratar consigo mismo" y "nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo". Esto hace que entre sucursal y casa matriz no se reconozcan resultados (y por ende no se compute rentas gravadas o gastos deducible) y se generen cuentas de activo o pasivo en la sucursal. Sin embargo, "a las compañías subsidiarias se les permite reconocer en sus activos y pasivos cuentas con la sociedad del exterior, computar las diferencias de cambio asociadas a estas cuentas, tomar los intereses por pasivos con la empresa del exterior como gastos admitidos y deducir los gastos por asistencia técnica, honorarios y regalías pagados o acreditados a sociedades afiliadas del exterior".³³

32 Cfr. Eibe, David, "Situación fiscal de la subcapitalización", Revista Tributaria N° 144, pág. 404.

33 Juan, Nicolás y Albacete, Juan, "Fuente y domicilio: nueva configuración de sus principios", Revista Tributaria N° 187, pág. 477.

Establecimiento Permanente de construcción

Hasta el momento hemos visto que si existe un lugar fijo de negocios a través del cual se realizan las actividades y permanece al menos seis meses, existe establecimiento permanente. Sin embargo, en el caso de una obra o construcción, el Modelo de Convenio de la OCDE no aplica este criterio sino lo expresado en el párrafo 3 del artículo 5. Allí expresa que la obra o construcción configura establecimiento permanente solo en caso que se extienda por más de doce meses (plazo también adoptado por el Modelo de Convenio USA). No obstante esto, es usual que en los convenios y tratados, se maneje como plazo mínimo para tales casos, los seis meses (plazo tomado por el Modelo de la ONU).

Lo que no queda muy claro, si nos basamos en el Modelo OCDE, es qué sucede si en el caso de un lugar fijo de negocios a través del cual se realizan actividades de construcción, cuya duración excede los seis meses pero culmina antes de los doce meses. Si nos remitimos a lo expresado en el párrafo anterior, no configuraría establecimiento permanente, lo cual considero sería un tanto incoherente.

El literal g) del artículo 10 del Título 4, considerara establecimiento permanente *“las obras o proyectos de construcción o instalación, o las actividades de supervisión vinculadas, cuya duración exceda tres meses”*. Las obras o proyectos de construcción o instalación son tomadas del Modelo OCDE mientras que las actividades de supervisión lo son del Modelo ONU, aunque también están presentes en los Comentarios al Modelo OCDE.

Respecto a los términos utilizados, el decreto no hace aclaración alguna acerca de que queda comprendido bajo los conceptos “obras”, “proyectos de construcción”, “instalación” y “actividades de supervisión vinculadas”.

En nuestra legislación el plazo adoptado de 3 meses es menor al establecido en los Modelo OCDE y ONU. Esto hace que muchos proyectos de construcción pasen de tributar IRNR a estar comprendidos en el IRAE, lo cual podría hacer pensar que detrás de esta posición hay un manifiesto afán por ampliar la cantidad de contribuyentes de IRAE. Sin embargo, y compartiendo la posición del Cr. Ermoglio, esto no necesariamente implica una mayor recaudación, porque para ello habría que comparar entre pagar el 25% sobre la utilidad real con pagar el 12% sobre el ingreso.

Bajo el concepto “actividad de construcción” quedarían contempladas, siempre que superen los doce meses, la construcción de calles, puentes, canales, instalación de cañerías, excavación, dragado e instalación de equipos nuevos e incluso el planeamiento la supervisión de los trabajos, cuando sean realizadas por el propio constructor.

En el caso del establecimiento permanente de construcción, el hecho de que exista una oficina o taller no hará que exista establecimiento permanente, pues prima el criterio de los doce meses.

En el hipotético caso que esa oficina o taller se utilice para varios proyectos de construcción y en ella se realizan actividades auxiliares podrán existir tantos establecimientos permanentes como proyectos de construcción se extiendan por más de doce meses. No obstante ello, si la oficina de la empresa constructora realiza actividades principales constituirá establecimiento permanente aún cuando ninguna de las obras que se manejan desde allí o están vinculadas a esa oficina supere los doce meses. La utilidad que se le atribuirá a esa oficina será los beneficios directamente atribuibles a las actividades que esta realiza y no los generados por la construcción. De esta manera la ley 18.083 da un tratamiento a los establecimientos permanentes muy similar al que anteriormente se le otorgaba a las sucursales de empresas del exterior.

A efectos del cómputo de los doce meses, la obra existe desde el comienzo del trabajo en el país. Las interrupciones temporales no detienen el cómputo del plazo e incluso el tiempo utilizado por los subcontratistas se consideran como tiempo utilizado por el contratista principal.

En cuanto a campamentos, canteras o instalaciones de construcción y montaje, se establece como requisito para ser considerados establecimiento permanente que su duración supere un determinado lapso de tiempo.

En el caso del campamento, cuando constituya un todo coherente en el plano comercial y geográfico debe considerarse como una unidad aunque se base en contratos celebrados entre varias empresas. Con el fin de no configurar el presupuesto de existencia de establecimiento permanente nace la tentación de fraccionar un único contrato en varias partes con duración inferior al año y atribuirselos a sociedades diferentes pertenecientes a un mismo grupo. Esta situación suele ser cuidadosamente analizada en los tratados entre los países.

En caso de la construcción que supera los 12 meses, el establecimiento permanente existe desde el inicio de los trabajos, incluyendo aquellos de carácter preparatorio y cesa en su existencia con la sola entrega y consecuente aceptación de la obra luego de haberse controlado y verificado la misma.

El cómputo de los 12 meses comprende también las interrupciones estacionales, por razones técnicas o por falta de personal.

En el caso de subcontrato, el tiempo dedicado al campamento por el subcontratante interesa para determinar la existencia de un establecimiento permanente para este último y para el subcontratista.

Si no existiese este requisito temporal, el campamento no constituye establecimiento permanente aun en el caso de que comprenda una instalación vinculada a la actividad de la construcción.

La naturaleza del proyecto (por ejemplo un camino o un canal) puede traer aparejados continuos traslados del campamento a medida que los trabajos van avanzando. En estos casos, todas las operaciones desarrolladas en un lugar particular forman parte de un único proyecto, y habrá un establecimiento permanente cuando su duración supere los doce meses.

Puede resultar problemático la individualización y determinación de la renta imponible correspondiente a la fase de montaje de una planta proyectada y construida en un país y “montada” en otro, previéndose normalmente la disposición de un precio global y comprensivo in tótem.

El Establecimiento Permanente de servicios

El concepto “establecimiento permanente de servicios” es incorporado en el literal h) del artículo 10 del Título 4. El texto del mismo es tomado del Modelo de Convenio ONU extendiendo la definición de establecimiento permanente al caso de prestación de servicios.³⁴

No hay en la ley ni en la reglamentación de ésta, una definición de los términos “prestación de servicios” y “consultoría”, con lo cual se entiende comprendida toda clase de servicios en relación al desarrollo del negocio y todo asesoramiento brindado por un profesional especializado en alguna materia que sea de utilidad para la toma de decisiones. “Sin embargo, a nivel de un CDI puede intentarse una definición negativa en función de aquellos ingresos derivados de actividades que se encuentran específicamente reguladas en otras disposiciones. Así, podrían quedar fuera las regalías por concepto de know-how (Art. 12), los servicios personales independientes (Art. 14) y servicios personales dependientes (Art. 15), los servicios vinculados a la construcción e instalación de maquinaria (Art. 5 inc. 3 lit a)) y los servicios de carácter auxiliar o preparatorio (Art. 5 inc. 4). Como veremos, los servicios personales independientes sí quedarían comprendidos en el EPS uruguayo, si el profesional se sirve de empleados u otro personal contratado.”³⁵

Respecto a este tema podemos encontrarnos frente a situaciones complejas como se expone a continuación.

34 El Modelo ONU, a diferencia de los restantes modelos, incluye una nueva forma de establecimiento permanente: la prestación de servicios. Otra particularidad del Modelo ONU, y que únicamente éste menciona, es el caso de las empresas de seguros. Al respecto considera que será considerada establecimiento permanente aquella empresa de seguros cuando el Estado contratante cobre pólizas o asegure riesgos a través de un agente dependiente (se excluye de este tratamiento a los reaseguros).

35 Fraschini, Juan Ignacio, *ob.cit.*, pág.61

Puede darse el caso de que un no residente contrate personal en la República, lo lleve al exterior a desarrollar actividades (por ejemplo un proyecto) por más de seis meses con la finalidad de que luego vuelva al país a volcar los resultados de tales actividades. Si nos atenemos a la definición del literal h), el no residente estaría configurando un establecimiento permanente de servicios en nuestro país. O sea que el hecho que sería determinante para que el no residente tribute IRAE y no IRNR es la participación por un plazo de seis meses de personal contratado en la República.

Otro caso posible es que el no residente que configura el establecimiento permanente de servicios, en virtud de estar más de 183 días en el país, pase a ser residente y por ende se convierta en contribuyente de IRPF.

El requisito de que el personal sea contratado “en” la República parece un tanto fácil de eludir ya que bastaría que el personal firme su contrato en el extranjero para que no se cumpla la condición que configure el establecimiento permanente.

En cuanto al término temporal exigido hay varias cosas que decir. Para empezar, no define la ley ni la reglamentación el término “mes” con lo cual lo más coherente sería entender que 6 meses equivalen a 183 días. Por otra parte, al decir la ley que *“tales actividades se realicen (en relación con el mismo proyecto u otro relacionado) durante un período o períodos que en total excedan de seis meses”* debe asumirse que la prestación del servicio no debe necesariamente ser permanente sino que en conjunto abarquen tal lapso de tiempo. Ahora bien, la interrogante que puede plantearse aquí es si tal período comienza a contarse desde el comienzo de las actividades o desde la firma del contrato que vincula a las partes. Coincidiendo con el Dr. Fraschini, considero que lo que debe primar es la ejecución de la prestación y no la mera existencia de la relación jurídica.

Antecedentes: Los tratados con Alemania y Hungría

Los convenios para evitar la doble imposición firmados por nuestro país con Alemania y Hungría contienen una definición de establecimiento permanente como la gran mayoría de este tipo de tratados en el mundo.

En general, cuando uno de los países es miembro de la OCDE, la definición de establecimiento permanente y los criterios adoptados al respecto son tomados del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición que dicha organización propone.

En el caso del tratado con Alemania, se definió al establecimiento permanente como *“un lugar fijo de negocios que sirva para el ejercicio de una actividad empresarial y que tenga como objetivo la generación de rentas”*. Básicamente, el concepto es el mismo que ofrecen el Modelo OCDE y ONU y la actual ley 18.083. La diferencia, más bien sutil diría, radica en que se utiliza la expresión *“actividad empresarial”* y *“que tenga como objetivo la generación de rentas”*. Como ha sido analizado en su momento, esta última frase encierra el carácter productivo que debe tener el establecimiento permanente, lo cual está implícito en el concepto dado por los modelos y nuestra ley.

A continuación, en el punto 2 del artículo 168 del Título 2, se listan ejemplos de establecimientos permanentes. Sobre esto solo cabe precisar la inclusión de *“las obras de construcción y montaje cuya duración exceda doce meses”*, plazo que coincide con el que establece el Modelo OCDE pero no con el que fija la ley 18.083.

Lo anterior, al ser un listado no taxativo, no deja de lado, en mi opinión, la posible configuración de establecimiento permanente en el caso de servicios personales relacionados a la actividad de construcción, siempre que estos constituyan parte de una actividad empresarial dirigida a obtener rentas y que se extienda por un plazo extenso. Recordemos que los comentarios al Modelo OCDE incluían actividades como la supervisión de las obras o el planeamiento de las mismas.

En el tercer párrafo del tratado se excluye la posibilidad de que configuren establecimiento permanente aquellas personas cuya actividad se limite a la compra de bienes para empresas del exterior. Esto coincide con lo expresado en el párrafo 6 del Modelo OCDE pero no así con lo que sostiene el Modelo ONU.

Por último, en el párrafo 6 se expresa:

“El hecho de que una sociedad domiciliada en un Estado Contratante controle o sea controlada por una sociedad domiciliada en el otro Estado Contratante, o que realice actividades en este otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.”

El fundamento de esta posición está dado principalmente por la posibilidad de distinguir las actividades de la filial y la controlante. Si la actividad de la empresa local se hiciera conjuntamente a la actividad de la empresa del exterior o en nombre de esta, si se configuraría establecimiento permanente.

En el caso del tratado firmado entre Uruguay y Hungría se entiende como establecimiento permanente aquel *“lugar fijo de negocios, en el que los negocios de una empresa, son total o parcialmente llevados a cabo.”* Y agrega: *“Un lugar de negocios, también significa un lugar de producción.”*

Como puede observarse, la definición llega a lo mismo que en los casos ya vistos con la salvedad de que aclara que más comprende el concepto *“lugar de negocios”*.

Los conceptos vertidos sobre el alcance de la definición de establecimiento permanente y situaciones relativas a éste, son casi idénticos a lo expresado en el Modelo OCDE.

La diferencia la encontramos en el punto f) del párrafo 4 que dice:

“Se considerará que el término “establecimiento permanente” no incluye:

f) Un edificio o construcción o instalación o montaje, llevados a cabo por una empresa de un Estado Contratante vinculado a la entrega de materiales, maquinaria o equipos, de ese Estado al otro Estado Contratante”

Este punto no es contemplado en el párrafo 4 del Modelo OCDE ni en el artículo 10 de nuestro Título 4. Sin embargo, si se han tratado en los comentarios al artículo 5 del Modelo OCDE.

Actualidad: El Establecimiento Permanente bajo el nuevo Régimen Tributario

En el estudio realizado hasta el momento han sido varias las referencias realizadas respecto al contenido de la ley 18.083 y su reglamentación. En las líneas que siguen, simplemente deseo analizar capítulos relativos al tema en los que no he profundizado aún.

1. El Establecimiento Permanente sujeto pasivo de IRAE

La primer referencia al concepto *“establecimiento permanente”* se halla en el artículo 9 del Título 4. En éste se establece como sujeto pasivo del IRAE a *“los establecimientos permanentes de entidades no residentes en la República”*.

La definición dada por la ley es acotada por el posterior Decreto 208/007 (que hace un agregado al decreto reglamentario 150/007). El texto del mismo dice:

“Son sujetos pasivos: 1) Las entidades mencionadas en el literal A) del artículo 3° del Título que se reglamenta. A tales efectos no configurarán establecimiento permanente las entidades no residentes que obtengan exclusivamente rentas puras de capital, aún cuando la totalidad de su activo esté radicado en la República, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4° del mismo Título.”

En mi opinión el decreto, tal como esta redactado, es ilegal. A pesar de eso, la aclaración que realiza vuelve indiferente el cumplimiento de la cláusula general en los casos que la empresa del exterior obtenga rentas puras de capital en el país.

Hasta el momento en que surgió esta norma teníamos que: si una entidad del exterior arrendaba bienes tangibles y/o intangibles a una empresa local a través de un lugar fijo de negocios, existía un establecimiento permanente y las rentas generadas por el mismo quedaban gravadas por el IRAE. En el caso que las actividades no se realizaban a través de un lugar fijo de negocios, no existía establecimiento permanente y por ende las rentas tributaban IRNR.

Ahora, con la nueva redacción, en tanto el contrato se limite al mero arrendamiento, los bienes objeto de éste no se consideran lugar fijo de negocios y por lo tanto no habrá establecimiento permanente, quedando las rentas generadas fuera del alcance del IRAE. A modo de ejemplo, si una empresa del exterior (por ejemplo una sociedad panameña) posee un inmueble en Uruguay y lo alquila directamente, sin tener otra actividad ni bienes en el país, dicho inmueble no constituye un lugar fijo de negocios y estará gravada por el IRNR al 12%.³⁶

Distinto es el tratamiento en el caso que el arrendador provee el personal, dispone la forma en que el equipo debe operar, realiza la operación y además asume los riesgos por la misma. La actividad pasa de ser un mero arrendamiento a constituir una actividad empresarial (porque hay algo más que una mera retribución por el capital), por lo que existirá un establecimiento permanente.

Observando con detenimiento el tema caemos en la cuenta que también pueden plantearse situaciones como las que describimos a continuación.

Puede suceder que un no residente comience a desarrollar su actividad sin un establecimiento permanente y la empresa prestataria deberá retenerle IRNR sobre el monto acordado. Sin embargo, el no residente se sirve luego de un lugar para actuar en forma regular y configura así establecimiento permanente. En esta situación el establecimiento permanente se considera existente desde el comienzo de las actividades lo cual conlleva dificultades e inseguridad para ambas partes. El prestador deberá realizar nuevos trámites administrativos, llevar contabilidad suficiente y reliquidar el impuesto mientras que el prestatario, que deja de ser agente de retención del IRNR, deseará tener la seguridad de que la Administración esta al tanto de que la contraparte ha cambiado su situación fiscal y consecuentemente han desaparecido sus obligaciones como agente de retención.

Por último, otra situación que puede darse es que un no residente que posee establecimiento permanente en el país pase a ser residente pasando así de tributar IRAE a ser sujeto pasivo de IRPF (siempre que no ejerza la opción o quede incluido en forma preceptiva en el IRAE).

Como puede observarse, la realidad plantea situaciones de la más diversa índole influyendo en forma decisiva, en muchos casos, sobre la situación fiscal del involucrado.

2. La atribución de rentas

Previo a adentrarnos en el análisis del tema en nuestro régimen tributario considero pertinente hacer referencia a lo que el Modelo OCDE expresa al respecto.

El análisis de la atribución de rentas al establecimiento permanente es tratado en el artículo 7 del Modelo.

En su primer párrafo dice:

³⁶ En su artículo “La Prestación de Servicios y el Establecimiento Permanente” el Dr. Fraschini comenta: “Si, cualquiera sea el factor utilizado, las rentas de los EP son empresariales a juicio del legislador, esto incluye a las rentas puras de capital y el Poder Ejecutivo no tiene potestad alguna para dejarlas fuera. Sin perjuicio de ello, la solución es compartible, aunque debió extenderse también a las rentas puras del trabajo, por ser intrínseco al concepto mismo de EP la obtención de rentas empresariales”.

“Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.”

El Modelo OCDE se aparta del principio de fuero de atracción que muchos países aplican. Se enfoca más bien en el análisis de cuales rentas corresponden a la empresa del exterior y cuales al establecimiento permanente.

A nivel de la Internacional Fiscal Association (IFA) el tema ha dado lugar a dos visiones. La primera, denominada “Relevant business activity approach” o también “single enterprise” considera al grupo de empresas como una sola entidad y cuyos beneficios derivan de la actividad empresarial en su conjunto de la cual el establecimiento permanente es una parte. La segunda, llamada “Functional separate entity approach” o “separate enterprise” da la potestad al país en el cual se encuentra el establecimiento permanente a gravar las rentas atribuibles a éste. Esto significa reconocer rentas al establecimiento permanente que para el grupo de empresa considerado en su conjunto aún no han sido realizadas.

Según expresa el párrafo 2, *“cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.”* Esto significa considerar a empresas jurídicamente unidas como separadas a efectos fiscales. Se hace presente entonces el principio de “arm’s length” que sirve como base para el cálculo de la renta atribuible al establecimiento permanente. Cabe decir que en estos casos (cálculo de beneficios y gastos) la metodología de precios de transferencia es sumamente útil.

El párrafo 4, por su parte, plantea un criterio alternativo para el cálculo de las rentas que en mi opinión esta vinculado a la visión denominada “single enterprise”.

En lo que respecta a los gastos, se consideran deducibles únicamente aquellos que ha sido necesario realizar para desarrollar el negocio. Cuando se trate de gastos no atribuibles directamente al establecimiento permanente (como por ejemplo gastos administrativos), debe determinarse cuál es la cuota parte que le corresponde al mismo.

Por último, según el párrafo 5 *“No se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.”* Es decir que las rentas obtenidas por estas operaciones con la casa matriz no se computan y los gastos que se generen por ello no serán deducibles.

El artículo 11 del Título 4 establece las rentas imputables al establecimiento permanente. Su redacción dice así: *“Los establecimientos permanentes de entidades no residentes computarán en la liquidación de este impuesto, la totalidad de las rentas obtenidas en el país por la entidad del exterior.”*

En primer término debemos decir que según esta redacción tanto da que las rentas del no residente hayan sido obtenidas a través del establecimiento permanente o no, lo cual se aparta del criterio tomado por el Modelo OCDE (y diría yo, de la esencia de la definición de establecimiento permanente).

En segundo lugar, el texto de la ley consagra la posición que ha mantenido históricamente la Administración (manifestada a través de las consultas 2.084 y 2.391), según la cual las rentas de una empresa del exterior que actúa en el país a través de sucursal son imputables a esa sucursal.³⁷ Es decir que se les otorga a éstas un verdadero foro de atracción.

Contrario también a lo que el sostiene el Modelo OCDE en el párrafo 1 de su artículo 7, es la asimilación que nuestra ley realiza del establecimiento permanente a las sucursales a efectos fiscales. Esto supone la aplicación del principio de la fuerza de atracción, lo cual sin embargo, puede tener justificación en la medida

37 Cfr. Ermoglio, Enrique, *ob. cit.*, pág. 83.

que se haya querido de esta manera reafirmar el criterio de la fuente e igualar en derechos y condiciones a la empresa del exterior con la empresa nacional.

Más clara aún se revela la posición que asimila el establecimiento permanente a las sucursales cuando descubrimos que el artículo 63, titulado “*Determinación de rentas de establecimientos permanentes*”, es prácticamente idéntico al artículo 35 del Decreto 840/988, titulado “*La determinación de rentas de sucursales y agencias*”.

El decreto actual expresa:

“La renta neta de fuente uruguaya de los establecimientos permanentes de entidades no residentes en la República, será determinada tomando como base la contabilidad separada de los mismos y efectuando las rectificaciones necesarias para fijar los beneficios reales de estos establecimientos. Cuando la contabilidad no refleje exactamente el beneficio neto de fuente uruguaya, la Dirección General Impositiva estimará de oficio la renta neta a los efectos del impuesto, teniendo en cuenta el volumen de negocios y los índices que se consideren adecuados para su determinación.”

La Dirección General Impositiva podrá requerir los antecedentes o estados analíticos debidamente autenticados que se consideren necesarios para aclarar las relaciones comerciales entre la entidad local y la casa matriz del exterior y para determinar precio de compra y de venta recíprocos, valores del activo y demás datos que pudieran ser necesarios.

Los establecimientos permanentes de entidades no residentes computarán en la liquidación de este impuesto, la totalidad de las rentas obtenidas en el país por la entidad del exterior.”

El principio de empresas separadas adoptado por la OCDE está implícito en la frase del primer párrafo al decir que la renta neta de fuente uruguaya de los establecimientos permanentes de entidades no residentes en la República, será determinada tomando como base la contabilidad separada de los mismos.

En conclusión, como dice el Cr Ermoglio, el texto de la ley toma la definición de establecimiento permanente de la OCDE pero adopta un criterio de atribución de rentas diferente, apartándose respecto de lo expresado en la última frase del artículo 7 del Modelo OCDE según el cual el Estado de la fuente tiene potestad tributaria en aquellos casos en que las ganancias de la empresa sean atribuibles al establecimiento permanente.

Conclusiones finales

La realidad actual nos plantea un mundo en el cual el proceso de globalización es un hecho y las operaciones económicas entre individuos y empresas traspasan las fronteras de los estados. Como consecuencia, en este panorama, los países intentan fijar el ámbito de aplicación de su correspondiente potestad tributaria y esto hace que deban adoptar medidas para evitar la doble imposición a una misma renta. Uno de los instrumentos al que han recurrido ha sido la firma de convenios que permiten armonizar y coordinar la soberanía fiscal de los estados, más conocidos como convenios de doble imposición o CDI. Como tal solución resulta un tanto compleja, se han desarrollado modelos de convenio para evitar la doble imposición. Ejemplo de ello son el Modelo OCDE, el Modelo ONU y el Modelo USA.

En el presente trabajo, la intención fue presentar uno de los mecanismos más utilizados a nivel de tributación internacional para solucionar, al menos parcialmente, el problema de la distribución de la potestad tributaria entre los estados: el establecimiento permanente.

Con la ley 18.083 y su reglamentación, se incorpora el concepto de establecimiento permanente a nuestro régimen tributario. En mi opinión, esto puede verse como una suerte de aggiornamiento del Uruguay a las prácticas utilizadas a nivel de fiscalidad internacional.

Junto a las normas sobre precios de transferencia y establecimiento permanente, la incorporación del principio de residencia fiscal moderniza considerablemente el sistema tributario uruguayo.³⁸ La tributación basada en el tipo de renta ha dado paso al criterio de residencia y, de esta manera, en el nuevo régimen tribu-

38 Fraschini, Juan Ignacio, “*La incorporación del principio de residencia fiscal al sistema tributario uruguayo*”, Revista Tributaria N°193, Julio – Agosto 2006, pág. 476.

tario, la existencia o no de un establecimiento permanente en nuestro país determina la forma en que tributará el no residente. El criterio de la fuente se mantiene así como criterio rector de la atribución de la potestad tributaria en nuestras normas fiscales³⁹, quedando nuestro país dentro del reducido grupo de aquellos que no aplican el principio de la renta mundial.⁴⁰

Bibliografía Consultada

- Texto Ordenado 1996 anterior a la vigencia de la Ley 18.083
- Texto Ordenado 1996 posterior a la vigencia de la Ley 18.083
- Convenio entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Hungría para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio.
- Convenio entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República Federal de Alemania para evitar la doble imposición.
- OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version, 15 July 2005. Commentary on article 5 concerning the definition of Permanent Establishment.
- **Bennet, Mary and Russo, Raffaele**, article "OECD Project on Attribution of Profits to Permanent Establishments: An Update", *International Transfer Pricing Journal*, September – October 2007.
- **Carluccio, María Jesús, Durán, Dahiana y Fontes, Mariana**, "El Establecimiento Permanente en la Reforma Tributaria", Trabajo Monográfico, UDELAR, Diciembre 2007.
- **D'Angelo, Pablo**, "La doble imposición internacional de las rentas y los criterios de atribución de la potestad tributaria", *Revista Tributaria* N° 176, Setiembre – Octubre 2003.
- **Eibe, David**, "Situación fiscal de la subcapitalización", *Revista Tributaria* N° 144, Mayo – Junio 1998.
- **Ermoglio, Enrique**, "El Establecimiento Permanente en el proyecto de la Reforma Tributaria", *Revista Tributaria* N° 196, Enero – Febrero 2007.
- **Fraschini, Juan Ignacio**, "La Prestación de Servicios y el Establecimiento Permanente", *Revista de Derecho*, Año VI, Nro. 12, Universidad de Montevideo
- **Fraschini, Juan Ignacio**, "La incorporación del principio de residencia fiscal al sistema tributario uruguayo", *Revista Tributaria* N°193, Julio – Agosto 2006
- **Juan, Nicolás y Albacete, Juan**, "Fuente y domicilio: nueva configuración de sus principios", *Revista Tributaria* N° 187, Julio – Agosto 2005.
- **K. Vogel**, "On Double Taxation Conventions", II Ed., Deventer, 1990.

39 El Dr. Frascini en su estudio "La Prestación de Servicios y el Establecimiento Permanente", observa que se presentan algunas excepciones al principio de la territorialidad. Resalta por ejemplo, el caso del inc.3 del artículo 7 del título 4, en el cual se hace una ficción al considerar de fuente uruguaya "las obtenidas por servicios prestados desde el exterior a contribuyentes de este impuesto" (IRAE), disposición que se reitera en el inc. 2 del art. 3 del nuevo Título 8 TO 1996 (IRNR). Por su parte, el art. 21 del Decreto 149/007 estima la renta de fuente uruguaya en un 5% del total del ingreso, siempre que los ingresos comprendidos en el IRAE que obtenga el usuario de los servicios no superen el 10% de sus ingresos totales. En consecuencia, en virtud del nuevo sistema, las remuneraciones pagadas a quienes, desde el exterior, presten servicios a contribuyentes del Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas, estarán sujetas a retención por parte de la entidad pagadora en concepto de Impuesto a la Renta de los No Residentes. Estos casos representan un apartamiento claro al principio de la territorialidad.

40 En la actualidad no aplican el criterio de la renta mundial Paraguay, Bolivia, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, República Dominicana y pocos más.

-
- **Loaiza Keel, Carlos**, “Fiscalidad internacional de la inversión española en el Uruguay”, Madrid, 2007.
 - **Loaiza Keel, Carlos**, “La tributación de los no residentes luego de la Reforma tributaria: principio de la fuente, residencia fiscal y establecimiento permanente”, Boletín Tributario Estudio Olivera & Delpiazzo – Estudio Licandro Díaz, Montevideo, 5 de octubre de 2007.
 - **Loaiza Keel, Carlos**, “la apertura internacional del Uruguay”, La Gaceta de los Negocios, Legal y Fiscal, Global Law, Madrid, 2 de julio de 2007.
 - **Morillo Mendez, Antonio**, artículo publicado en La Tribuna de los Autores – La Tribuna Fiscal.
 - **Lovisolo, Antonio**, “El Establecimiento Permanente” en Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Tomo I, Editorial TEMIS, 2003.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

ROTONDO TORNARÍA, Felipe

Instrumentos jurídicos del sistema educativo uruguayo Con inclusión de la nueva ley No.18.437

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA EDUCATIVO URUGUAYO CON INCLUSIÓN DE LA NUEVA LEY N° 18.437

FELIPE ROTONDO

Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo

Principales aspectos contenidos en la Constitución de la República, Normas internacionales, Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley General de Educación, No. 18.437 de 12-XII-2008, Estatuto del Funcionario Docente de la ANEP. Normativa sobre habilitación o autorización de instituciones privadas.

I) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

1. Las personas, el Derecho y el Estado

El ordenamiento jurídico uruguayo tiene a la persona humana como el centro de todas las instituciones sociales, entre ellas las políticas. La persona humana posee derechos que son *fundamentales* porque provienen de la dignidad que le es inherente y a cuyo respecto el Estado efectúa un reconocimiento y establece procedimientos de garantía.

Ello surge claro de lo previsto por la Constitución en su art.7, el cual consagra el “derecho a la protección en el goce” de derechos de fondo, preexistentes, que ella no otorga.

El citado art.7 abre la Sección II de la Constitución, relativa a “Derechos, deberes y garantías”, la cual se cierra con el art.72, que establece que “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”.

De esta manera los principios generales atinentes a la personalidad humana y a esa forma de gobierno son de aplicación inmediata y deben guiar a una interpretación expansiva del respeto de la dignidad del ser humano y de las libertades¹.

2 Libertad cultural

El art.8° de la Constitución establece que no se admiten entre las personas otras diferencias que las provenientes de los talentos y las virtudes, o sea de la inteligencia y de la voluntad.

Por lo mismo, se exige “la libertad de la cultura; en cuanto cultura, relacionada directamente con la inteligencia; en cuanto libertad, relacionada directamente con la voluntad”²; se trata del “derecho que tiene todo hombre de alcanzar la verdad”; “que algo sea verdadero no justifica que se imponga, sino que deben darse las posibilidades para que la persona pueda, libremente, acordar o no con lo que se le propone como verdadero (...)”³.

1 A ello coadyuva el art.332 que establece que los preceptos constitucionales “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”-

2 Héctor Barbé Pérez. Los servicios de enseñanza y la ley orgánica de la Universidad. Mdeo.1959,p.9

3 Héctor Barbé Pérez. La prestación de la enseñanza por los particulares de acuerdo a los preceptos constitucionales. Apartado de La Justicia Uruguaya. Mdeo. 1974, p.7.

3. Titularidad de la libertad cultural. Roles de familia, sociedad, Estado

El Capítulo II de la Sección II de la Constitución regula los “derechos sociales”.

Considera a la familia como “la base de nuestra sociedad”, art. 40; agrega que “El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”.

Por su parte el art. 41 establece que “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 (...)”, lo que reitera el art. 6° de la ley No. 18.437.

El art.12.4 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por ley No.15.737 de 8-III-1985, especifica que “los padres, y su caso, los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 16.137 de 28-IX-1990, prevé: art.14.1, que “los Estados parte respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, art. 14.2, que ellos “respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”; art. 28.1 que se reconoce “el derecho del niño a la educación”⁴.

Por su parte, la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, aprobada por ley 18.270 de 19-IV-2008, art. 22, establece que “Los jóvenes tienen derecho a la educación” y los Estados Parte “reconocen su obligación de garantizar una educación integral, continua, pertinente y de calidad”. Ese derecho incluye “la libertad de elegir el centro educativo y la participación activa en la vida del mismo”.

Por todo ello la elección de los maestros o instituciones es un derecho de los padres y, si se trata de un mayor de edad corresponde a la propia persona, según los principios del art.72 ya que ella es el primer agente y protagonista de la educación.

El Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 17.823 de 7-IX-2004), art. 7, establece que “la efectividad y protección de los derechos de los niños y adolescentes es prioritariamente de los padres o tutores –en su caso– sin perjuicio de la familia, la comunidad y el Estado”; que éste “debe actuar en las tareas de orientación y fijación de políticas generales (...), coordinando las actividades públicas y privadas” y “en casos de insuficiencia, defecto o imposibilidad de los padres y demás obligados, deberá actuar preceptivamente (...)”.

Su art. 19 prevé como principio básico el del “fortalecimiento de la integración y permanencia de los niños y adolescentes en los ámbitos primarios de socialización: la familia y las instituciones educativas”.

A su vez, los padres o responsables tienen la “obligación de inscribir al niño o adolescente en un centro de enseñanza o programas educativos o de capacitación y observar su asistencia o aprendizaje” (art. 119 “C”).

El rol del Estado existe y se reconoce, teniendo que poner “el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo” (art. 14)⁵.

Emerge en la materia el principio de subsidiariedad, que no significa que el Estado no intervenga, sino que lo haga subsidiariamente, en tareas que son de fomento, colaboración y, en su caso, suplencia, siendo el papel primerísimo el de cada persona y la familia⁶.

4 De acuerdo con el art.1, “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

5 De acuerdo con el art. 119 antes citado, el Juez puede “imponer, en protección de los derechos de los niños o adolescentes”, el cumplimiento de la obligación de inscripción aludida.

6 Juan P. Cajarville Peluffo. Quehacer del Estado y actividad privada Estado-Administración. Su reforma en el presente FCU Mdeo. 2005 entiende que en materia social, “los papeles que la Constitución impone al Estado son total y absolutamente coherentes con el principio de subsidiariedad”, p. 17 y sigs.

4. Libertad de enseñanza: principio. Relación con otras libertades

El art. 68 de la Constitución establece:

“Queda garantida la libertad de enseñanza.

La ley reglamentará la intervención del Estado al solo objeto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos.

Todo padre o tutor tiene derecho a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee”.

Se reconoce⁷, pues, el derecho a enseñar y –a la vez – a aprender, en libertad, lo que supone variedad de caminos y orientaciones, un pluralismo educativo, como expresión concreta de la libertad de comunicación del pensamiento.

De acuerdo con lo expuesto, ley *no* puede establecer monopolio a favor del Estado o de particulares en la actividad de enseñanza.⁸; existe, por otro lado, un vínculo con la libertad de comunicación del pensamiento (art. 29).

Los institutos privados se forman en virtud del ejercicio de la libertad de enseñanza pero, también, implican el ejercicio de la libertad de trabajo y comercio (art.36), en tanto exista actividad de intermediación entre profesores y estudiantes, y de la libertad de asociación (art.39).

5. Régimen de la enseñanza

La Constitución establece determinadas (de)limitaciones a la libertad de enseñanza, como surge del citado art. 68.

También asigna un *papel al Estado* en la materia, el cual es, en primer lugar, de apoyo a las personas y familias, a fin de que puedan cumplir con sus propios derechos-deberes.

Se considerarán los siguientes aspectos:

5.1 Formación del carácter moral y cívico

“En todas las instituciones docentes”, sean públicas o privadas, “se atenderá especialmente la formación del carácter moral y cívico de los alumnos” (art.71 inc.2). Se trata de un contenido ideológico “claramente delimitado”, que resulta “del contexto cultural en que constitucionalmente se desarrolla: el contenido en las Secciones I, II y III de la Constitución”⁹, “en suma, “los valores y principios propios de una concepción humanista que afirma la persona humana como ente en sí, libre, dotado de un espíritu racional, (...)”¹⁰.

Justino Jiménez de Aréchaga expresa que *“(...) el Estado democrático, en cuanto docente, en cuanto organizador de enseñanza, debe defender y explicar los dogmas en los cuales se funda”, que son base de su concepción cultural*¹¹.

7 En la Constituyente de 1934 se dijo que “la primera parte de este artículo tiene por objeto evitar que se creyera que la libertad no existía en el país”. Por lo mismo, se la garantiza.

En cuanto a los aspectos objeto de control, por ejemplo el decreto de 13-III-1848 refería al “fin único de que no se enseñe (en las escuelas privadas) nada que sea contrario a la moral y a los principios constitucionales de la República”.

8 Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo T.I, p.78 expresa que “el cumplimiento de estos servicios constituye en los tiempos actuales un cometido natural del Estado; pero la intervención estatal no excluye la actuación de los particulares, quienes pueden también moverse en ese campo ejerciendo un derecho propio, dentro de los límites que fijen las leyes”

9 Esas Secciones se denominan, respectivamente “De la Nación y su soberanía”, “Derechos, deberes y garantías” y “De la Ciudadanía y del sufragio”.

10 Mariano R. Brito y Héctor Frugone Schiavone. Régimen jurídico de la Educación y de la Enseñanza en el Uruguay. Mdeo. 1973, p.17.

11 Justino Jiménez de Aréchaga. La Constitución Nacional T.II, Mdeo s/f, p.99-100.

5.2 Valores públicos del art. 68

El Estado puede intervenir, por ley (garantía formal) a fin de mantener los valores a que alude el art.68 ya citado: *mantener la higiene, moralidad, seguridad y orden públicos en el ámbito de la educación privada*¹².

No se trata, pues, de imponer planes y programas, métodos, requisitos para los docentes, etc. ni de prohibir o censurar la enseñanza de determinadas creencias filosóficas o religiosas u orientaciones del saber¹³.

Por otra parte, los institutos privados de enseñanza pueden expedir diplomas y títulos, cuyo valor surgirá no de cuestiones formales sino de los contenidos y del nivel de estudios impartidos.

La ley No. 18.437, art. 11, luego de reiterar el precepto constitucional citado y con referencia al Estado, agrega que –asimismo – *“promoverá la calidad y pertinencia de las propuestas educativas”*.

Al tratarse de una actividad de *promoción*, no implicará una intervención imperativa, la cual lesionaría la libertad del art. 68, al comprenderse valores no incluidos en esa disposición.

5.3 Ejercicio de profesiones

La ley puede exigir título habilitante para el ejercicio de profesiones y también fijar, *“por razones de interés general, condiciones para la admisibilidad” de los mismos*, *“los que podrán ser emitidos por instituciones públicas o privadas”*^{14/15}.

También la ley puede exigir condiciones para que los certificados que un instituto privado expida permitan cursar estudios de un nivel superior. No se trata de exigir a ese instituto el mismo plan oficial, la copia de programas, sino realizar un reconocimiento controlado de la capacidad adquirida, a través de la verificación previa y concomitante de los cursos, planes seguidos, idoneidad del personal, confiriéndose –así – *“validez oficial” a los estudios allí cumplidos*¹⁶.

En materia de enseñanza, en ningún caso, la normativa puede exigir el otorgamiento de un acto administrativo de *concesión*, porque éste supone que el particular no tiene un derecho propio y, en esta materia, ese derecho existe.

5.4 Obligatoriedad

La Constitución, art.70, la prevé con relación a *la enseñanza primaria y la media, industrial o agraria*¹⁷.

12 Daniel H. Martins, Principios constitucionales sobre la enseñanza, en La enseñanza pública y privada en el Uruguay. AMF Mdeo. 1973, p. 50 subraya que sólo se trata de “mantener esos valores”, o sea “afirmar lo existente”, logrando la efectiva vigencia de valores que son “relativos y dependerán de la circunstancia histórica en que se aprecien (...)”. También remarca el carácter público de aquéllos.

13 En la Constituyente de 1934 como en la discusión del proyecto que se plebiscitó en 1980 se pretendió agregar el control estatal de la “eficiencia técnica”, pero en ella misma también se advirtió que ese control privaría a esta libertad de lo que es su esencia.

14 Daniel H Martins, op.cit., p.40. Carlos E. Delpiazzo. La habilitación de profesionales universitarios en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República N°14-2ª.serie, Mdeo. 1990, p.78

15 El Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, en informe del 20-V-1990, expresó que “la consagración de esa exigencia, así como los requisitos que deben cumplirse para obtener los mentados títulos y la atribución de otorgarlos –o de controlarlo s- a una u otra entidad o persona, es cuestión ajena –aunque vinculada a la enseñanza en sí misma”. Rev. Derecho Público N°8 Mdeo. 1995, p.129.

16 Términos del art. 1 de la Ordenanza No.14 del CODICEN de la ANEP sobre institutos privados habilitados, prácticamente idénticos a los del decreto de 13-III-1848 que daba al Instituto de Instrucción Pública el cometido de fijar las condiciones “a que deben sujetarse los establecimientos privados para que valga, como en la escuela pública, la instrucción recibida en ella”. Felipe Rotondo. Libertad de enseñanza, coordinación y habilitación, Cuadernos de la Facultad de Derecho de la UDELAR, 2ª. Serie No.7 Mdeo. 1988, pág.107.

17 La ley 17.015 de 20-X-1998 estableció la obligatoriedad de la educación inicial para los niños de 5 años. La ley 18.154 de 9-VII-2007 dispuso que “son obligatorias la educación inicial para los niños de 4 y 5 años de edad, la educación primaria y los tres primeros años de educación media”. La ley 18.437, art. 7º dispone que es obligatoria la educación inicial para los niños y niñas de 4 y 5 años de edad, la educación primaria y la educación media básica y superior; deroga expresamente la No. 18.154. Corresponde tener en cuenta, también, a ley 18.213 de 5-XII-2007, que declara obligatoria la enseñanza de la educación física en las escuelas de enseñanza primaria de todo el país, lo que rige a partir de 2009.

La obligación constitucional puede verificarse en cualquier institución, pero no existe libertad de no aprender hasta ese nivel; la adquisición de este deberá acreditarse si se pretende proseguir estudios del nivel siguiente, en instituciones oficiales o habilitadas.

La ley 18.437 de 12-XII-2007, art. 7º prevé que “Los padres, madres, o responsables legales de niños, niñas y adolescentes, tienen la obligación de inscribirlos en un centro de enseñanza (...)”.

Ante ello, ¿sería jurídicamente correcto que el nivel obligatorio, por ejemplo, inicial y primario, se cumpliera en el hogar del menor, mediante docentes de la mejor calidad., si bien ello podría no servir para la inserción social de aquel? No lo parece a la luz de la norma constitucional.

El precepto legal tiene, entonces, el concepto de que la “obligatoriedad implica el de educación común, es decir, una educación que (...) esté regulada por criterios académicos que garanticen una homogeneidad de calidad, aunque las metodologías de enseñanza sean diferentes” (términos de la parte expositiva de la Resolución 2 Acta 38/1999 del CODICEN).

5.5 Exoneración impositiva

Las instituciones de enseñanza privada están “exoneradas” de impuestos nacionales y municipales, como subvención por sus servicios (art.69), reconociéndose la trascendencia de su actividad^{18/19}.

La actitud de colaboración del Estado se impone, pues, por mandato constitucional²⁰.

Los organismos estatales de enseñanza gozan de esa inmunidad impositiva, lo cual se infiere de los textos constitucionales y ha sido declarado por la ley²¹.

6. Enseñanza a cargo del Estado

El Estado desarrolla cometidos docentes.

El art. 202 de la Constitución, en su primer inciso, alude a “la Enseñanza pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística”, niveles que se rigen por una o más entidades autónomas.

Se trata de actividades cuya prestación está impuesta al Estado, por mandato constitucional, y desde ese punto de vista, le son sustantivas²².

En la clasificación tradicional de Sayagués Laso sobre cometidos estatales configura un cometido social, dirigido a beneficiar a la comunidad, en especial a quienes no pueden –por sí – atender su obligación de adquirir cierto nivel de estudios.

18 Desde 1967 no se exige para dicha exoneración el suministro de clases gratuitas a un número de alumnos en la forma que debía determinar la ley; a esa solución se arribó como “transacción” con el planteo que propiciaba disponer que “la ley establecerá el sistema de repartición proporcional de subsidio escolar en el ciclo de la enseñanza primaria para escuelas privadas”. H. Barbé Pérez, en Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya Mdeo.1967, p.79-80, comenta que en esa reforma se oscureció la tendencia a lograr la gratuidad de la enseñanza, específicamente en el sector privado. Ello se explica en tanto el art.71 de la Carta declara la utilidad social de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física. Se estima que de allí no surge un imperativo carácter gratuito, por lo que la ley 16.226 de 29-X-1991, art.407 facultó a la Universidad de la República “a cobrar una matrícula a sus estudiantes que se hallen en condiciones económicas de abonarla”.

19 La ley 12.276 de 10-II-1956, art. 38 declaró que las exoneraciones impositivas establecidas por el art. 69 de la Constitución comprenden a todos los tributos, gravámenes o contribuciones que se impongan por el Estado o los Municipios, con excepción de las tasas por servicios solicitados voluntariamente por el contribuyente y las contribuciones de mejoras por pavimento. Sobre exoneración interesa la ley 16.226, art. 448 (exonera a las instituciones privadas que tienen como fin único o predominante la enseñanza o la práctica o la difusión de la cultura y se inscriben en el MEC o en ANEP) y el decreto 166/008 de 14-III-2008 (requiere que se trate de organización colectiva con multiplicidad de medios materiales y humanos necesarios, estructura organizativa y bases metódicas o sistemáticas de educación; se entiende que la “organización colectiva” no impide que titularidad de la institución recaiga en una persona física).

20 El Proyecto de Constitución para la Provincia Oriental, datado presuntamente de 1813, Cap.V, art.5 preveía que “será una Ley precisa para el Poder Legislativo y demás Magistrados (...) fomentar y levantar todos los seminarios para las Ciencias, Artes, aulas de Gramática, Filosofía, Matemáticas y Lenguas; fomentar las sociedades públicas y privadas e instrucciones para la promoción de la agricultura, comercio, oficios”.

21 Ley 16.226 de 29-X-1991, art.463; para la ANEP, ley 16.736 de 5-I-1996, art.578, que refiere a todo tributo, con excepción de aportes patronales con cargo al Rubro 1 “Cargas legales sobre Servicios Personales”.

22 Criterio y terminología del art. 17 del decreto 186/996 de 16-V-1996, reglamentario de la ley 16.736 de 5-I-1996.

6.1 Autonomía

Los niveles referidos están necesariamente a cargo de una o más entidades con *descentralización autonómica*, forma jurídica que viene a constituir un “paralelo” de la libertad de enseñanza para cuando el cometido lo cumple una institución oficial²³.

Otras actividades docentes no exigen esa autonomía: su organización dependerá de la ley (inciso 2° del art. 202 de la Constitución). Es el caso de la enseñanza militar y policial del orden, a cargo de institutos dependientes del Poder Ejecutivo a través de los Ministerios de Defensa Nacional e Interior respectivamente²⁴.

6.2 Entes Autónomos de enseñanza

Actualmente existen dos, la Universidad de la República (UR) y la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP)²⁵.

La primera está especialmente nominada en la Constitución (art. 203: “El Consejo Directivo de la UR será designado por la órganos que la integran, y los Consejos de sus órganos serán electos por docentes, estudiantes y egresados” conforme a la respectiva ley, que sigue siendo la No.12.549 de 29-X-1958).

7. Régimen de los Entes Autónomos de enseñanza

7.1 Dictado de normas

En tanto autónomos, dictan su propio ordenamiento jurídico y las reglas técnicas en el ámbito de su especialidad, sin estar sujetos a jerarquía de ninguna otra autoridad.

Las reglamentaciones más importantes que dictan son llamadas Ordenanzas por las respectivas leyes orgánicas.

La autonomía tiene dos motivos, uno “político”, el de “restringir la actividad del Ejecutivo central” y otro, “técnico”, el de “organizar administraciones especiales para fines especiales”²⁶.

7.2 Coordinación

La autonomía va acompañada de la coordinación. El art. 202 inciso final de la Constitución establece que “la ley dispondrá la coordinación de la enseñanza”, la cual va más allá de una coordinación orgánica.

La ley “deberá tener como contenido la definición de los fines de la enseñanza y proveer los medios para que la acción de los distintos entes (...) resulte armónica ya sea definiendo sus cometidos, (...), facultando los contactos y estableciendo los servicios comunes que sean necesarios”²⁷.

Se volverá sobre el tema, al tratar la Ley de Educación vigente, la cual (ley No. 18.437, art. 47) alude al principio de coordinación del “sistema nacional de educación pública”.

23 La ley 18.437, art. 46 refiere al principio de autonomía del “sistema nacional de educación pública”.

24 La ley 18.437, art 105 prevé que “La educación policial y militar, en sus aspectos específicos y técnicos estará a cargo” de esos Ministerios, y que “Los aspectos curriculares se regirán por los mismos criterios que los niveles educativos correspondientes (...)”.

25 Hasta la ley 14.101 de 4-I-1973 existieron cuatro Entes Autónomos: la UR, el Consejo de Enseñanza Primaria y Normal, el de Enseñanza Secundaria y la UTU. Estos tres últimos pasaron a integrar por aquella ley el Consejo Nacional de Educación y luego, por la 15.739 de 28-III-1985, la ANEP.

26 Justino Jiménez de Aréchaga. La Constitución Nacional T.VII, p. 49. Mdeo. 2/f. Agrega que implica “el reconocimiento de la competencia privativa del Ente Autónomo para fijar las reglas técnicas a las cuales deberá ajustarse el funcionamiento del servicio especial que se le ha confiado” y que, por lo mismo, “la consagración constitucional de la autonomía, no solamente constituye un límite para la Administración Central, sino que limita, a la vez, los poderes del Parlamento”.

27 Alberto Pérez Pérez. Coordinación de la enseñanza Rev. Centro de Estudiantes de Derecho No.92, p.83.

7.3 Personalidad jurídica

Cada Ente de enseñanza es una persona jurídica de derecho público estatal, con su propio patrimonio, regido y administrado por sus autoridades según la ley respectiva.

La ley 18.437, art. 52 refiere a la ANEP como “ente autónomo con personería jurídica creado por la ley 15.739 de 28-III-1985”; dada la calidad de persona posee patrimonio, tiene bienes (arts. 55 y 56 de la ley vigente, la cual en su art. 57 expresa que su patrimonio se compone de los recursos y partidas presupuestales, proventos que perciba por la venta de productos de sus centros educativos, etc.

7.4 Autonomía financiera

Esta es delineada por la ley, con el control del Tribunal de Cuentas.

Cada Ente tiene *iniciativa presupuestal*, de acuerdo con el art. 220 de la Carta:

su presupuesto se aprueba mediante ley (integra el Presupuesto nacional) y es quinquenal, sin perjuicio de las modificaciones indispensables que pueden producirse conjuntamente con las Rendiciones de Cuentas (art. 214 inciso final de la Constitución).

El proyecto del Ente de enseñanza, tal como este lo propuso, debe llegar al Poder Legislativo, con las (posibles) alternativas que plantee el Poder Ejecutivo. En esta situación y en base a la iniciativa del Ente, el Legislativo puede aprobar mayores gastos que los que el Ejecutivo proponga, debiéndose prever los recursos con los cuales atender dichos gastos.

7.5 Órgano jerarca

El órgano jerarca (máximo) de cada Ente de enseñanza es necesariamente *colegiado*, lo que surge de la denominación constitucional de *Consejos Directivos Autónomos* (arts. 202-204).

En el caso de la UR el art. 203 inciso 2 recibe el co-gobierno de los sectores involucrados para los Consejos de sus “órganos”, con lo que quiso referir a las Facultades: elección por docentes, estudiantes y egresados.

La ley asigna las competencias de los Consejos Directivos, sin perjuicio de que les corresponde establecer “el Estatuto de sus funcionarios de conformidad con las bases contenidas en los arts. 58 a 61” (de la Constitución) “y las reglas fundamentales que establezca ley, respetando la especialización del Ente”, según dispone el art. 204 de aquella.

El Estatuto constituye un *Reglamento autónomo*, dictado por el órgano jerarca en virtud de esa disposición constitucional; la materia estatutaria, relativa a las normas de los funcionarios no es (totalmente) privativa del Ente, ya que la ley puede fijar “reglas fundamentales”, pero en ello deberá respetar la “especialización” propia del Organismo autónomo.

7.6 Normas estatutarias previstas en la Constitución

De acuerdo con lo visto en el apartado anterior, son aplicables los arts. 58 a 61 de la Constitución, según los cuales:

a) Los funcionarios de los Entes estatales “están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo queda prohibida toda actividad ajena al función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie”. También prohíbe la constitución de agrupaciones con fines proselitistas que usen denominaciones de reparticiones públicas o que invoquen el vínculo funcional. (art.58).

b) El Estatuto del Funcionario que apruebe el respectivo Consejo Directivo tiene como “base fundamental” la de que “el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario” (art.59).

c) Respecto de estos Entes, tendrá atribuciones el Servicio Civil a fin de “asegurar una administración eficiente”, art. 60.

Los funcionarios *presupuestados serán de carrera*, salvo los cargos que la ley los declare políticos o de particular confianza.

Los funcionarios *presupuestados son inamovibles*, por lo cual para destituirlos *se requerirá causal comprobada*, aspecto que precisa la Ley de Educación en el caso de la ANEP. *No se necesita, en cambio, venia del Senado o de la Comisión Permanente del Poder Legislativo*, porque no son funcionarios de la Administración Central.

d) En cuanto a los funcionarios de carrera, *“el Estatuto establecerá las condiciones de ingreso a la Administración, reglamentará el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten (...)”* (art.61).

7.7 Aplicación de disposiciones generales

7.7.1 Art. 205 de la Constitución

Hace aplicables, *“en lo pertinente”*, a los distintos *“servicios de enseñanza”* ciertas disposiciones del Capítulo I de la Sección XI, a saber:

a) **Art. 189:** *Para crear o suprimir nuevos Entes de Enseñanza se requieren los 2/3 de votos del total de componentes de cada Cámara del Poder Legislativo.*

A su vez, ley por 3/ 5 de esos votos puede declarar electiva la designación de los miembros de los Consejos, *“determinando en cada caso las personas o los Cuerpos interesados en el servicio, que han de efectuar esa elección”*.

En el caso de la UR esto último está regulado por el art. 203 de la propia Constitución para los Consejos de sus Facultades según se señaló en el apartado 7.5, disposición que –además– la hace un Ente “necesario”; esa disposición remite a la ley, aprobada por mayoría absoluta de votos de los componentes de cada cámara, para la forma de integración (mediante designación o elección) de los Consejos Directivos.

b) **Art.190:** Los Entes estatales y, por tanto, los de enseñanza, están regidos por el principio de especialidad, según el cual sólo pueden actuar en los asuntos o materias que la normativa le fija (*“no podrán realizar negocios extraños al giro que preceptivamente les asignen las leyes”*).

Se rigen por dicho principio y no por el de libertad, inherente a las personas físicas.

Todos los actos jurídicos que emitan siempre deben estar dirigidos al desarrollo de sus cometidos, a dicho “giro”.

La disposición agrega que los Organismos no podrán *“disponer de sus recursos para fines ajenos a sus actividades normales”*.

La corrección de los “fines” a los que se destinan “sus recursos” se apreciará según la “normalidad” de sus actividades, la cual incide en los negocios o actos jurídicos que realizan²⁸.

c) **Art.191:** Los Entes de Enseñanza *“publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera”*, de acuerdo con la ley y con visación del Tribunal de Cuentas.

d) **Art.192:** Los miembros de los Consejos Directivos cesan *“cuando estén designados o electos, conforme a las normas respectivas, quienes hayan de sucederlos”*.

Regula además, básicamente, *el régimen de suplencias y prevé, que “podrán ser reelectos o designados” para otro órgano jerarca de Organismos descentralizado “siempre que su gestión no haya merecido observación del Tribunal de Cuentas, emitida por los menos por cuatro votos conformes de sus miembros”*

e) **Art.193:** Los Consejos cesantes deben rendir cuentas de su gestión al Poder Ejecutivo, previo dictamen del Tribunal de Cuentas.

f) **Art.194:** *“Las decisiones definitivas”* de los Entes de Enseñanza *“sólo darán lugar a recursos o acciones ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o el Poder Judicial”*, según lo que dispone la Constitución o las leyes.

Tales decisiones *no* son objeto del recurso administrativo de anulación para ante el Poder Ejecutivo, a diferencia de lo que sucede con las de los Servicios Descentralizados, los que están sometidos a la “tutela administrativa” ejercida por ese Poder (art. 317 de la Constitución).

No hay ningún órgano ajeno al Ente que pueda corregir o modificar sus actos en vía administrativa.

28 Juan P. Cajarville Peluffo. La descentralización: su estado constitucional y posibilidades de su regulación legal. Anuario de Derecho Administrativo T. XII-2006, p.11 y sigs. expresa: “La normalidad de que se trata no puede ser exclusivamente la resultante de las normas legales, porque entonces ‘las actividades normales’ no serían sino las del ‘giro que preceptivamente les asignen las leyes’ y la segunda frase del artículo sería redundante, innecesaria. (...) El de normalidad es entonces –como en el caso de ‘buen padre de familia’, ‘buen comerciante’ o ‘buena administración’ – uno de los llamados por la doctrina conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido no puede delimitarse exhaustivamente a priori y en abstracto, sino caso por caso y acudiendo a criterios de valoración generalmente aceptados”.

g) **Art.198 incisos 1 y 2.:** El Poder Ejecutivo puede *destituir* a los miembros de los Consejos Directivos con venia de la cámara de Senadores, en caso de *“ineptitud, omisión o delito en el ejercicio del cargo o de la comisión de actos que afecten su buen nombre o el prestigio de la institución a que pertenezcan”*.

No se aplican los incisos 3 y 4 de ese art. 198 ni el art. 197, lo que revela que los Entes de Enseñanza son los que tienen una *mayor autonomía* entre todos los Organismos descentralizados en sentido amplio: el Ejecutivo no puede reemplazar interinamente a los Consejeros cuya venia para la destitución tramite ni puede observar los actos de los Entes de Enseñanza²⁹.

h) **Art. 200:** Los miembros de los Consejos Directivos *“no podrán ser nombrados para cargos ni aun honorarios, que directa o indirectamente dependan”* del Organismo, si bien los Consejeros de los servicios de enseñanza *“podrán ser reelectos como catedráticos o profesores y designados para desempeñar el cargo de Decano o funciones docentes honorarias”*.

La inhabilitación dura hasta un año luego del cese, salvo para funciones docentes.

Tampoco podrán *“ejercer simultáneamente profesiones o actividades que, directa o indirectamente, se relacionen con la Institución a que pertenecen”*, con la excepción de las funciones docentes.

i) **Art. 201:** Los miembros de los Consejos Directivos de enseñanza, *“para poder ser candidatos a Legisladores, deberán cesar en sus cargos por lo menos doce meses antes de la fecha de la elección”*; *“la sola presentación de la renuncia fundada en esta causal, determinará el cese inmediato del renunciante en sus funciones”*.

7.7.2 Prohibición de actos políticos

Es aplicable el art. 77 ordinal 4º: Los miembros de los Consejos Directivos, como *“directores de un Ente Autónomo”*, no pueden formar parte de *“comisiones o clubes políticos, suscribir manifiestos de partidos, autorizar el uso de su nombre y, en general ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto”*.

No se considera incluida en esas prohibiciones, la concurrencia *“a los organismos de los partidos que tengan como cometido específico el estudio de programas de gobierno, legislación y administración”*.

7.8 Leyes relativas a servicios de enseñanza

“Los Entes de Enseñanza Pública serán oídos, con fines de asesoramiento, en la elaboración de las leyes relativas a sus servicios, por las Comisiones Parlamentarias. Cada Cámara podrá fijar plazos para que aquéllos se expidan” (art. 203 inciso 3).

Por lo cual para el trámite de estas leyes rige la Sección VII de la Constitución, pero su elaboración tiene la particularidad anotada: por lo menos deberán ser oídos en dos oportunidades, por parte de las Comisiones de cada Cámara.

7.9 Denominación de centros de enseñanza

Esta denominación, al considerarse como *concesión de “hombres públicos a los grandes servicios”* (art. 85 ordinal 13 de la Constitución), se efectúa por ley.

²⁹ La autonomía de los Entes docentes es *“menos incompleta”* o *“su descentralización se acerca más a la ‘plenamente autónoma’* Ademar Sosa, *Autonomía de los Entes de la Enseñanza en el Uruguay*. Mdeo. 1969, p.59.

Alberto Pérez Pérez. *Los Entes Autónomos de la Enseñanza en la Constitución Nacional*. UR 1990, p. 387-390, entiende que la destitución del art. 198 es aplicable sólo a los Consejeros que hubiere designado el Poder Ejecutivo; tiene en cuenta que el art. 205 se remite a esas otras disposiciones, *“en lo pertinente”*.

La específica remisión hecha a los incisos 1º y 2º del art. 198 y el contexto de la normativa constitucional (que permite miembros con otra forma de designación o elección) no llevan a compartir tal criterio.

Ella no se requiere para la denominación de aulas o locales similares³⁰.

7.10 Controles constitucionales

La Constitución establece los siguientes controles respecto de los Entes docentes:

A) Parlamentario: previsto por los arts. 118 a 121: pedido de informes y llamado a Sala.

El primero se hace al Ministerio respectivo (Educación y Cultura), el cual lo tramitará ante el Ente.

En el llamado a Sala del art. 119, la Cámara llama al respectivo Ministro, el que podrá requerir la asistencia conjunta de un representante del Consejo del Ente.

B) del Poder Ejecutivo, lo que ya fue tratado en el apartado 7.7 "g".

C) Del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que puede anular los actos administrativos emanados de los órganos de estos Entes, si violan una regla de derecho o se dictaron con desviación de poder (art. 309).

Ello ante demanda introducida por el titular de un derecho o un interés directo, personal y legítimo violado; ese titular tiene que haber agotado previamente la vía recursiva (véase apartado 7.7 "f").

D) Del Poder Judicial, competente para juzgar en general la conducta de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.

E) del Tribunal de Cuentas, en lo relativo a la actividad financiera (arts, 211(B, C, E, D), 212, 213, etc. de la Constitución y normas complementarias del TOCAF.

8. Laicidad

La Constitución no refiere expresamente a este principio, pero surge implícito de lo estatuido por disposiciones ya mencionadas, en especial su art. 72 (citado en apartado 1), complementado por otras como el art. 5³¹ o el art. 58, citado en 7.6 "a", que prohíbe en los lugares y las horas de trabajo *"toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie"*

"El Estado no adopta una religión ni adhiere a una corriente de pensamiento filosófico; frente a ellas, es neutral. Ello deriva de su ser propio con un ámbito de actividad propia que concierne al interés general de la sociedad, por lo que su competencia –en grandes rasgos– es la protección de los derechos, el mantenimiento del orden público y la promoción del bienestar (mediante variadas formas de mayor o menor intervención según cada sector, la época y la sociedad determinadas)".

*También que "su neutralidad no implica desconocer ni rechazar los hechos sociales y las instituciones sociales concernientes al ejercicio de la libertad religiosa, con el límite del orden público"*³².

*"La educación democrática debe ser incuestionablemente laica en sus contenidos y procedimientos, de modo de no constituirse en un instrumento del poder coyuntural, sino de la autorrealización de los ciudadanos. Se trata de una educación que, respetando la conciencia de cada protagonista de la misma, le brinde las posibilidades de acceder a todas las ideas, sin exclusiones dogmáticas, y discernir libremente según su propio modo de pensar"*³³.

30 La Resolución 2 Acta 10 dictada por el CODICEN el 13-III-1995 estableció que "las denominaciones de aulas o salones así como la colocación de placas recordatorias o conmemorativas, bustos, etc. en dependencias de esta Administración, que no constituyan homenajes nacionales, deberán ser dispuestas por el CODICEN, mediando propuesta fundada del respectivo subsistema o, en su caso, por el respectivo Consejo desconcentrado, previa autorización del órgano rector". En su parte expositiva tiene en cuenta el decreto 581/977, según el cual los Organismos descentralizados no pueden, salvo trámite que dispone, efectuar homenajes como los antes indicados durante el término de 10 años contados a partir del fallecimiento de la persona a homenajear. Si se hace por ley, esa limitación no rige.

31 "Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. (...)".

32 José Aníbal Cagnoni. Conceptos de laicidad y laicismo. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 2ª Serie No. 7, cit, p.19.

33 Documento del Consejo Directivo Central de la Universidad de la República, cit por César I. Aroztegui, en Cuadernos citado en nota anterior, p.52.

II. LEY GENERAL DE EDUCACIÓN: FINES, PRINCIPIOS, MENCIÓN DE ÓRGANOS (ley No.18.437 de 12-XII-2008, publicada en el Diario Oficial del 16-I-2009).

9. “Fines, orientaciones generales” de la educación

9.1 Derecho humano fundamental

Se declara de interés general “la promoción del goce y el efectivo ejercicio del derecho a la educación”, al que se califica de “derecho humano fundamental”³⁴.

El Estado se compromete a garantizar y promover una educación de calidad, “a lo largo de toda la vida” (art. 1º), en su carácter de protagonista de primera línea (pero no exclusivo) del interés general.

9.2 “Bien público y social”

El art. 2º refiere a su carácter de “bien público y social” y marca el “fin” del “pleno desarrollo físico, psíquico, ético, intelectual y social de todas las personas sin discriminación alguna”.

El bien referido involucra, pues, a cada ser humano: la educación contribuye al desarrollo de su personalidad en todas sus dimensiones.

Los titulares del derecho son los educandos³⁵. El bien “público” comprende así el de cada persona, es común a todos los integrantes de la comunidad y, por ello, es también social.

De esa manera, el art. 3º marca la “orientación” de la educación hacia “la búsqueda de una vida armónica e integrada a través del trabajo, la cultura, (...) el ejercicio responsable de la ciudadanía (...) la tolerancia, la plena vigencia de los derechos humanos, la paz, la comprensión entre los pueblos y las naciones”.

Un “marco de referencia fundamental” son los referidos derechos, art. 4º.

10. Principios de la actividad educativa

Las bases o piedras sillares de la educación *en general*, aparecen en los arts. 6º a 11:

a) Universalidad: todos los habitantes son titulares del derecho a la educación.

b) Obligatoriedad: se señaló en el apartado 5.4.

El art. 7º agrega que a los efectos de este principio, “se asegurará la extensión del tiempo pedagógico y la actividad curricular a los alumnos de educación primaria y media básica”.

c) Diversidad e inclusión educativa: en relación a “colectivos minoritarios o en especial situación de vulnerabilidad”, para asegurar igualdad de oportunidades y su efectiva inclusión social, art. 8º.

a) Participación, dado que “el educando debe ser sujeto activo en el proceso educativo para apropiarse en forma crítica, responsable y creativa de los saberes”, art. 9º.

b) Libertad de enseñanza: se la “garantiza” y se reitera lo previsto en el art. 68 de la Constitución. El art. 10 agrega que se “promoverá la calidad y pertinencia de la propuesta educativa”; véase apartado 5.2.

c) Libertad de cátedra: el docente, como profesional, “es libre de planificar sus cursos”, si bien debe realizar “una selección responsable, crítica y fundamentada de los temas y las actividades educativas, respetando los objetivos y contenidos de los planes y programas de estudio”, art. 11.

Su inciso 2º prevé que “los educandos tienen la libertad y el derecho de acceder a todas las fuentes de información y de cultura, y el docente el deber de ponerlas a su alcance”.

El respeto de los objetivos y contenidos de planes y programas de estudio, en el caso de la enseñanza privada (específicamente de la *no* habilitada) desarrollada en virtud del principio de libertad de enseñanza,

³⁴ Se utiliza el mismo énfasis con que el art. 47 de la Constitución lo hace para el derecho al acceso al agua potable y al saneamiento, desde la reforma de 2004.

³⁵ “Los educadores como agentes de la educación deben formular sus objetivos y propuestas, y organizar los contenidos en función de los educandos de cualquier edad”, art. 5º

sólo puede implicar un deber del docente de acuerdo con su compromiso ante quien requiere la prestación de servicio educativo, sin perjuicio de lo previsto en el art. 5° de esta ley.

11. Principios de la “educación pública estatal”

El Capítulo IV del Título I de la ley alude a estos principios, que corresponden a un sector de la educación nacional, el público estatal. Ellos son:

a) Gratuidad: sin distinguir los niveles y para asegurar “el cumplimiento efectivo del derecho a la educación y a la universalización del acceso y permanencia” en el sistema educativo, art. 16.

b) Laicidad: a la que se hizo referencia en el apartado 8.

La ley 18.437, art. 17, expresa que este principio “asegurará el tratamiento integral y crítico de todos los temas en el ámbito de la educación pública, mediante el libre acceso a las fuentes de la información y conocimiento que posibilite una toma de posesión consciente de quien se educa. Se garantizará la pluralidad de opiniones y la confrontación racional y democrática de saberes y creencias”³⁶.

c) Igualdad de oportunidades o equidad.

El art. 18 impone al Estado brindar “apoyos específicos necesarios a aquellas personas y sectores en especial situación de vulnerabilidad” y actuar “de forma de incluir a las personas y sectores discriminados cultural, económica o socialmente, a los efectos de que alcancen una real igualdad de oportunidades para el acceso, la permanencia y el logro de los aprendizajes (...)”. También asegurar “el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación (...)”.

12. Principios de la educación pública: continuación

El Capítulo I, Principios”, del Título III- *Sistema Nacional de Educación Pública*, comprende los de *autonomía y coordinación* que prevé la propia Constitución (ver apartados 6.1 y 7.2), así como el de *participación*.

Sobre este último, el art. 48 dice que “La participación de los educandos o participantes, docentes, madres, padres o responsables y de la sociedad en general, en la Educación Pública, constituirá uno de sus principios básicos. Se promoverá el cogobierno en los ámbitos que corresponda, atendiendo los diferentes ámbitos y niveles educativos”.

La ANEP debe promover “la participación de toda la sociedad en la formulación, implantación y desarrollo de la educación en la órbita de su competencia”, art. 53 “D”.

La ley concreta esta participación a través de diversos medios, entre ellos Consejos específicos que se tratan en el apartado 23.3.

13. “Órganos” del Sistema Nacional de Educación Pública

Con la referencia a órganos de este Sistema, el art. 49 comprende al Ministerio de Educación y Cultura, que es órgano de la persona jurídica Estado (Central) dependiente del Poder Ejecutivo; a la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), que es una persona jurídica con la calidad de Ente Autónomo (no un órgano) “y demás entes autónomos de la educación pública estatal” (el otro que existe hoy es la Universidad de la República).

La coordinación del Sistema la realiza la Comisión Coordinadora de la Educación Pública, art. 50.

36 La ley anterior, 15.739, establecía: art. 1° “La enseñanza-aprendizaje se realizará sin imposiciones ni restricciones que atenten contra la libertad de acceso a todas las fuentes de la cultura. Cada docente ejercerá sus funciones dentro de la orientación general fijada en los planes de estudio y cumpliendo con el programa respectivo, sin perjuicio de la libertad de cátedra en los niveles correspondientes”. El art. 2° que “Se garantizará plenamente la independencia de la conciencia moral y cívica del educando La función docente obliga a la exposición integral, imparcial y crítica de las diversas posiciones o tendencias que presente el estudio y la enseñanza de la asignatura respectiva”.

14. Aspectos no orgánicos de la Ley

Esta prevé lineamientos que no tratan sobre la estructura orgánica de la ANEP u otros Organismos u órganos estatales relacionados con la enseñanza, pero que obviamente inciden en esta actividad.

14.1 De la “política educativa nacional”

El “objetivo fundamental” es que todos los habitantes “logren aprendizajes de calidad, a lo largo de toda la vida (...), a través de acciones educativas desarrolladas y promovidas por el Estado, tanto de carácter formal como no formal”, art. 12.

El Estado, pues, *realizará* tales acciones o las *promoverá*, cuando se realicen por otros actores. Ese art. 12 agrega que el Estado articulará las políticas educativas con las de desarrollo humano, cultural, social, tecnológico, técnico, científico y económico, etc.

En cuanto a los “fines”, el art. 13 comprende la promoción de la justicia, solidaridad, libertad, democracia, inclusión social, integración regional e internacional, la convivencia pacífica; el procurar que se adquieran aprendizajes que permitan “un desarrollo integral relacionado con aprender a ser, aprender a aprender, aprender a hacer y aprender a vivir juntos”; formar personas reflexivas, autónomas, no discriminatorias, protagonistas de la construcción de su comunidad; “propender al desarrollo de la identidad nacional desde una perspectiva democrática (...)”; “estimular la creatividad y la innovación artística, científica, tecnológica”; integrar el trabajo, “promoviendo la articulación entre el trabajo manual e intelectual”, etc.

Al alejar la educación de lo lucrativo y de su mercantilización, el art. 14, dispone que “no se suscribirá acuerdo o tratado alguno (...) con Estados u organismos internacionales, que directa o indirectamente, signifiquen” tal consideración.

14.2 Sistema Nacional de Educación (denominación del Título II de la ley)

Es “el conjunto de propuestas educativas integradas y articuladas para todos los habitantes a lo largo de toda la vida”, art. 20.

La “Educación Formal” es la “organizada en niveles y modalidades que conforman las diferentes etapas del proceso educativo, que aseguren su unidad y facilitan la continuidad del mismo”. Los niveles se desarrollan en varias disposiciones³⁷.

Tal organización supone coordinación, con la mira hacia el sujeto principal del sistema, el educando. Ella aparece, asimismo, a través del reconocimiento o reválida de conocimientos o créditos dentro de cada nivel educativo, para permitir la “movilidad horizontal” de los educandos, art. 23.

Con respecto a la Educación formal debe contemplar modalidades para el medio rural, personas con discapacidades, adultos, etc. En otra perspectiva, la educación a distancia, en línea o asistida, y la semipresencial.

Separadamente se trata de la Educación de Primera Infancia, que comprende el ciclo vital desde el nacimiento hasta los 3 años, art. 38. La parte orgánica a su respecto se regula en los arts. 96 y siguientes, que asimismo establecen los requisitos de los centros privados³⁸.

37 Los niveles figuran en el art. 22 y son: 0) Educación inicial (3, 4 y 5 años de edad); 1) primaria; 2) media básica, 3) media superior de hasta 3 años de duración (con tres modalidades: educación general, tecnológica y formación técnico profesional); 4) terciaria (sea de cursos técnicos no universitarios, superiores; formación en educación concebida como universitaria o universitaria, dirigida a la “producción y reproducción de conocimientos en sus niveles superiores”) y 5) educación de post grado (especialización diplomatura, maestría, doctorado). Los arts. 24 y sigs marcan el propósito e índole de cada nivel educativo.

38 Está a cargo del INAU (niños entre 0 y hasta 3 años); ANEP y MEC; este último, en cuanto a la supervisión de Centros privados (para niños entre 0 y 5 años) o públicos, no habilitados por la ANEP ni supervisados por el INAU. Dichos Centros deben tener un proyecto educativo y personal idóneo (Director responsable técnico, con título terciario relacionado, por lo menos la mitad de docentes egresados de estudios cuyos planes tengan más de 500 horas de duración, durante un año lectivo completo, etc.) para que sean “autorizados a funcionar”, arts. 103-104.

Se crea el Consejo Coordinador de la Educación en la Primera Infancia, en el MEC; se lo trata en apartado 41.2.

También de la *Educación no formal*, dirigida a personas de cualquier edad en diversos ámbitos, capacitación laboral, promoción comunitaria, educación artística, lúdica, deportiva, etc., cuya articulación se promoverá para que “contribuya a la reinserción y continuidad educativa de las personas”, art. 37. La parte orgánica a su respecto, se regula en los arts. 92 y siguientes³⁹.

Los “*conocimientos, habilidades y aptitudes alcanzados*” fuera de la educación formal “*que se correspondan con los requisitos establecidos en algún nivel educativo*” podrán ser *validados* para habilitar la continuidad educativa, lo que se inserta en una perspectiva de coordinación.

14.3 “Líneas transversales”

El Sistema Nacional de Educación en todas sus modalidades debe contemplar dichas líneas, art. 40, entre las cuales se encuentran las de Educación en Derechos Humanos; ambiental para el desarrollo humano sostenible; artística; científica; lingüística; para la salud; sexual; a través del trabajo; física, recreación y deporte, según “lineamientos” que establece esa disposición.

14.4 Centros Educativos

El concepto es el de “*un espacio de aprendizaje, de socialización, de construcción colectiva del conocimiento, de integración y convivencia social y cívica, de respeto y promoción de los derechos humanos*”, art. 41.

Se parte de la base de que es (debe ser) “un ámbito institucional jerarquizado, dotado de recursos y competencias, a los efectos de lograr los objetivos establecidos en su proyecto educativo”.

Cada centro tiene que tener dicho proyecto, en cuya formulación, seguimiento y evaluación, deben participar sus docentes además de promoverse la participación de (otros) funcionarios, padres y estudiantes.

El concepto aludido enfoca una unidad educativa de una cierta proyección, en la que –por ejemplo – no queda comprendida una persona física que desarrolle privadamente la docencia, en ejercicio (individual) de la libertad de enseñanza y de trabajo (arts. 68 y 36 de la Constitución).

Explícitamente se quiere fortalecer la gestión de los centros públicos, en los aspectos pedagógicos, de administración de personal y financiera; sobre esto último se dispone que esos centros dispondrán de “*fondos presupuestales para el mantenimiento del local, la realización de actividades académicas y proyectos culturales y sociales de extensión*”.

A los efectos de una actuación en la materia, corresponderá adoptar modalidades que coadyuven en ese sentido, ya que la norma supone un paso mayor que lo previsto por disposiciones de larga data, como las relativas al manejo de partidas destinadas a gastos menores o similares⁴⁰.

Se habilita a los centros a realizar “*convenios con otras instituciones*”, si bien “*con la autorización correspondiente*”.

39 Se crea el Consejo Nacional de Educación No Formal, en el MEC; se lo trata en apartado 41.1.

40 Ejemplo: Circular de Secundaria No 1793/986, que previó que esas partidas “podrán utilizarse para la adquisición de materiales y útiles, reparaciones menores, servicios de bajo importe, correspondencia y locomoción de funcionarios para cumplir cometidos liceales o de la oficina” y Circular 2314/997: con los “proventos” derivados de cantinas pueden adquirirse recursos didácticos o atenderse necesidades imperiosas de los estudiantes (alimentación, locomoción, vestimenta) o apoyarse actividades didácticas, “no pudiéndose destinar los mismos al pago de retribuciones personales ni a viáticos”.

III) ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE EDUCACIÓN PÚBLICA (ANEP)

15. Organización

15.1. El Ente: normativa legal

La ANEP fue creada por la ley 15.739 de 28-III-1985 como persona jurídica de derecho público estatal y con naturaleza de Ente Autónomo, de acuerdo con la Constitución y la ley. La vigente es la No. 18.437 de 12-XII-2008, que derogó las siguientes disposiciones de aquella: arts. 1º a 4º (“Principios fundamentales”), 6º a 28 (todo lo relativo a la ANEP, cometidos, órganos, etc) y 44 a 50 (Disposiciones Transitorias). Quedó vigente el art. 5º, que precisamente creó ese Organismo con el carácter señalado (mediante la mayoría constitucional de 2/3 de votos del total de componentes de cada Cámara, no lograda para la nueva ley) y los arts. 29 a 43 que tratan sobre elecciones en la Universidad de la República, algunos de ellos modificados por la ley No.15.897 de 15-IX-1987.

15.2. Órganos fundamentales

Los instrumentos de actuación del Ente aparecen mencionados en el art. 54: son el Consejo Directivo Central (CODICEN) y los Consejos de Educación Inicial y Primaria; Educación Media Básica, Educación Media Superior y Educación Técnico Profesional (UTU).

15.3. Jerarca máximo

Lo es el Consejo Directivo Central (CODICEN).

Tiene cinco miembros, los que deben “poseer condiciones personales relevantes, reconocida solvencia y méritos acreditados en temas de educación” y haber actuado “en la educación pública por un lapso no menor a los diez años”⁴¹, art. 58.

Tres son designados por el Poder Ejecutivo, actuando en Consejo de Ministros, previa *venia* de la Cámara de Senadores⁴²; de entre ellos se nombra el Presidente del Consejo.

Estas designaciones deben hacerse al inicio de cada período de gobierno, momento en que cesan los designados anteriormente.

Los otros dos, “serán electos por el cuerpo docente del ente” en elección a cargo de la Corte Electoral a realizar en el año anterior a las elecciones nacionales; durarán 5 años en sus funciones, pudiendo ser reelectos por una vez (para otro período, deben mediar cinco años desde su cese)⁴³.

Los Directores Generales de los Consejos de Educación integran “de pleno derecho” el CODICEN, “con voz y sin voto”.

Existen asuntos que deben ser tratados con la presencia de esos Directores; en otros casos, estos pueden ser convocados por el CODICEN, art. 60.

Si se adopta una decisión sobre los primeros asuntos (definición de orientación general del nivel, homologación del plan de estudios, definición de proyectos presupuestales y aprobación de los estatutos de los

41 Se alude a la “educación pública” sin especificar el ámbito de la misma; en la ley 15.739 debía atenderse a que por los menos uno hubiera ejercido en Primaria, otro en Secundaria y otro en la Educación Técnico Profesional, o en los respectivos Institutos de formación docente. Los cinco eran designados por el Poder Ejecutivo, con *venia* del Senado.

42 La *venia* requiere 18 votos en el Senado; si no se otorga dentro de 60 días de recibida la solicitud, el Poder Ejecutivo puede formular nueva propuesta, o reiterar la anterior; en este segundo caso, alcanzan 16 votos.

43 El Consejo Nacional de Enseñanza Secundaria, entonces Ente Autónomo, según ley 9.523 de 11-XII-1935, tenía siete miembros: Director remunerado que designaba el Poder Ejecutivo, con *venia* del Senado y tres Consejeros honorarios, 1 designado por Primaria, 1 por la “Enseñanza Industrial” y 1 por el Consejo universitario (con lo que se pretendía una coordinación entre Organismos distintos) y tres electos por el Profesorado.

funcionarios) sin aquella presencia, existiría un vicio de procedimiento, ya que se parte de la base que la presencia implica oír de modo directo e inmediato la opinión del o de los Directores Generales sobre temas de los Consejos que presiden.

15.4 Los otros órganos (“Consejos de Educación”)

Los *Consejos de Educación Inicial y Primaria (CEIP)*, *Media Básica (CEM Básica)*, *Media Superior (CEM Superior)* y *Técnico Profesional-UTU*⁴⁴, tienen cada uno tres miembros, los que deben haber ejercido la docencia en la educación pública por un lapso no menor a 10 años, art. 65⁴⁵.

Dos miembros son designados por el CODICEN mediante cuatro votos conformes y fundados; si no se realiza la designación dentro de los 60 días de instalado el CODICEN, se requerirán 3 votos; uno de esos miembros, será el Director General del respectivo Consejo.

El tercer miembro “será electo por el cuerpo docente” dependiente del Consejo, en elección a cargo de la Corte Electoral que se realizará el año anterior a las elecciones nacionales.

Los Consejos de Educación Media Superior y Técnico Profesional *pueden “incorporar con voz y sin voto a un representante estudiantil del nivel, que no haya cumplido los 20 años de edad, electo por la Comisión Consultiva respectiva”*.

Otras condiciones de ese “representante” (por ejemplo de asistencia, escolaridad) así como las “características de su participación” serán “acordadas” por esos Consejos con tales Comisiones.

Aparece una fórmula sui generis: esas cuestiones emanan de un “acuerdo” entre un Consejo que es órgano de administración activa y una Comisión cuyo propio nombre revela que es consultiva. Lo que jurídicamente parecería adecuado es que se oyerá, preceptivamente, a la Comisión pero que la decisión proviniera de un acto unilateral del Consejo; cabe concluir que el “acuerdo” sería vinculante y el Consejo dictaría un acto formal que explicita el acuerdo⁴⁶.

15.5 Interinatos

En caso de “vacancia temporal por licencia o impedimento, o vacancia definitiva”, del Presidente del CODICEN o de los Directores Generales, “el CODICEN, por mayoría simple, designará a quien ocupe esa función” interinamente, hasta la reincorporación o designación, art. 68 (no se precisa que el interino sea designado entre los otros miembros del respectivo órgano).

15.6 Naturaleza de los Consejos de Educación

Los cuatro Consejos son *dependientes* del CODICEN, pero tienen cierto grado de *desconcentración* que les asigna la propia ley. Pueden actuar, además, en virtud de atribuciones que aquel les delegue especialmente: arts. 59 apartado “Q” y 63 P” de la ley 18.437 y 106 de la ley 16.134 de 24-IX-1990.

La dependencia anotada surge de la propia ley ya que el CODICEN conoce y resuelve el recurso jerárquico subsidiario interpuesto contra decisiones de tales Consejos de Educación (art. 59 “O”), también del propio nombre de Consejo Directivo.

44 El art. 62 lo llama “Consejo de Educación Técnica y Profesional (UTU)”:

45 No se exige que esa actividad haya sido cumplida en la respectiva rama. (la ley anterior lo exigía por lo menos para dos) ni se alude a sus condiciones personales o técnicas.

46 La “incorporación” aparece como facultativa de cada Consejo y dado que se trata de un “representante estudiantil”, la misma puede no entenderse pertinente para cuestiones que sean de pura administración.

15.7 Naturaleza de los cargos

Los cargos del CODICEN, por la naturaleza y jerarquía de este órgano, son cargos políticos.

En cuanto a los de los restantes Consejos la ley no les confiere ese carácter ni el de particular confianza⁴⁷, lo que resulta claro es que *no son cargos de carrera*.

La ley No. 16.050 de 22-VI-1989 asignó “*el régimen jubilatorio y de subsidio en su caso*” de los cargos de particular confianza a los miembros de los Consejos creados por la ley No. 15.739; en las normas oportunamente aprobadas por el CODICEN fueron incluidos en el Escalafón “R”, residual, sin perjuicio de una eventual opción por mantenerse en el Escalafón “H”-Docente.

15.8 Régimen jurídico de los miembros

La ley establece que “*terminado el ejercicio del cargo, los integrantes del CODICEN y de los Consejos tendrán derecho a ser restablecidos a la situación docente que ocupaban o tenían derecho a ocupar, en el momento de asumir sus funciones*” (art. 61 que reitera el 20 de la ley 15.739, sin usar la palabra desconcentración para los Consejos de Educación).

Todos los Consejeros “*tendrán las incompatibilidades establecidas en los arts. 200 y 201 de la Constitución de la República*”, disposiciones ya citadas (apartado 7.7).

El art. 61 agrega una prohibición: “*no podrán tener vinculaciones laborales o patrimoniales con instituciones de enseñanza privada ni desempeñar la función docente particular en la órbita de la educación básica y general*”, en iguales términos al art. 21 de la ley 15.739.

Se da una reiteración *sustancial* con lo previsto por los arts. 21 y 22 de esa ley⁴⁸.

Los arts. 200 y 201 de la Constitución refieren a los integrantes del órgano jerarca (máximo) de los Entes (en el caso, el CODICEN), pero las leyes los han hecho aplicables a los miembros de todos los Consejos⁴⁹.

Se trata de normas de conducta dirigidas al cumplimiento adecuado y recto de la función pública, a las que corresponde agregar las derivadas de la ley 17.060 de 23-XII-1998 y el decreto No. 30/003; en efecto, dicha ley especifica que será aplicable, entre otros, a los funcionarios públicos de los Entes Autónomos, como lo es la ANEP y obliga a efectuar declaración jurada de bienes e ingresos a autoridades tales como los “*miembros del CODICEN y de los Consejos de Educación Primaria, de Educación Secundaria y de Educación Técnico Profesional de la ANEP*”⁵⁰. También a quienes ocupan cargos de particular confianza (casos de los Secretarios General y Administrativo del CODICEN y los Secretarios Generales de los desconcentrados) y Gerentes o funcionarios de rango equivalente de Entes Autónomos.

47 La ley da este carácter a los cargos de Secretario General de todos los Consejos y Secretario Administrativo del CODICEN, arts. 59 “I” y 63 “I”, los que, por tanto, son designados y destituidos por el respectivo Consejo, conforme a lo dispuesto por el art. 60 inciso final de la Constitución. La nueva ley exige que el Secretario Administrativo del CODICEN y el Secretario General de cada Consejo hayan sido funcionarios “del ente por un lapso no menor a los diez años” (el término “ente”, corresponde a la ANEP, entre otros, arts. 52, 59 “J”, etc. de la misma ley).

48 El art. 22 aludía a la incompatibilidad “con la actividad de profesor particular de educandos reglamentados o libres, salvo las excepciones que determine la Ordenanza que al respecto dicte el CODICEN”. y entendía “por profesor particular” el que desempeñara “actividades docentes no fiscalizadas por la ANEP”. En la norma actual no se permiten excepciones por la vía de reglamentación pero, a la vez, se restringe la incompatibilidad a ciertos niveles.

49 Un punto interesante es que el art. 21 de la ley No. 15.739 había sido derogado (sin duda por error, por ley 16.226, art. 399), lo que llevó al reestablecimiento de la norma por la ley No. 16.736 de 5-I-1996, art. 581. Este hizo aplicables, también, a todos esos miembros el art. 77 ordinal 4° de la Constitución (prohibición de acto público o privado de carácter político, salvo el voto), con base en el ordinal 8° del art. 77. En la ley No 18.437 no se trata este tema, por lo cual cabe plantearse el mantenimiento de la prohibición para los miembros de los desconcentrados, en tanto no se deroga el citado art. 581.

50 Art. 11 “H” de la citada ley, en el texto dado por la No. 18.362 de 6-X-2008, art. 299; se ha agregado que la relación de cargos que efectúa “no variará por cambios legales o reglamentarios de denominaciones (...)”. La inclusión de cargos que realiza y esta frase interesan para incluir a los integrantes de los Consejos de Educación Inicial y Primaria y de Educación Media Básica y Media Superior.

16. Cometidos

16.1 Referencia genérica

Las tareas, elemento determinante de la competencia de la ANEP, son, básicamente, *prestar los servicios de la enseñanza pública estatal en los ciclos respectivos y controlar los de la enseñanza privada, específicamente la habilitada.*

También le corresponde la formación y el perfeccionamiento del personal docente, de modo transitorio, si se tiene presente lo dispuesto por el Título VI apartado "H" de la ley No. 18.437⁵¹.

16.2 Referencia legal

En la ley 18.437 estos cometidos aparecen a través de varias disposiciones, conjuntamente con la alusión a los *fin*es que con aquellos se pretende lograr.

En efecto, el art. 53 le encomienda a la ANEP el cometido de *"elaborar, instrumentar y desarrollar las políticas educativas que correspondan a los niveles de educación que el ente imparte"*; *"garantizar la educación en los diferentes niveles y modalidades educativas de su competencia (...)"*. El art. 59 "A", el *"promover un clima de participación democrática y propiciar (...) una reflexión crítica y responsable, en todo el ámbito organizacional"*, como criterio para toda actividad.

El art. 63 asigna a cada Consejo de Educación, el *"desarrollar los procesos de enseñanza y aprendizaje correspondiente a su respectivo nivel educativo"*. El de Educación Técnico Profesional, tiene también el cometido de *"impartir cursos de capacitación laboral"* y *"producir bienes y servicios, con la participación de alumnos y docentes, en el marco de su actividad educativa"*, art. 64 "A" y B".

Por su parte el art. 63 "K" le asigna a cada Consejo desconcentrado, *"supervisar y fiscalizar los institutos de nivel educativo correspondiente (...)"*, luego de establecerque tiene la atribución de habilitarlos.

16.3 Atención en ciertos temas

En los ciclos de Primaria y Enseñanza Media procede *"priorizar en los programas curriculares"*, la conservación e higiene del medio ambiente, los temas de drogodependencia, familia y violencia familiar, salud e higiene sexual, seguridad vial, etc. (ley 17.296 de 21-II-2001, art.539), normativa que condice con la orientación y fines marcados por la Ley General de Educación en examen.

17. Poderes jurídicos

17.1 Naturaleza administrativa

Los órganos tienen poderes correspondientes a la función administrativa, los que, como sucede con respecto a todos los órganos públicos, se tienen para cumplir los deberes que se le asignan.

51 *"Hasta tanto no esté en funcionamiento el Instituto Universitario de Educación, se faculta al CODICEN de la ANEP a adoptar las decisiones que correspondan para mantener la continuidad de la formación y el perfeccionamiento docente a su cargo hasta el momento de aprobación de esta ley". Se entiende que esa facultad es un deber-poder de aquel órgano.*

17.2 Poderes jurídicos del CODICEN

Este órgano tiene los poderes inherentes a su calidad de jerarca (máximo) de un Ente Autónomo de enseñanza.

En ese sentido, el art. 59 de la ley en gran medida reitera preceptos constitucionales o trata de atribuciones naturales del jerarca de un Ente docente:

* Apartado "E": "Definir" (elaborar) el *proyectos de presupuesto y de rendición de cuentas* del Ente (art. 220 de la Constitución).

Se alude a un "*proceso de elaboración*", en el cual existirán "*propuestas*" de los Consejos de Educación respecto a su ámbito (art. 63 "F"), pero la iniciativa del proyecto a remitir en nombre del Ente, será del CODICEN.

También a que en ese proceso, se considerará "*las iniciativas de otros sectores de la sociedad*", sin que se precise cuáles y a qué efectos; se parte de la base que aquéllas corresponderán a cuestiones que se resuelven por vía presupuestal y que son del ámbito de la ANEP; no pueden, por otra parte, afectar la competencia constitucional del Ente.

* Apartado "G": "*Dictar los reglamentos necesarios para el cumplimiento de sus funciones*"⁵².

Entre dichos reglamentos, se destaca:

Apartado "H", "*Aprobar los estatutos de los funcionarios docentes y no docentes del servicio, con las garantías establecidas en la Constitución de la República y en la presente ley*".

* Apartado "N": "*Establecer lineamientos generales para la supervisión y fiscalización de los institutos habilitados de educación inicial, primaria, media y técnico profesional*".

Se agrega que lo hace "*siguiendo los principios generales de la ley y los criterios establecidos por cada Consejo de Educación, con participación de representantes de las instituciones de educación privada*".

No se dice que se oiga la opinión de los Consejos desconcentrados y la de esas instituciones⁵³, pero el proceso a seguir supone que "*los lineamientos*" los aprueba el CODICEN según lo expresa el art. 63 "K". Este órgano deberá seguir los principios legales y tomar en cuenta los criterios de los Consejos de Educación, los que –a su vez– se formularán con la participación de los institutos privados, en lo que viene a ser un ejemplo de participación de sectores directamente involucrados pero ajenos formalmente al Organismo⁵⁴.

* Apartado "F": "*Representar al ente en las ocasiones previstas por el art. 202 de la Constitución, oyendo previamente a los Consejos respectivos en los asuntos de su competencia*".

Se revela aquí también su posición jerárquica: representa al Organismo en sus relaciones externas, específicamente en situaciones reguladas por la Constitución.

* Apartado "O": "*Resolver los recursos de revocación interpuestos contra sus actos, así como los recursos jerárquicos*".

* Apartados "C" e "I": Designar a los integrantes de los Consejos de Educación según lo visto en 15.4 (dos miembros de cada Consejo) y a sus Secretarios General y Administrativo (ver 15.7).

En tanto jerarca del Ente y respecto a sus propias dependencias, designar al personal, sea docente o no docente, por ejemplo en Formación y Perfeccionamiento Docente mientras se estructure y pongan en funcionamiento el Instituto Universitario de Educación (arts. 84, 85 y Título VI- "H").

* Apartados "J" y "K": "*Destituir por ineptitud, omisión o delito a todo el personal ("docente, técnico, administrativo, de servicio u otro")*, a propuesta de los Consejos respectivos cuando corresponda.

También a los miembros de estos Consejos, por las mismas causales y con las garantías del caso, sobre las cuales se volverá al tratar el Estatuto; en el de esos Consejeros se requieren cuatro votos conformes y fundados del CODICEN.

Este requisito, el de la de configuración de una causal y "*el previo ejercicio del derecho constitucional de defensa*", son garantías aplicables a los tres miembros, o sea que se incluye en esta norma al integrante electo.

52 En el art. 63 "G" se habla de Ordenanzas que tienen la naturaleza de reglamentos. Esta denominación también aparece en la Ley Orgánica Universitaria, y se utiliza con respecto a las reglamentaciones más relevantes emanadas del respectivo jerarca máximo.

53 La ley 15.739, art. 13 ord. 14 encomendaba al CODICEN el establecimiento de "normas y procedimientos de supervisión y fiscalización para los institutos habilitados, oyendo previamente la opinión del Consejo desconcentrado que corresponda, así como la de dichos institutos".

54 Claro que las normas que se aprueben se les van a aplicar como "administrados" especialmente calificados y directa y legítimamente interesados.

17.3 Poderes jurídicos del CODICEN: continuación.

El art. 59 le atribuye, además, los siguientes poderes:

*Apartado "B": *"Definir las orientaciones generales de los niveles y modalidades educativas que se encuentren en su órbita"*.

*Apartado "D": *"Homologar los planes de estudios aprobados por los Consejos de Educación"*⁵⁵.

Cada Consejo aprueba dichos planes (por supuesto, también los programas de asignaturas), y el CODICEN es competente para "homologarlos".

Homologar "es dar fuerza o firmeza a un acto, por un tercero. El juez homologa un acuerdo, es decir, que le da fuerza legal, y por tanto, obligatoria (...)"⁵⁶; si es así, los planes que cada Consejo "apruebe" (adopte) necesitarán esa homologación para su aplicación. El CODICEN apreciará si se siguió su orientación general.

*Apartado "L": *"Coordinar los servicios de estadística educativa del ente"*.

*Apartado "M": *"Conceder las acumulaciones de sueldos que sean de interés de la educación (...)"*.

* Apartado "Q": *"Delegar en los Consejos de Educación, por resolución fundada las atribuciones que estime conveniente. No son delegables las atribuciones que le comete la Constitución de la República y aquellas para cuyo ejercicio la presente ley requiere mayorías especiales"*.

Se da vocación delegatoria *solamente* a los Consejos de Educación, igual que lo hacía la ley 15.739 (arts. 13 ord. 19 y 14 ord. 14). El art. 106 de la ley 16.134 de 24-IX-1990 habilitó la delegación por parte de *"la autoridad máxima de los Organismos"* a que refiere el art. 220 de la Constitución (entre ellos el CODICEN de la ANEP), de *"las atribuciones que les asignen las normas legales cuando lo estimen conveniente para la regular y eficiente prestación de los servicios a su cargo"*, sin determinar en quién puede recaer la delegación.

De esta manera resulta viable delegar en otros delegatarios, siempre que la potestad se vaya a ejercitar en temas que, por su naturaleza, les corresponda.

El CODICEN ha delegado el ejercicio de numerosas atribuciones, en uso de la potestad delegatoria conferida por la legislación anterior.

* Apartado "P": *"Organizar o delegar la educación formal de personas jóvenes y adultas en los niveles correspondientes"*.

Mientras el apartado "Q" se refiere a poderes jurídicos del CODICEN, el "P" encara un cometido vinculado con el art. 35, según el cual la educación formal de esas personas *"tendrá como objetivo asegurar, como mínimo, el cumplimiento de la educación obligatoria a las personas mayores de quince años"*.

Lo encarga a ese órgano, pero habilita que se cumpla de otra manera – por "delegación" – en vez de hacerlo de modo directo; lo hará naturalmente por la vía de los Consejos de Educación que atienden los niveles obligatorios.

17.4 Consejos de Educación.

Los Consejos de Educación Inicial y Primaria, Media Básica, Media Superior y Técnico Profesional son *"desconcentrados"* por la ley, aunque no se utilice este término como lo hacía la 15.739⁵⁷; comparada con ésta la ley 18.437 ha aumentado sus poderes jurídicos y, con ello, la desconcentración.

De acuerdo con el art. 63 les compete:

*Apartado "B": *La aprobación de los programas de estudio* y, ahora también *la aprobación de los planes de estudio*, si bien al CODICEN compete su *"homologación"*, según se indicó en 17.3.

Antes de la aprobación o modificación de planes y programas, debe consultarse a la respectiva Asamblea Técnico Docente (art. 70, véase apartado 24.4).

*"Apartado "G": *Realizar toda clase de nombramientos, reelecciones, ascensos y sanciones, así como otorgar licencias y designar el personal docente y no docente, (...)"*, art. 63 "G", mientras que en la ley anterior la potestad

55 En la ley 15.739, art. 13 ords. 1° y 2° y art. 14 ord. 3°, el CODICEN establecía "la orientación general" a que debían ajustarse los planes y programas y aprobaba los planes de estudio proyectados por los Consejos desconcentrados. Cada uno de éstos, aprobaba los programas de las asignaturas incluidas en los planes.

56 Rafael Bielsa. Los conceptos jurídicos y su terminología. Depalma. Buenos Aires, 1987, p. 112.

57 Así artículos 13 (ordinales 2°, 6°, 8°, 9°, 13, 19), 14, 16, etc.

de designación sólo refería al personal docente y proponía (no decidía) ascensos, sanciones, etc. (ley 15.739, art. 14 ordinal 7^o), sin perjuicio de que el CODICEN se lo delegara⁵⁸.

Igual que en esa otra ley esta competencia debe efectuarse “conforme al Estatuto del Funcionario y a las ordenanzas que dicte el CODICEN (...)”.

Esta disposición también prevé que pueden “dictar normas” en la materia de los funcionarios, con arreglo al Estatuto y a las ordenanzas.

*Apartado “C”: “Administrar los servicios y dependencias a su cargo”. *Apartado “E”: “Reglamentar la organización y el funcionamiento de los servicios a su cargo y adoptar las medidas que los mismos requieran”.

*Apartado “K”: “Habilitar, autorizar, supervisar y fiscalizar los institutos del nivel educativo correspondiente (...)”⁵⁹.

*Apartado “L”: “Conferir y revalidar certificados de estudio nacionales y revalidar certificados de estudio extranjeros en los niveles (...) a su cargo”.

Por su parte el art. 63 “M” contiene una norma amplia, al asignarles la adopción de “las resoluciones atinentes al ámbito de su competencia”, salvo aquellas que por la Constitución, la presente ley y las ordenanzas correspondan a los demás órganos⁶⁰.

17.5 Consejos de Educación: continuación.

Por vía de desconcentración o de delegación, según los casos, ya desde antes de la ley vigente estos Consejos están habilitados para otorgar acumulaciones de sueldos, reconocer antigüedad y pasaje de grado a docentes; declarar el cese por abandono de cargo o por ineptitud física o mental; aplicar sanciones hasta por seis meses de suspensión; efectuar trasposiciones entre créditos asignados a rubros de gastos, suministros e inversiones dentro del monto global asignado al respectivo Programa; otorgar licencia “sabática” (art. 98 del Estatuto Docente); otorgar prórrogas de actividad funcional; decretar el cese por no solicitud de prórroga de actividad docente o por edad avanzada (70 años y con causal jubilatoria), etc.

Cuando actúen por delegación, deben dejar constancia de ello en el respectivo acto, art. 134 de la Ordenanza No. 10 del CODICEN⁶¹.

17.6 Propuestas de los Consejos.

La ley les asigna también *actividad preparatoria* respecto de la del CODICEN y que no puede obviarse por parte de éste salvo que exista plazo para la respectiva actuación y no se eleve propuesta o proyecto alguno:

* Proyectar normas estatutarias “que crea necesarias para sus funcionarios (...)”, art. 63 “J”.

* Proyectar los presupuestos de sueldos, gastos e inversiones de su servicio y rendiciones de cuentas: art. 63 “F” (en este caso, existe plazo constitucional, arts. 220 y 214).

* Proponer destituciones, por causal y debida garantías, art. 63 “H”.

58 En muchos casos las potestades de los Consejos de Educación son propias de la jerarquía de sus respectivos ámbitos, lo que puede ser visto como la llamada “centralización derivada”.

59 En la ley 15.739 el otorgamiento de la habilitación era potestad del CODICEN, art. 13 ord. 13, sin perjuicio de la delegación.

60 Norma prácticamente igual al art. 14 ord. 13 de la ley No. 15.739

61 Dictada por el CODICEN el 2-XII-2004, Resolución No. 30 Acta 81, publicada en el Diario Oficial de 17-V-2005, que sustituyó a la aprobada el 14-XI-1991 que se publicó en ese Diario el 24-I-1992. Se adopta, con algunos ajustes, el decreto 500/991.

18. Presidente del CODICEN y Directores Generales

El Presidente del CODICEN⁶² y los Directores Generales de cada Consejo de Educación tienen las atribuciones del art. 67, básicamente en su calidad de presidentes y como *órganos ejecutivos*, entre ellas: presidir los Consejos respectivos, cumplir y hacer cumplir los reglamentos y resoluciones; representar al Consejo; autorizar gastos, dentro de los límites de la ley y las Ordenanzas⁶³; tomar *resoluciones urgentes*, dando cuenta a su Consejo, el cual “*podrá oponerse por mayoría de votos de sus componentes, debiendo fundar su oposición*”; adoptar las medidas de carácter disciplinario, dando cuenta al Consejo, inspeccionar el funcionamiento de reparticiones y tomar las medidas que correspondan.

19. Asambleas de docentes

El Título VII de la nueva ley, relativo al “*Estatuto del Docente y del Funcionario*” (no docente) comprende dos disposiciones, el art. 69 que incluye expresamente “*bases*” para dicho cuerpo normativo y el art. 70 que trata de estas Asambleas, sin decir que su establecimiento es, también, una de dichas bases a diferencia del art. 19 ordinal 8° de la ley No. 15.739.

Sustancialmente lo es, ya que atañe a los funcionarios docentes y permiten que éstos se expresen a través de formas institucionalizadas⁶⁴.

Las Asambleas serán tratadas más adelante, igual que otros órganos de origen legal.

20. Patrimonio

20.1 Existencia. Administración

La ANEP tiene patrimonio en tanto persona jurídica.

Al CODICEN compete su administración, salvo si los bienes están destinados a los Consejos de Educación, en cuyo caso corresponde a éstos, art. 55⁶⁵.

El art. 56 precisa que “*la adquisición y enajenación de bienes inmuebles a título oneroso, así como su afectación o gravamen*” requiere *resolución del CODICEN* por cuatro votos conformes, previa consulta a los desconcentrados si los bienes están destinados a estos. Las enajenaciones a título gratuito requieren la unanimidad de votos del CODICEN. En estos casos no resulta viable una delegación de atribuciones.

20.2 Integración

En términos del art. 68 del TOCAF, integran el patrimonio del Ente “*el derecho de dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, muebles y semovientes, así como los derechos personales que, por institución expresa de la ley o por haber sido adquiridos por el organismo*” son de su propiedad.

El art. 57 de la Ley 18.437 expresa que son ingresos de dicho patrimonio los recursos y las partidas presupuestales, los frutos naturales, industriales y civiles de sus bienes; los recursos o proventos por la venta

62 Este no recibe la denominación de Director Nacional de Educación Pública que le daba la ley No. 15.739, identificable con un órgano unipersonal con las atribuciones que se indican en el texto.

63 Aquí aparecen como órganos dotados de cierta desconcentración, en una materia regulada por el TOCAF. La desconcentración también se da con respecto a las medidas disciplinarias a que se alude en el texto.

64 La ley 10.973 de 2-XII-1947, Estatuto del Docente de Secundaria (los Estatutos se aprobaban por ley hasta la Constitución de 1952), en su art. 40 establecía que “El Consejo convocará periódicamente, por lo menos cada dos años, a Asamblea de Profesores de los Institutos y Liceos de su dependencia. Estas Asambleas tendrán derecho de iniciativa y función consultiva en los problemas técnico-pedagógicos de la Enseñanza Secundaria”.

65 El art. 55 excluye también los destinados al IUDE: hasta que no se dicte la ley necesaria respecto a éste, se entiende que los bienes son de la ANEP; luego habrá que ver la naturaleza de ese Instituto, sobre todo en tanto posee el término universitario en su denominación, la posible transferencia de bienes por ley, etc.

de la producción de sus centros educativos o por los servicios que vendan o arrienden y los que perciba por cualquier otro título.

20.3 Continuación

20.3.1 Herencias yacentes

El “*producto*” de estas se destina íntegra y exclusivamente, a atender programas de gastos e inversiones de la ANEP (ley 16.170 de 28-XII-1990, art. 669).

Los bienes inmuebles que no se realizaren en el proceso (judicial) respectivo pasan a integrar el patrimonio de la ANEP; el CODICEN debe pronunciarse por la incorporación a ese patrimonio o, de lo contrario, por la venta judicial.

Al denunciante de la yacencia, le corresponderá un tercio del valor de los bienes.

20.3.2 Transferencia de inmuebles

“Los inmuebles propiedad del Estado, persona pública mayor, adquiridos con destino a la educación pública u ocupados actualmente por las distintas dependencias o centros educativos de la ANEP quedan transferidos, de pleno derecho al patrimonio del mencionado ente” (ley 17.930 de de 19-XII-2005).

Esta norma agrega que la transferencia *“deberá aplicarse a aquellos bienes inmuebles que siendo propiedad del Estado, persona pública mayor, sean afectados en el futuro a los fines indicados (...)”*.

Por su parte, la ley No. 18.362 de 6-X-2008 facultó al CODICEN de la ANEP *“a definir la nómina de los centros educativos en que se invertirán los recursos propios del organismo provenientes de la venta de acciones de la sociedad anónima a cargo de la explotación de la playa de contenedores del Puerto de Montevideo (...)”*.

20.4 Exoneración tributaria

Los bienes de la ANEP están exonerados de tributos, en aplicación de los arts.69 de la Constitución y legales concordantes (ley 16.226 de 19-X-1991, art.395, modificado por la ley 15.736 de 5-I-1996, art. 578).

20.5 Impuesto de primaria

El *Impuesto anual de enseñanza primaria*, da lugar a ingresos destinados a financiar los créditos presupuestales de gastos e inversiones del Consejo de Primaria (alimentación escolar, útiles y material didáctico, partidas de limpieza de centros educativos, etc.)⁶⁶; son contribuyentes los propietarios de inmuebles, promitentes compradores, poseedores y usufructuarios.

21. Aspectos financieros. Presupuesto.

21.1 Presupuesto.

El Presupuesto de la ANEP integra el Presupuesto Nacional , que se aprueba por ley y que es quinquenal.

⁶⁶ Leyes 15.809, arts. 636-645; 15.903, art. 367-370; 16.002, art.157; 16.320, arts.420-421; 16.736, art. 687; 17.930, arts. 430-431.

Sobre este tiene iniciativa el Poder Ejecutivo (art. 214 de la Constitución), pero el CODICEN, por su parte, posee la facultad de origen constitucional (art. 220) de elaborar su proyecto de presupuesto, con previa propuesta de los desconcentrados en lo que les corresponde. (véase apartados 7.4, 17.2 y 17.6).

El proyecto de la ANEP debe llegar al Poder Legislativo, el cual puede optar entre el mismo y la iniciativa del Ejecutivo.

La ANEP es el Inciso 25 del Presupuesto Nacional. La ley ha permitido efectuar traposiciones de rubros para facilitar la gestión; determinar la estructura programática del Ente, distribuir créditos entre sus programas y establecer los grados y asignaciones de sus escalafones, de acuerdo con las leyes y las ordenanzas del Tribunal de Cuentas, dando cuenta a la Asamblea General, a dicho Tribunal y al Ministerio de Economía y Finanzas.

Asimismo puede transferir al ejercicio siguiente las asignaciones presupuestales de los proyectos incluidos en el Plan de Inversiones con financiación Rentas Generales, "cuando se difiera el trámite de la licitación, adjudicación o contratación de las obras, manteniendo incambiado el monto de ejecución correspondiente al ejercicio a que se traspone el proyecto"⁶⁷.

21.2 Ordenadores de gastos y pagos

El CODICEN es *ordenador primario de gastos* en tanto jerarca (máximo) del Ente Autónomo; como tal puede ordenar gastos hasta el límite de la asignación presupuestal respectiva (arts. 26 y 27 "g" del TOCAF).

Los Consejos de Educación son ordenadores *secundarios*, con límites inferiores para el gasto, pero –a su vez– el CODICEN puede delegarles las atribuciones relativas al ordenador primario, dentro del respectivo programa presupuestal (arts. 28 y 30 del TOCAF)⁶⁸.

Este art.30 habilita a titulares de proveeduría y otros servicios, para efectuar gastos menores, que no excedan el límite máximo para las contrataciones directas.

Los ordenadores de gastos lo son también de *pagos*; esta última calidad la poseen asimismo "los *Directores de servicios administrativos o funcionarios autorizados al efecto*" (art. 31 del TOCAF), los que pueden delegar "bajo su responsabilidad, en titulares de sus servicios dependientes, la facultad de ordenar pagos", hasta el límite antes indicado⁶⁹.

22. Recursos administrativos

22.1 Tipos. Procedencia

Sobre este tema, ya se indicó la normativa fundamental vigente (apartado 7.7 "f").

Los actos administrativos de los órganos de la ANEP son susceptibles del *recurso de revocación*, que debe interponerse dentro de los diez días *corridos*, en virtud de la ley 15.869 de 22-VI-1987, art.4⁷⁰.

Si el acto proviene de un órgano subordinado (Presidencia del CODICEN, Consejos de Educación, Direcciones Generales y cualquier otro posible), también procede el recurso jerárquico, interpuesto conjunta y subsidiariamente, si se desea agotar la vía administrativa. Si este órgano actúa en ejercicio de atribuciones delegadas y lo explicita en su resolución, sólo procede el recurso de revocación.

La decisión sobre el recurso jerárquico corresponde al CODICEN, con la cual se configura un "acto definitivo" y queda habilitada la vía jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

67 Ley 16.736, art. 575.

68 No se incluye en la delegación la reiteración de gastos en caso de existir observación del Tribunal de Cuentas (Ordenanza No.5 del CODICEN y resoluciones 1 Acta 41/1987 num.1 y 41 Acta 62/97 (Boletín 7/97).

69 Ejemplo, por Circular 975/92 de Primaria, se efectuó esa delegación a los Inspectores Nacionales y Departamentales.

70 La ley 15.739, art. 25 preveía el plazo de diez días hábiles.

22.2 Suspensión del acto

Los recursos *no tienen, por sí, efecto suspensivo* sobre la ejecución del acto recurrido, principio general que rige en el Uruguay y que recoge el art. 148 de la Ordenanza No. 10.

Esta disposición agrega que las ordenanzas del Ente podrán conferir dicho efecto o que el órgano que ha de resolver el recurso puede decretar la suspensión, total o parcial, a solicitud del interesado o de oficio, *“siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte recurrente daños graves y que de la mencionada suspensión no se siga perturbación grave a los intereses generales o de los derechos fundamentales de un tercero”*.

23. Otros órganos de la ANEP previstos por ley No. 18.437

23.1 Comisiones Consultivas, art. 71

Existen en cada Consejo de Educación, y se integran por funcionarios no docentes, *“de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 de la Constitución (...)”*⁷¹.

Otras Comisiones son integradas por estudiantes y por madres, padres o responsables.

En la UTU, una o más Comisiones *“de carácter sectorial, atendiendo a la diversidad productivas con participación de los diversos actores públicos y privados, trabajadores y empresarios”*.

La conformación y funcionamiento de estas Comisiones será reglamentada por el CODICEN, *“en consulta”* y *“a propuesta de los respectivos Consejos”*.

23.2 Comisiones Consultivas: composición, número y competencia

Esta última surge de la denominación, *“Consultivas”*, lo que haría que la alusión al art. 65 de la Constitución deba relacionarse con su inciso 1° y ello –por cierto– en relación a la Comisión Consultiva de cada Consejo compuesta por funcionarios.

Por la integración que prevé el art. 71 y el uso del plural que este realiza, se entiende que hay varias Comisiones Consultivas por Consejo: *“de”* funcionarios no docentes (que se vinculan al citado art. 65 de la Carta), *“de”* estudiantes y *“de”* madres, padres o responsables.

En la UTU, también Comisión o Comisiones por sectores, con una composición diversa que se relaciona con la actividad de los mismos, y que comprenderá a patronos y trabajadores, públicos y privados.

Podrán ser órganos de representación (si es que se estructuran como tales) y abarcar distintos sectores productivos.

Estos órganos emitirán opiniones o pareceres, evacuarán consultas, pero no adoptan decisiones, las que competen al respectivo Consejo.

Las Comisiones actúan *“en cada Consejo de Educación”*, términos que la ley usa para aludir a los desconcentrados (así arts. 54, Capítulo VI, art. 76), por lo cual cabe plantear la cuestión de si en el ámbito del CODICEN –en especial mientras tenga a su cargo la Formación y Perfeccionamiento Docente– existirán estas Comisiones.

23.3 Consejos de Participación, arts.76 a 78

Estos órganos funcionarán en cada centro educativo de Educación Inicial, Primaria, Media Básica, Media Superior y Técnico Profesional, integrados por *“estudiantes o participantes, educadores o docentes, madres, padres o responsables y representantes de la comunidad”*.

71 Esta norma dispone: *“La ley podrá autorizar que en los Entes Autónomos se constituyan comisiones representativas de los personales respectivos, con fines de colaboración con los Directores para el cumplimiento de las reglas del Estatuto, el estudio del ordenamiento presupuestal, la organización de los servicios, reglamentación del trabajo y aplicación de las medidas disciplinarias”*. El inciso 2° refiere a que en los *“servicios públicos (...)”*, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados (...).

La reglamentación de “su forma de elección y funcionamiento” es competencia de cada Consejo de Educación. En el caso de la Educación Media y Técnico Profesional, deberá incluirse entre los miembros, “al menos un tercio de representantes estudiantiles”.

Se trata de órganos a través de los cuales se pretende hacer efectivo el “principio de participación” del art. 48 de la ley, cuyo texto figura en el precedente apartado 12 (en el art. 48 a los “educandos” se los llama también “participantes” y se alude a la “sociedad en general”).

23.4 Consejos de Participación: competencias y medios de acción

Los Consejos de Participación son órganos de *iniciativa ante la Dirección* de cada centro.

Sus “*propuestas*” refieren al proyecto educativo del centro; celebración de acuerdos y convenios (para lo cual la Dirección requerirá la “*autorización*” del art. 41, dada la relación externa que se produce); realización de obras; obtención y destino de recursos “*extrapresupuestales*”; actividades sociales y culturales, etc.

También evacuan consultas que le formule la Dirección; pueden “*emitir opinión sobre el desarrollo de los cursos, la enseñanza impartida, la convivencia en el centro, la asiduidad y dedicación de los funcionarios docentes y no docentes*” y “*participarán*” (deben hacerlo y debe dárseles oportunidad) *en los procesos de autoevaluación que desarrolle el centro (...)*”.

La ley traza, asimismo, ciertas reglas sobre su funcionamiento ya que la Dirección debe:

*Convocarlos, por lo menos, tres veces al año, sin perjuicio de que sesionen a solicitud de la mayoría de sus miembros, explicitándose que su funcionamiento no puede “*obstaculizar el desarrollo de los cursos*”.

*Poner a su consideración la memoria anual.

Por otro lado estos órganos pueden pedir informes y realizar propuestas al propio Consejo de Educación, sin especificar si refieren al centro en el que actúen aunque puede entenderse que ello surge del contexto legal⁷².

Asimismo “*requerir la presencia de un representante de dicho Consejo, ante situaciones que lo ameriten (...)*”, lo que no quiere decir que tenga que ser un miembro de aquel.

24. Estatuto. Concepto Bases

24.1 Estatuto formal

El Estatuto en tanto conjunto normativo (Estatuto “*material*”) que rige a los funcionarios de la ANEP –en tanto tales – está contenido en la Constitución y en normas legales, así como también en el llamado *Estatuto “formal”, que es el que dicta el CODICEN* en ejercicio de la atribución del art. 204 de la Constitución.

Dicho Estatuto formal tiene la naturaleza jurídica de un *Reglamento (autónomo)*⁷³.

A su respecto, los desconcentrados tienen la atribución de “*proyectar*” normas que atiendan su especificidad, elevándolas al CODICEN “*a los efectos de su aprobación e incorporación al Estatuto de los Funcionarios del Ente*” (art. 63 J” de la ley 18.437). Ello no implica, por tanto, que haya Estatutos por cada Consejo, aunque –luego- los desconcentrados pueden dictar normas en la materia, “*con arreglo al Estatuto y a las ordenanzas*” (art. 63 “G”).

24.2 Normas constitucionales a tener en cuenta

El Estatuto formal debe respetar los arts. 58 a 61 de la Constitución (considerados en el precedente apartado 7.6).

⁷² Claro que una propuesta más abarcativa se proyectaría en general en el respectivo centro.

⁷³ Esto último porque se basa directamente en la Constitución, aunque regula materia compartida con la ley, la cual puede –según ese art.204 – establecer “reglas fundamentales” a tener en cuenta por el Consejo; no es compartido el sector de la “especialización” en que la ley no debe ingresar.

También otras disposiciones constitucionales como el art. 66 (ninguna investigación administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, “se considerará concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa”) que recibe un principio general de derecho y el art. 76 (“todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos. (...) No se requerirá la ciudadanía para el desempeño de funciones de profesor en la enseñanza superior”⁷⁴).

24.3 Bases legales

La ley 18.437 trata el tema estatutario en su Capítulo VII del Título III, arts. 69 y 70. El CODICEN, al dictar el Estatuto (formal) tiene las siguientes bases:

a) El funcionario debe acreditar 18 años cumplidos de edad y estar inscripto en el Registro Cívico, sin perjuicio de lo establecido en el art. 76 de la Constitución antes citado

b) Para los cargos de *Maestro de Educación Inicial y Primaria y de Profesores de Educación Media Básica*⁷⁵, se exige título habilitante.

c) *La efectividad en cargo docente requiere concurso*. Este es, también, preceptivo para el ingreso y ascenso del “personal administrativo”⁷⁶.

d) En la carrera docente, “se jerarquizará la evaluación del desempeño en el aula, los cursos de perfeccionamiento o postgrado, así como las publicaciones e investigaciones realizadas por los docentes”.

e) “La destitución de los funcionarios sólo podrá ser resulta por causa de ineptitud, omisión o delito, previo sumario durante el cual el inculcado haya tenido oportunidad de presentar sus descargos, articular su defensa y producir prueba”.

La máxima sanción disciplinaria requiere, pues, un procedimiento (el sumario) en que se confiera esa oportunidad (regla del debido proceso) y una causal específica.

La competencia es del CODICEN a propuesta de un Consejo de Educación, si corresponde (véase apartados 17.2 y 17.5).

Antes de la resolución del CODICEN sobre destitución, debe oírse a la Comisión Nacional del Servicio Civil: ley 15.757 de 15-VII-1985, art. 7 literal “C”, con la base del art. 60 de la Constitución. Así lo establece el art. 216 de la Ordenanza No. 10.

La ley No. 15.739 contenía otros preceptos sobre funcionarios: la incompatibilidad del desempeño simultáneo de cualquier cargo docente con la actividad de profesor particular de educandos reglamentados o libres, salvo las excepciones que determine la ordenanza que al respecto dicte el CODICEN”. Entendía por “profesor particular”, “el que desempeña actividades docentes no fiscalizadas por la ANEP” (art. 22). La Ordenanza No.45 (Estatuto Docente), art. 78, reiteró el precepto, delimitando la incompatibilidad a los “niveles de educación” que el docente imparte y exceptuó “la actividad docente particular respecto de alumnos de establecimientos diversos de aquél en que se desempeña el docente y mediando previa comunicación a la Inspección respectiva”.

La ley No. 18.437 no tiene ese precepto, salvo en el art. 61, pero allí aparece referido a los miembros de los Consejos (véase apartado 15.8); respecto a otros funcionarios, la regulación podrá derivar del Estatuto en tanto se dirija a preservar la posición del personal respecto a actividad privada con la cual aquel esté vinculado por su función, lo que corresponde tener en cuenta pues la norma implica limitación de la libertad en un ámbito ajeno al Ente.

74 En la Constitución, “superior” no se identifica con “universitario”, sino que se vincula con la teoría de la educación; supone una preparación cultural media, implica “la preponderancia de los aspectos intelectuales en los estudios” y, muy especialmente, “la orientación hacia una capacitación del estudiante para la creación independiente”, Horacio Cassinelli Muñoz. Ciudadanía y enseñanza superior. Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración T. 61 No.4, p.92-94. Ese autor tiene en cuenta, como ejemplo, el profesorado en el Instituto de Profesores “Artigas” y dice que, “en general, se entiende que es de enseñanza superior”, Derecho Público, F.C.U. Mdeo. 1999, p. 179.

75 Este es un agregado de la ley No. 18.437.

76 La ley 15.903 de 10-XI-1987, art. 373, había modificado el ord. 7º del art. 19 de la ley 15.739, estableciendo que “El concurso será obligatorio para el ingreso y ascenso del personal administrativo. Dicho requisito no regirá para el ingreso y ascenso del personal de servicio”. Dado ese texto y su relación con el ordinal anterior relativo a escalafones docentes, durante la vigencia de esa normativa resultaba razonable entender que personal “administrativo” era el no docente en general, con la única exclusión del personal de servicio, el que tenía una norma específica.

24.4 Asambleas Técnico Docentes

La ley 18.437, art. 70 prevé que “En cada Consejo de Educación funcionará una ATD representativa del cuerpo docente que tendrá derecho a iniciativa y función consultiva en aspectos educativos de la rama específica y de educación general. El CODICEN reglamentará su funcionamiento, previa opinión de los Consejos respectivos.

Las Asambleas Técnico Docentes serán preceptivamente consultadas antes de la aprobación o modificación de planes o programas correspondientes”.

El tercer inciso establece una Asamblea Técnica Docente en cada centro educativo, también con “función consultiva y derecho de iniciativa”, pero frente a la Dirección del centro⁷⁷.

Dicho art. 70 integra el Capítulo VII “Estatuto del Docente y del Funcionario” del Título III; como se dijo en el apartado 19, en la ley anterior la norma figuraba en el art. 19 que contenía las bases del Estatuto.

El CODICEN tiene la competencia de reglamentar estas Asambleas. Se volverá sobre ellas, sin perjuicio de señalarse aquí que el voto para su elección es *secreto y obligatorio* y que en todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales de las Asambleas (Nacionales) es competente la Corte Electoral (ley 16.035 de 24-IV-1989).

IV. ESTATUTO DEL FUNCIONARIO DOCENTE

25. Referencia general

Antes se hizo un señalamiento sobre la noción de Estatuto, la competencia para aprobar el Estatuto “formal” (art. 204 de la Constitución) y a las bases que éste debe seguir, las cuales surgen de la propia Constitución y de la ley que fija “reglas fundamentales”.

El “temario mínimo” del Estatuto surge del art. 61 de la Constitución, ya transcrito.

La normativa estatutaria vigente proviene básicamente de la Resolución No.65 Acta 35 dictada por el CODICEN el 14-VI-1990 con respecto al Funcionario No Docente, y de la Resolución 9 Acta 86 de 20-XII-1993 para el Funcionario Docente, la cual conformó la *Ordenanza No.45*; ambos textos han tenido diversas modificaciones.

26. Estatuto Docente: resumen

Se señalarán algunos aspectos del Estatuto del Docente, con un criterio de síntesis y sin reiterar lo que ya surge de normas constitucionales y legales citadas.

26.1 Carácter de la docencia

La docencia puede ser *directa*, si existe un “desempeño en relación continua e inmediata con el alumno” o *indirecta*, si se trata de “funciones de dirección, orientación y supervisión, u otras ejercidas fuera de la relación directa enseñanza-aprendizaje” Los cargos de docencia indirecta requieren declaración por parte del CODICEN (art.2).

26.2 Calidad del docente.

Las “categorías” de los docentes son las de:

* *Efectivo*: revista como titular del respectivo cargo y desempeña la docencia “en forma regular y estable” (arts.5 y 6).

⁷⁷ La ley 15.739, art. 19 ord.8° previó las Asambleas “nacionales” y las de los “Institutos, Liceos y Escuelas” con una competencia similar. No se establecía su preceptiva actuación respecto a planes y programas.

* *Interino*: es “aquél que se desempeña en un cargo sin titular, por vacancia definitiva en el transcurso del año docente” (art.5); su designación finaliza, como regla, al término de ese año (art.9.1 del Estatuto)⁷⁸.

* *Suplente*: es quien ocupa un cargo “cuyo titular esté impedido transitoriamente de ejercerlo, y finalizarán al reintegrarse éste, o bien, al 28 de febrero del siguiente año”.

26.3 Escalafón docente

El docente *efectivo* es el presupuestado que integra el Escalafón “H”, el cual comprende *siete grados* (art. 7). El sistema de ascensos de estos docentes es “abierto”, a partir del 1er grado, requiriéndose la permanencia de un tiempo mínimo de 4 años por grado, la obtención de un puntaje mínimo por antigüedad calificada, que abarca los rubros aptitud docente, antigüedad y actividad computada y la aprobación de los cursos que se disponga y reglamente para cada cargo (arts. 38 y 39).

Con respecto a los “sistemas” escalafonarios inspectivo y directivo, véase apartado siguiente.

Los docentes no efectivos no integran el Escalafón, pese a lo cual los “*interinos con título habilitante* para la respectiva especialidad, percibirán el 100% de la diferencia de grado que les corresponde según su antigüedad” (art. 29 y 29.1; de otra manera, percibirán el 50% de esa diferencia.

26.4 Estructura escalafonaria

Existen los “subescalafones” generales de Primaria, Secundaria, Educación Técnico Profesional, Formación y Perfeccionamiento Docente (art.10)⁷⁹.

También el “sistema escalafonario *directivo*”, que tiene seis grados y que se relaciona con la categoría del centro docente y con la pertinente dedicación. Asimismo el “sistema escalafonario inspectivo”, art. 11.2 del Estatuto, con 6 grados⁸⁰.

Los subescalafones *generales* “se agrupan por departamentos u otras formas de delimitación territorial, de modo que el docente efectivo cumpla servicios en los centros educacionales que funcionen en una misma circunscripción” (art. 11); por su parte, los de Secundaria y Técnico Profesional, se agrupan además por especialidad o asignatura (art. 12).

“La asignación horaria en los cargos docentes” se determina “por las Ordenanzas y normas de contenido presupuestal” (que no son estatutarias), según el art. 15.

Este agrega que en los subsistemas en los que la función “se cumple mediante horas escalafonadas” (caso de Educación Media y Técnico Profesional), en principio “el máximo de horas efectivas a las que puede accederse se determinará por Unidades Docentes de 20 horas semanales de labor (...)” (art.15).

Los cargos de docencia indirecta tienen la carga horaria que fijan las normas presupuestales (la regla de los de Dirección o Inspección es la de 40 horas semanales).

26.5 Orden de precedencia.

Los docentes efectivos preceden a los no efectivos a todos los efectos (art.14.1) y entre aquéllos, cuenta el grado.

⁷⁸ El art. 9.2 prevé que “las designaciones interinas en cargos de Inspección y Dirección se renovarán automáticamente al 28 de febrero, salvo resolución expresa y fundada del respectivo Consejo o Dirección General dictada antes del 15 de ese mes”.

⁷⁹ Esta disposición también estableció un subescalafón de Educación de Adultos; el art. 12.2, el de Maestros o Profesores Adcriptos y Ayudantes Preparadores. La nueva ley, 18.437, determinará diversos subescalafones: así podría distinguirse el de Educación Inicial; también tendrá otras incidencias, por ejemplo, en la Formación y Perfeccionamiento Docente (que se mantiene transitoriamente en la ANEP) y en la Educación Media, que pasa a estar a cargo de dos Consejos de Educación diferentes (Básica y Superior).

⁸⁰ Resolución 1 Acta Extraord.3 de 26-II-1996 y complementarias. El grado 1° incluye Inspector de Zona de Primaria y el de Area y asignatura en Secundaria y T.Profesional; el 2°, el I. de Práctica de Primaria, el Dptal de Primaria, de Funcionamiento y Coordinador de Areas de Secundaria, el Regional de E.Técnica, el Coordinador Regional del Ciclo Básico E.Media y el de Formación Docente. El 6° comprende al Técnico de Primaria y al Inspector Jefe en los otros subsistemas.

Dentro de cada grado, precederá quien tenga mayor puntaje promedial de antigüedad calificada⁸¹; a igual puntaje, quien posea mayor valor de aptitud docente; si la igualdad persiste, quien registre mayor antigüedad en el grado y, de ser preciso, la de egresado del Instituto de formación docente (art. 13).

26.6 Requisitos para ser funcionario

Reitera los de la ley, agregando –entre otros– *“acreditar aptitud física y mental mediante certificado médico expedido por autoridad oficial”, “no tener antecedentes penales ni morales que inhabiliten para la función docente”, “mantener una conducta acorde con los fines del Organismo y las obligaciones del cargo”*.

Exige el título para los Maestros de Primaria y de Adultos y, en los otros subsistemas, poseer título docente o, en su defecto, *“probada idoneidad en la especialidad (...)”* (art. 1 “f” y “g”). Con la ley No. 18.437 también se exige título habilitante a los Profesores de Educación Media Básica.

Cuando puede ingresarse sin título, corresponderá acreditar *“debida competencia en la respectiva asignatura”* y haber completado como mínimo los estudios de Educación Media o, en su caso, poseer título de Técnico Agropecuario otorgado por el Consejo de Educación Técnico Profesional, efectuándose un ordenamiento por méritos, para *“cuando no existan docentes efectivos o titulados sin cargo, o que aún no hayan completado la unidad docente”* (art.8.2).

En el Área de Formación y Perfeccionamiento Docente, ser egresado de los Institutos de Formación, profesores universitarios, profesionales y técnicos de nivel universitario, en asignaturas afines a su idoneidad, o docente efectivo de los Consejos desconcentrados (con la nueva Ley General de Educación, ello seguirá vigente, hasta que se “implante” el Instituto Universitario de Educación creado por su art. 84).

26.7 Derechos y deberes específicos del docente

El Estatuto, arts. 3 y 4, refiere a los *“específicos”*, ya que este personal tiene los generales de los funcionarios públicos, en tanto y en cuanto sean adecuados a la tarea docente.

Entre los derechos, el de ejercer la tarea *“en el marco de la libertad de cátedra, respetando la orientación general fijada en los planes de estudios, cumpliendo el programa respectivo y asegurando la consideración crítica de las diversas tendencias cuando corresponda”*, lo que condice con principios recogidos en normas superiores, constitucionales y legales; *“la libertad de conciencia y de opinión”*, sea de orden religioso, filosófico, político, etc, *“dentro del más estricto marco de laicidad”*; perfeccionar sus aptitudes técnico-pedagógicas, contando con el apoyo del Ente; reunirse en los locales de éste para considerar temas culturales y técnico docentes; ser calificado; acceder a traslado o reubicación según los reglamentos, etc.

Por la nueva ley, art. 69 “D”, cabe destacar el que se tenga en cuenta debidamente los cursos de perfeccionamiento, postgrado, investigaciones, etc.

Entre los deberes, *“mantener idoneidad y ejercer sus funciones con dignidad, eficacia y responsabilidad”*; responder a las exigencias de una educación integral del alumno; respetar su individualidad, *“ajustándose en su conducta a los principios de dignidad, igualdad y solidaridad humana”*; *“garantizar plenamente la independencia de la conciencia moral y cívica del educando (...)”*; abstenerse de hacer proselitismo de cualquier especie y de permitir que los bienes o el nombre del Ente sean usados con ese fin. Especifica que la violación de este último deber aparejará la destitución.

Procede tener en cuenta la prohibición de *“servirse de su función o de su carácter de funcionario” “en beneficio privado”* y de *“influir directa o indirectamente en la decisión de asuntos en los que tengan interés personal”* (art.80).

Los docentes *“cualquiera sea su grado, no podrán tramitar o patrocinar asuntos de terceros ante cualquier repartición de la ANEP salvo en caso de cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el 4° grado de consanguinidad y 2° de afinidad”* (art.80.1)

81 Para hallarlo en el caso de docentes de 7° grado, se consideran sólo las calificaciones registradas en los últimos 4 años de permanencia en el grado (resolución 48 Acta 1 de 10-I-1997, 6° Complemento).

26.8 Régimen de la efectividad

El acceso a la efectividad así como el ascenso en cargos con esa calidad, como surge de la ley, requiere concurso (art. 23 del Estatuto); las modalidades son de méritos, oposición y méritos u oposición libre, las que dependen del tipo de cargos, art. 26).

Se precisan las modalidades de este procedimiento, los que requieren llamado público, “estableciéndose los cargos para los que se concursa, con su respectivo perfil” (art. 24.1). Por otra parte, “para concursar por un cargo de superior jerarquía al que se posee en efectividad será preceptivo haber desempeñado éste por un período continuo o discontinuo no inferior a 3 años realmente cumplidos” (art.24.3).

Para acceder a determinados cargos, se requiere la ubicación en cierto grado: así, el 4º grado, para ingresar al sistema escalafonario inspectivo y directivo⁸²; el 3º grado para los institutos y centros de formación docente⁸³.

El docente que ingresa al Escalafón, por concurso, lo hace en el 1er grado. Se le computará los períodos desempeñados en cargos interinos o suplentes, “en el subescalafón y área en la cual obtiene efectividad” (art.27 y 27.1).

La efectividad se tiene por subsistema; por tanto “la homologación de antigüedad entre las funciones docentes de los distintos subsistemas, sólo tendrá efectos en cuanto a la percepción de haberes, de acuerdo con el grado que se posea” (art. 27.4)⁸⁴.

La efectividad tiene un período de duración en ciertos casos, por ejemplo en el Área de Formación y Perfeccionamiento Docente art.82⁸⁵.

26.9 Calificación

La evaluación de la actuación docente se efectuará por Juntas Calificadoras en base a los factores que se indican, según el Capítulo VII del Estatuto: aptitud docente y antigüedad computada.

La primera se fundamenta básicamente en los juicios inspectivos⁸⁶, juicios anuales de Dirección⁸⁷, cursos de capacitación y perfeccionamiento docente del respectivo año, trabajos de investigación, observaciones disciplinarias, registros de la actividad (art. 42).

En el caso de docencia indirecta, se considera especialmente su capacidad de orientación y dirección, ecuanimidad en juicios sobre subordinados, capacidad de administración institucional y eficiencia en el trabajo, comisiones técnico- pedagógicas, etc (art. 48).

Las calificaciones se verifican a través de “juicios valorativos” (art. 37)⁸⁸.

Se prevé oportunidades para la producción de informes así como un procedimiento que permite la participación del interesado: vista del informe inspectivo al docente supervisado, por el plazo máximo de 20 días hábiles; en el caso del informe anual de Dirección, por 10 días hábiles; posible “oposición” por parte del interesado, en 10 días hábiles, art. 55.

82 Art. 28.3 modificado por resolución 1 Acta Extraordinaria 3 de 26-II-1996.

83 Art.28.2 modificado por resolución 14 Acta 28 de 2-V-2000, Circular No.26/2000.

84 En coordinación con el art. 12.1, como lo declaró la resolución 5 Acta 60 de 24-VIII-1999, comunicada por Circular No.45/99.

85 En texto dado por resolución 5 Acta 77 de 10-XI-1998 (Circular 28/98): dos años, prorrogable por tres más, salvo resolución previa y expresa del CODICEN antes de 15-II, fundada en informe desfavorable de la Dirección de Formación y Perfeccionamiento Docente. De darse la prórroga, la siguiente será por 5 años, con el mismo régimen. “A los diez años caducará la efectividad”. Para los Directores y Subdirectores del IPA, el art. 99 del Estatuto, agregado por resolución 9 Acta 13/1997 (Circular 2/97) estableció que el ganador de concurso se designa por 2 años, prorrogable por 3, salvo aquella resolución; quienes resultaren ordenados en los siguientes 5 lugares son convocados, en su orden, a desempeñar el cargo de Subdirector del IPA. El derecho al cargo finalizará al cabo de 5 años consecutivos.

86 Estos toman en cuenta, entre otros, la capacidad técnico pedagógica; la conducción del proceso enseñanza-aprendizaje, considerando la adecuación al medio social; la orientación dada al curso, su desarrollo; clima de trabajo, posibilidades de desarrollo del trabajo creativo; etc.(art. 43).

87 Estos refieren a funcionarios de docencia directa e indirecta que se hayan desempeñado bajo su dirección por lo menos por 3 meses y toman en cuenta, entre otros, la aptitud y preparación para el desempeño de la función, iniciativa, disposición para el trabajo y colaboración con la institución, asiduidad y puntualidad, trato con los alumnos, trabajos técnicos de investigación o complementación educativa, integración de tribunales examinadores, etc (arts. 44 y 46).

88 1 a 30, graves reparos; 31 a 50, observado; 51 a 70, aceptable; 71 a 80 bueno; 81 a 90 muy bueno; 91 a 100 excelente.

“El docente podrá interponer los *recursos* administrativos contra la calificación anual que se le haya adjudicado, en el plazo de diez días corridos contados a partir del siguiente a su notificación” (art. 55.1).

26.10 Licencia sabática

El art. 75 establece la regulación básica del “*derecho a la realización, con goce de sueldo y exención de su tarea habitual, por el lapso de 6 meses prorrogables en 3 más, de una investigación o estudio que redunde en beneficio de la educación*”.

Exige haber ejercido la docencia en el Ente por 8 años lectivos completos, como mínimo, poseer efectividad en algún subsistema, y acreditar un puntaje promedial de aptitud docente no inferior a 91 en el último trienio.

El interesado debe presentar el plan, se apreciará “objetivos y proyecciones” del trabajo, y, se establecerá un Tribunal para juzgar cumplimiento y valor para la educación (art. 75, con resoluciones complementarias).

26.11 Acumulación de cargos/ sueldos

El principio es que “ninguna persona podrá acumular a la vez dos empleos públicos rentados ni percibir más de una remuneración con cargo a fondos públicos”, pero esta prohibición “no alcanza al personal que ejerza efectivamente funciones docentes, siempre que no exista coincidencia total o parcial de los horarios (...)” (ley 11.923 de 27-III-1953, arts.32 y 33)⁸⁹. La ley ha establecido topes para el caso admitido de acumulación⁹⁰.

El Estatuto docente trata el tema en sus arts. 16 y 17. Establece la regla de que “ningún docente podrá desempeñar en el Ente más de 48 horas semanales de labor sean éstas de docencia directa y/o indirecta. Por indivisibilidad de la carga horaria de la asignatura, se podrá llegar a un máximo de 50 horas. Por vía de excepción y, por fundadas razones de interés del servicio, se podrá acceder anualmente hasta una máximo de 60 horas semanales de función remunerada, (...)”⁹¹.

26.12 Posición de Directores e Inspectores

Tienen un régimen específico dado el perfil de sus tareas, los que requieren especial dedicación y responsabilidad.

El art. 64 del Estatuto prevé, precisamente, que “son jerarquías especialmente responsables de velar por el cumplimiento de los deberes y obligaciones del personal docente: los Inspectores en el orden de sus grados sobre las áreas de su competencia, siguiéndoles en autoridad los docentes que desempeñan cargos de Director y Subdirector o quien haga sus veces, respecto de los funcionarios a sus órdenes”.

A su vez el art. 65 establece que “se considerará falta grave el abuso de autoridad o la omisión del Superior frente a hechos o actos que afecten la regularidad del servicio a su cargo o atenten contra el principio de laicidad”.

La Dirección de cada establecimiento educacional se integra por el Director y los Subdirectores correspondientes, si los hubiere. El cargo de Director no podrá quedar acéfalo; en caso de vacancia, asumirá de inmediato el subdirector según el orden de precedencia y si no lo hubiere, transitoriamente y hasta la provisión del cargo, asumirá la Dirección el docente del instituto que tenga precedencia. Para que éste pueda percibir la diferencia de haberes, deberá mediar resolución del respectivo Consejo (art.20)

Por lo dicho existen normas específicas respecto de Inspectores y Directores en materia de acumulación, de las Asambleas Docentes (véase 27.2) etc.

89 Existen otras excepciones especiales, como por ejemplo para cargos de médico u odontólogo de Salud Pública.

90 Básicamente la ley 12.803 de 30-XI-1960, art. 115, cuyo penúltimo inciso (que regula situaciones no comprendidas por los incisos anteriores) fue modificado por el decreto ley 14.263 de 5-IX-1974, fijando un tope máximo de 60 horas semanales de labor en el conjunto de actividades acumuladas.

91 Texto dado por Resolución 62 Acta 81 de 18-XII-2003, Complemento 15, Diario Oficial del 26-I-2004.

26.13 Ciclo de actividad docente

El ciclo normal de actividad comprende 25 años docentes realmente cumplidos. Transcurrido ese plazo, si el docente tiene causal jubilatoria⁹², deberá solicitar *prórroga* a fin de continuar en actividad, la que se dará por cinco años. (art. 58 del Estatuto, en el cual ha incidido la ley 16.713 de 3-IX-1995⁹³).

Tienen que solicitarla dentro de los 30 días subsiguientes y la administración dispondrá de un plazo de 180 días corridos “para verificar la correcta actuación docente y la capacidad psicofísica requerida para el cumplimiento de las tareas”⁹⁴.

El Estatuto especifica tener aptitud y actuación docente satisfactoria (mínimo 71 puntos), en el último trienio y que se considere en las propuestas de prórroga después de 30 años, la existencia de docentes efectivos con déficit de horas en el subescalafón, especialidad y departamento del interesado.

26.14 Régimen disciplinario

Se prevén que las *sanciones* se aplican según la “entidad de la falta cometida y los antecedentes del funcionario y siguiéndose el procedimiento administrativo correspondiente”, el art. 66 del Estatuto, lo que resulta de principios generales.

Las sanciones posibles son: observación verbal; escrita con anotación en el legajo; amonestación, con esa anotación; suspensión de la función, hasta seis meses y destitución.

Los Directores o subdirectores de institutos y los Inspectores “en el ejercicio de sus responsabilidades funcionales”, pueden aplicar las tres primeras (art. 67).

En el caso de la observación escrita y la amonestación, debe darse previa *vista* al interesado por diez días hábiles, para que pueda defenderse; estas sanciones requieren homologación por el respectivo Consejo, a fin de anotarse en el legajo; si no se homologa, la sanción queda sin efecto.

Las restantes sanciones pueden ser aplicadas por el respectivo Consejo, salvo la destitución, que es de competencia del CODICEN.

Para suspensiones mayores a los 15 días se requiere *sumario*, el cual se tramita según lo dispuesto por la *Ordenanza No.10*; lo dispone por resolución fundada del jerarca de la Unidad Ejecutora (Consejo), quien designará al instructor y adoptará eventualmente medidas conexas (suspensión preventiva de funcionario con retención de medio sueldo, las que no pueden superar los seis meses u otras, como un traslado).

26.15 Cese

La extinción de la relación funcional de un docente, específicamente del efectivo, puede producirse por:

a) renuncia aceptada, b) abandono de cargo comprobado; c) destitución como sanción máxima, “en casos graves de inconducta”, como la de proselitismo o la ineptitud técnico docente (calificación de menos de 51 puntos en aptitud docente), con pronunciamiento de la Junta de Inspectores (art.40); d) tener 25 años de actuación y causal jubilatoria, si no se solicita u obtiene prórroga de actividad; e) por cumplir 70 años de edad y tener derecho a jubilación, salvo que se le autorice la prórroga por necesidades del servicio (arts.59 y 60).

En el caso de los interinos o suplentes, el cese puede acaecer, además, por el término correspondiente a su designación.

92 Al efecto los servicios docentes son bonificados, en su cómputo: arts. 16 in fine y 37 B3 de la ley 16.713 de 3-IX-1995. Rige la bonificación de decretos 502/984 y 563/994: por ejemplo, en Secundaria y Técnico Profesional, se da la proporción de 7 años por cada 6 años de prestación real de docencia.

93 Esta ley de Previsión Social derogó la causal jubilatoria anticipada del docente, que se configuraba por 25 años de actividad o por 20 años de ejercicio y 50 de edad siempre que la cesantía no hubiera sido por omisión o delito.

94 De acuerdo con la ley 16.462 de 11-I-1994, art. 194, el cual prevé que si ese plazo transcurre sin resolución denegatoria por las causales mencionadas, la prórroga se reputará concedida.

26.16 Reingreso

Este puede verificarse si existe probada capacidad psicofísica; aptitud y actuación docente satisfactoria (mínimo 71 puntos) en el último trienio; inexistencia de docentes efectivos con déficit de horas o titulados sin cargo, en el subescalafón, especialidad y departamento de que se trate y el transcurso de un año desde el cese (art.61).

El docente efectivo que cesó por renuncia aceptada reingresa como no efectivo; sólo puede (re)adquirir la efectividad por concurso.

Si se cesó por abandono de cargo, el reingreso será como no efectivo y sin computarse los tiempos generados en la actividad anterior al cese.

En el caso de que el docente se haya jubilado, el reintegro se hará como no efectivo, "*percibiendo sus haberes por el equivalente al costo horario del grado que poseía a la fecha de su jubilación*" si suspende el goce de la pasividad. De otra manera percibirá haberes en el primer grado escalafonario (art.63).

27 . Asambleas Técnico Docentes

27.1 Normas generales

De acuerdo con la Ley de Educación, existen Asambleas de docentes de cada centro educativo y Asambleas por Consejo (nacionales), a las que refiere el art. 94 del Estatuto; ellas fueron mencionadas en los precedentes apartados 19 y 24.4.

Las "nacionales" tienen "*derecho de iniciativa y función consultiva en los problemas técnico pedagógicos de la rama respectiva y en temas de educación general*", en términos del citado art. 94.

La ley No. 18437 les confiere preceptiva intervención, con carácter de asesoramiento, en lo referente a planes de estudio o programas del nivel correspondientes.

El antes citado art. 94 del Estatuto agrega que "*serán integradas por representantes de los docentes de cada subsistema, electos por voto secreto y representación proporcional*".

27.2 Reglamentación específica

El CODICEN las reglamentó por acta 60 resolución 89 de 31-VIII-1989, vigente con algunas modificaciones.

De esta reglamentación, que se complementa respecto de los "aspectos operativos" por cada Consejo, se destacará lo siguiente:

a) art.3 Las Asambleas Técnico Docentes emitirán opinión en todas las cuestiones indicadas que los Consejos les sometan a consulta; ejercerán iniciativa como órganos de asesoramiento; pueden pedir datos e informes; elegir la Mesa Permanente, crear Comisiones y Salas docentes.

b) arts.5 a 8: las de cada Instituto son el órgano de opinión de su personal docente. La participación en ellas es obligatoria y está integrada por los docentes efectivos e interinos con por lo menos un año de antigüedad.

Les compete analizar la labor de la Asamblea Nacional; proponerle temas, estudiar y pronunciarse sobre los informes preparatorios de la Asamblea, así como sobre temas técnico-pedagógicos o educativos, sean generales o del propio centro.

c) Las restantes disposiciones tratan de las Asambleas "Nacionales", entre ellas las que prevén que:

c.1) Se reúnen anualmente, en principio en la segunda quincena de febrero, con una duración máxima de 7 días (art.13); puede haber convocatorias extraordinarias, incluso a iniciativa de la Mesa Permanente de las Asambleas.

c.2) El sistema electoral es el de la representación proporcional; el voto secreto y obligatorio; el período de mandato de tres años ("principios" que figuran en el art.22 y concordantes arts. 31 y 32).

La reglamentación de la elección de delegados corresponde a la Corte Electoral, la que efectuará la proclamación de los electos (ley 16.035 y arts. 21, 24 y 33 de la reglamentación citada).

c.3) Se prohíbe a los Consejeros, a los Directores y subdirectores de institutos, Inspectores y Secretarios docentes *“la realización concerniente a la actividad electoral, previa o concomitante (...)”* (art.23).

c.4) Entre las *disposiciones especiales* por rama de enseñanza, se encuentra la relativa a electores y elegibles. En Educación Media son electores *“todos los docentes en ejercicio, de docencia directa o indirecta efectivos y los interinos con un mínimo de un año de antigüedad”*; por su parte también son elegibles, si bien en el caso de los interinos se requiere una antigüedad de 3 años.

Es una norma general la de que *“los docentes Inspectores no podrán ser electores ni elegibles, pero podrán participar en las Asambleas Nacionales de su rama respectiva con voz y sin voto, si se requiere su comparecencia o parecer”* (art.46).

Los padrones de habilitados para votar serán preparados por cada Consejo.

c.5) Las Asambleas tienen su respectiva Mesa Permanente, de cinco miembros electos por aquellas. La Mesa tiene las funciones de preparación e instalación de la Asamblea y cometidos que ésta le confiera; proposición, recepción y estudio de asuntos a integrar el temario de la Asamblea; efectuar la coordinación necesaria, etc. (art.19).

c.6) El temario de las Asambleas se compone de proposiciones del CODICEN o del respectivo Consejo de Educación; proposiciones de la Asamblea en ejercicio para la posterior; de las Asambleas por centro docente, si las aprueba la propia Asamblea; en su caso, ésta puede ampliar el temario, con determinada mayoría.

c.7) Es *“obligatoria la concurrencia a las Asambleas Nacionales, así como a las Mesas Permanentes, entendiéndose que forma parte de los deberes propios de la función docente, salvo justa causa de impedimento (...)”* (art.54).

V. DERECHOS Y DEBERES DE EDUCANDOS Y PADRES O RESPONSABLES

28. Referencia general

Ellos se prevén en normas constitucionales e internacionales, sin perjuicio de lo cual el Capítulo IX del Título III de la ley No. 18.437 también lo hace en el marco de los principios ya vistos.

29. Educando

El *“interés superior del educando”* es el *“Principio específico de interpretación e integración de la ley”*, denominación de su Título V, art. 120, según el cual ese interés *“consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”*.

El Código de la Niñez y Adolescencia (ley No. 17.823 de 7-IX-2004) contiene similar previsión en su art. 6°. Por otro lado, su art. 2° establece que *“Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas”*; se alude de inmediato, art. 3°, al derecho *“a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”* y el art. 8° a que los derechos *“serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades (...)”*.

30. Derecho a la educación

El niño y adolescente y como toda persona en tanto educando es el *“sujeto de la educación”* (art. 5° de la ley No. 18437).

30.1. Convención sobre los Derechos del Niño

Esta convención citada en el apartado 3, art 28.1, prevé que los Estados Partes y a fin de que el derecho a la educación “se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades”, deberán en particular:

- a) implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella (...);
- c) hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad por cuantos medios sean apropiados;
- d) hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Su art. 29 que dichos Estados convienen en que “la educación del niño debe estar encaminada a: a) desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades, b) inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; c) inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que se originario y de las civilizaciones distintas a la suya; d) preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre (...)”

30.2. Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes

Esta convención -también citada en el apartado 3- en su art. 22 prevé el derecho a la educación de los jóvenes y, además de lo indicado en ese apartado, agrega que los Estados Parte “reconocen que la educación es un proceso de aprendizaje a lo largo de toda la vida, que incluye elementos provenientes de sistemas de aprendizaje escolarizado, no escolarizado e informales, que contribuyen al desarrollo continuo e integral de los jóvenes”; que el derecho a la educación “es opuesto a cualquier forma de discriminación” y que se comprometen, entre otras medidas, “a promover la adopción de medidas que faciliten la movilidad académica y estudiantil entre los jóvenes (...)”, etc.

31. Ley No. 18.437, art. 72 (incluido en el Título III relativo al Sistema Nacional de Educación Pública)

31.1. Derechos de los educandos

Establece que “Los educandos de cualquier centro educativo tendrán derecho a:

- A) Recibir una educación de calidad y acceder a todas las fuentes de información y cultura (...).
- B) Recibir los apoyos educativos específicos y necesarios en caso de discapacidad o enfermedad que afecte su proceso de aprendizaje.
- C) Agremiarse y reunirse en el local del centro educativo. “Cada Consejo reglamentará el ejercicio de este derecho”, para lo cual requiere la (necesaria) participación de los educandos, lo que se relaciona con los “Consejos de Participación” de cada centro, como se desprende de los literales que siguen.
- D) “Participar emitiendo opinión y realizando propuestas a las autoridades de los centros educativos y de los Consejos de educación (...)”.
- E) Emitir opinión sobre la enseñanza recibida (...).

Existe un derecho específico, de las alumnas en estado de gravidez, a seguir con sus estudios, a recibir apoyo y “justificar las inasistencias pre y post parto, las cuales no podrán ser causal de pérdida del curso o año lectivo”.

31.2 Deberes de los educandos

A) Cumplir con los requisitos para el cumplimiento de los planes y programas de estudios y para la aprobación de los cursos.

B) Respetar la normativa y las resoluciones de los órganos competentes y de las autoridades del centro educativo.

C) Respetar los derechos de todas las personas que integran la comunidad educativa.

31.3 Derechos/ deberes de madres, padres o responsables

31.3.1 Normas supralegales

Tienen los inherentes a su calidad de tales, que se reconocen o establecen en la Constitución y normas concordantes (ejemplo, art. 16 del Código de la Niñez y Adolescencia respecto a deberes⁹⁵ o 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁶).

31.3.2. Ley No. 18.437, art. 75

Prevé el derecho a que el hijo o representado pueda concurrir y recibir clase regularmente en el centro educativo que le corresponda; a participar de las actividades del centro y elegir a sus representantes en los Consejos de Participación y en las Comisiones Consultivas; a ser informados periódicamente sobre la evolución del aprendizaje de sus hijos o representados.

Por su parte, el deber de asegurar la concurrencia al centro educativo, seguir a sus hijos o representados y apoyarlos en el proceso de aprendizaje, respetar y hacer que aquellos respeten la autoridad pedagógica del docente, las normas de convivencia del centro y a los demás integrantes de la comunidad educativa.

32. Estatuto del Estudiante de Educación Media

El CODICEN lo aprobó por Resolución No. 2 Acta No. 47 de 8-VII-2005.

“Tiene como objetivo desarrollar los principios fundamentales tendientes a asegurar al educando el ejercicio de una ciudadanía plena y la inserción en la sociedad, con conocimiento de sus derechos y responsabilidades”, art. 1°.

Entre los derechos del educando, reconoce el de expresión del pensamiento, *“a cuyos efectos se incluye “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas. Su opinión se tendrá debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez (...)”*; la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento administrativo que lo afecte; la libertad de asociación y la de celebrar reuniones pacíficas; etc.

A su vez, *“por la condición de integrantes de la comunidad educativa y como medida formativa para la vida en sociedad, los educandos deben asumir las responsabilidades que contribuyan al desarrollo de su personalidad generando asimismo un espíritu de tolerancia, igualdad y solidaridad, con promoción del respeto de los derechos de los demás”, art. 14; cumplir “las normas de convivencia consensuadas en el marco del respectivo centro educativo”.*

⁹⁵ Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho del niño y adolescente; el derecho de este a ser oído y considerar su opinión, prestarle orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos, etc.

⁹⁶ El primero establece que los Estados Partes “respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (...), los tutores u otras personas legalmente encargadas del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. El segundo, que dichos Estados “pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

VI. FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DOCENTE

33. Instituto Universitario de Educación

33.1 Creación

La ley No. 18.437, art. 84 crea el Instituto Universitario de Educación (IUDE) “en el ámbito del Sistema Nacional de Educación Pública”, a fin de que realice “actividades de enseñanza, investigación y extensión. Formará maestros, maestros técnicos, educadores sociales y profesores, y otorgará otras titulaciones que la educación nacional requiera”.

El art. 86 establece que el IUDE “expedirá títulos universitarios”.

La organización y las reglas sobre el funcionamiento del IUDE surgirán de la labor de una Comisión de Implantación, art. 85, para que antes del 30-IV-2010 formule “una propuesta general para la estructura académica y curricular, la cuantía y características del personal, el patrimonio, el presupuesto y finanzas necesarias para la instalación y puesta en marcha, el marco legal, fines, organización”, etc. Define que el órgano de conducción deberá incluir representantes electos por docentes, estudiantes y egresados, y representantes de la ANEP y la UR. Se prevé un proceso que culminará con una ley orgánica del Instituto.

La referida creación es nominal en tanto recién culminado el proceso señalado se tendrá un Instituto con cierta naturaleza jurídica, la cual determinará una serie de consecuencias en cuanto a presupuesto, estatuto del personal, etc.

Por el art. 202 inciso 1° de la Constitución que refiere a la “Enseñanza Pública Normal” la naturaleza que corresponde es la de Ente Autónomo, por lo que –según el art. 189 aplicable según el art. 205 – la creación necesita los dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara (la mayoría absoluta fijada por los arts. 203 y 204 es para leyes sobre integración y cometidos y atribuciones de los Consejos Directivos de los servicios docentes).

La Comisión de Implantación del IUDE propondrá a la ANEP y a la Universidad de la República “programas conjuntos para la formación de docentes de todos los niveles de la enseñanza pública”.

33.2 Situación transitoria

El Título VI-apartado “H” de la ley 18.437 “faculta al CODICEN de la ANEP a adoptar las decisiones que correspondan para mantener la continuidad de la formación y el perfeccionamiento docente a su cargo hasta el momento de aprobación de esta ley”. Ello en el período en que “no esté en funcionamiento el IUDE” y sin perjuicio de los “programas conjuntos” antes indicados.

34. Área de Formación y Perfeccionamiento Docente de la ANEP.

Por la razón apuntada se hará mención de esta Área, ya que la ley No. 15.739, art. 13 num.11 encomendó al CODICEN “Organizar y realizar, a nivel terciario, (...) la formación y perfeccionamiento del personal docente”, a cuyos efectos podía celebrar convenios con la Universidad de la República.

La Dirección de Formación y Perfeccionamiento Docente de ANEP ha tenido a su cargo la administración de dicha área y la participación en la formulación de políticas educativas que a ella corresponden. También le compete asesorar al CODICEN y promover acciones en la misma, en coordinación con los Consejos descentrados, etc.

El cargo de Director (Ejecutivo) de esa Área fue creado por la ley No. 15.809 de 8-IV-1986, art. 606, la que estableció que lo designa el CODICEN por tres votos conformes y que puede ser removido sin expresión de causa en cualquier momento por igual mayoría⁹⁷.

Del Director dependen Subdirecciones del Área Magisterial, de la de Educación Media y la Técnica, cargos que pertenecen al Escalafón “R”, residual.

A las Subdirecciones les compete participar con la Dirección en la consideración de asuntos docentes, determinar las acciones de orientación y supervisión, efectuando coordinaciones al respecto, etc.

La Dirección está facultada para adoptar decisiones tales como designar docentes en su Área, aceptar sus renunciaciones; conceder ciertas licencias; efectuar llamados a aspiraciones y concursos; designar tribunales correspondientes a esos llamados y homologar sus fallos; disponer la instrucción de procedimientos disciplinarios y aplicar ciertas sanciones; ordenar gastos e inversiones hasta cierto tope; admitir reintegros docentes; etc.

En esta Área están los *Institutos de Formación Docente* (IFD) de todo el país, los Institutos Normales de Montevideo “María Stagnero de Munar y Joaquín R.Sánchez” y el Instituto de Profesores “Artigas”.

35. Centros Regionales de Profesores

A partir de 1997 se crearon estos Centros (CERPs), destinados a la formación de profesores para Educación Secundaria y Técnica en el interior, a los que se definió como “*unidades académicas de fuerte concentración horaria*”.

Sus egresados recibirían el título de Profesor de Educación Media en la respectiva especialidad y tendrían los “*mismos derechos escalafonarios*” que los egresados de los Institutos de Formación Docente⁹⁸.

Además de la formación inicial de profesores, se les encomendó desarrollar “*políticas y acciones de capacitación y perfeccionamiento orientadas al mejoramiento de las calidades académicas, pedagógicas y de gestión educativa del personal docente de Educación Media en las respectivas regiones*”.

Por resolución de 21-IV-2005⁹⁹, los CERPs fueron integrados a la Dirección de Formación y Perfeccionamiento Docente.

36. Consejos Asesores y Consultivos

En cada uno de los Institutos de Formación Docente existe un Consejo Asesor y Consultivo, según la ley 16.507 de 24-IV-1994.

Los Consejos de los Institutos de la capital se componen de cuatro representantes del cuerpo docente (el primero de los cuales lo presidirá), tres por los alumnos y dos por los egresados de cada Instituto; en el interior respectivamente tres, dos y uno.

Los representantes de los docentes cesan si dejan de pertenecer al Instituto de que se trata y los de los estudiantes si dejan de tener la calidad de reglamentados, no aprueban al menos una asignatura en doce meses o egresan del centro docente.

97 Por otro lado corresponde recordar que la ley 15.739, art. 12, asignó al CODICEN una facultad sustantivamente constituyente, la de crear –por cuatro votos conformes y resolución fundada – “una o más Direcciones Generales de especial jerarquía para administrar ramas de la Educación que por su importancia y singularidad” así lo requirieran y que no fueran “por texto legal de la competencia expresa y específica de otros órganos estatales”.

98 La resolución inicial básica sobre los CERPs fue la No. 2 Acta 5 de 13-II-1997 del CODICEN. En ella se establecieron jornadas semanales de 40 horas reloj con clases de asistencia obligatoria de lunes a viernes, en el lapso I-III y 30-XI-, con 1400 horas reloj. Dispuso que en la “etapa organizacional” dependerían de la Dirección Nacional de Educación Pública (su titular, el Presidente del CODICEN) “a través de la Secretaría de Capacitación Docente. Completado su proceso organizacional pasaría a integrar el Área de Formación Docente (...)”.

99 Res. 30 Acta 25 (Circular No.21/05).

Para la elección el voto es secreto y obligatorio y se aplica el sistema de representación proporcional, controlándose el procedimiento electoral por la Corte Electoral (esta no asume directamente la organización de la elección), que reglamenta el CODICEN¹⁰⁰.

Los miembros durante dos años en sus funciones y para ser reelectos deben haber transcurrido dos años desde el cese.

La competencia de estos Consejos es básicamente la siguiente:

**Asesorar*, por propia iniciativa, a la Dirección del Instituto sobre aplicación de planes y programas; regímenes de evaluación y pasaje de grado y horarios; integración de tribunales examinadores; práctica docente; actividades culturales de apoyo, bibliotecas y educación a distancia; necesidades presupuestales; toda circunstancia que *“afecte la regularidad o eficacia del proceso enseñanza-aprendizaje o el cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales del sistema educación en el centro respectivo”*.

**Proponer* a esa Dirección *“previo diagnóstico, las medidas técnico docentes”* que estimen pertinentes.

**Evacuar consultas “concretas”* que formule la Dirección.

Puede verse que tienen atribuciones de asesoramiento e iniciativa.

Las *“facultades decisorias en todo cuanto concierna a lo técnico-docente y administración”* de cada Instituto, compete a la Dirección (art. 3 de la ley, cuyo titular podrá participar del Consejo con voz y sin voto (art.4).

VII. ORGANISMOS Y ÓRGANOS PREVISTOS EN LA LEY 18.437. INTEGRACIÓN Y COMPETENCIAS

37. “Sistema Nacional de Educación Pública”

En el apartado 13 se mencionó la integración de este Sistema, con el órgano Ministerio de Educación y Cultura, los Entes Autónomos ANEP y Universidad de la República y *“demás entes autónomos de la educación pública estatal”*, frase esta última que dependerá de otra u otras leyes.

Por otro lado la Comisión Coordinadora de la Educación Pública.

En la medida que la ANEP fue especialmente considerada, aquí se verán:

38. Ministerio de Educación y Cultura (MEC)

Este órgano del Estado (persona pública estatal mayor), dependiente –con desconcentración – del Poder Ejecutivo, según el art. 51 de esta ley tiene los cometidos de desarrollar los principios generales de la educación; facilitar la coordinación de las políticas educativas nacionales y articularlas con las de desarrollo humano, cultural, social, etc.; promover la articulación de la educación con las investigación científica y tecnológica y la cultura; presidir ámbitos de coordinación de acuerdo con la ley; coordinar la representación internacional de la educación nacional; relacionarse con el Poder Legislativo según la Constitución, etc.

En tanto en el sector educativo existe organización autonómica (art. 202 inciso 1° de la Constitución), al Ente Autónomo ANEP le compete *“elaborar”* (además de instrumentar y desarrollar) las políticas educativas en los niveles que le corresponden (art. 53 “A” de la ley) e igualmente a la Universidad de la República se le asigna la *“enseñanza pública superior”* y su Consejo Directivo establece *“la dirección general de los estudios universitarios”* (arts. 2° y 21 de la ley No. 12.549 de 16-X-1958).

Por ende, los *“cometidos”* del Ministerio en ese campo de la educación se centra en tareas de coordinación, articulación, promoción, etc.

100 De la reglamentación se destaca: si una persona pertenece a más de un orden, prevalece el docente y, a su vez, el estudiantil sobre el de egresados; el orden docente se integra por quien ejerce docencia directa o indirecta en el Instituto en el año de la elección. Aquéllos que son de circunscripción nacional, caso de los Inspectores de Formación Docente, votarán como egresados. No son elegibles, por ningún orden, los Directores de los Institutos de Formación Docente y no lo son por el orden de egresados, los Inspectores del Área, su Director Ejecutivo y Subdirectores de Formación Docente así como los consejeros del CODICEN.

38.1 Comisión Coordinadora, arts. 106-112

38.1.1 Integración. Organización

Está ubicada (“funciona”) en el MEC y se integra por el Ministro o el Subsecretario; el Director de Educación del MEC; el Rector o el Vice-Rector de la Universidad de la República y (otros) dos integrantes de su Consejo Directivo; el Presidente del CODICEN de la ANEP u otro miembro de dicho órgano; dos integrantes del CODICEN de la ANEP (estos aparecen en literal aparte del Presidente u otro miembro, por lo cual el CODICEN tendrá tres miembros, igual que el Consejo Directivo de la UR); también “representantes de las nuevas instituciones autónomas que se crean”.

Esta última representación habrá que precisarla: no se establece número ni las propias instituciones involucradas: será el IUDE, mencionado en el apartado 33 y el Instituto Terciario Superior que se menciona más adelante, los que son “creados” por la ley pero que requieren leyes para que, realmente, se los organice, determine su naturaleza jurídica, etc.

La Comisión Coordinadora del Sistema Nacional de Educación Pública tiene una Secretaría Permanente, a la cual el MEC y los entes de enseñanza asignarán funcionarios e infraestructura necesaria; aunque integre el MEC, se quiere marcar el deber de colaboración de dichos Entes.

38.1.2 Comisiones especiales

La Comisión “conformará” una *Comisión Nacional para los Derechos Humanos*, que propondrá líneas generales en la materia y una Comisión que coordine “políticas, programas y recursos” y promueva y jerarquice *la educación física, la recreación y el deporte en el ámbito educativo*.

Se enfatiza, pues, estas “materias”, siempre en la labor de “coordinación”, que aparece en las denominaciones de los arts. 110 y 111.

La coordinación del *Sistema Nacional de Becas* (art. 112) se basa en una Comisión ya existente, la cual se articula con el Fondo de Solidaridad; a ella le corresponde “aprobar las solicitudes de becas”. Por otro lado, se la enlaza con las Comisiones Coordinadoras Departamentales (ver apartado 40), las cuales remitirán las propuestas de becas y colaborarán con su supervisión.

38.1.3 Competencias de la Comisión Coordinadora

El art. 108 le asigna: velar por el cumplimiento de fines y principios de la ley; coordinar, concertar y emitir opinión sobre políticas educativas públicas e impartir recomendaciones a los Entes; promover la planificación de la educación pública; convocar al Congreso Nacional de Educación, que se menciona en apartado 44.2

Los medios jurídicos para la coordinación son las recomendaciones, sobre todo para el caso de Organismos que integran la Comisión y no actúen según los criterios concertados en su ámbito; también convocar comisiones de asesoramiento y estudio de temáticas educativas.

La coordinación en esta materia y las atribuciones del órgano que actúe al efecto, debe “coordinarse” con la autonomía emergente de la Constitución, art. 202 y leyes complementarias.

Existe una coordinación *interna* en cada Ente (así al Consejo Directivo de la UR, corresponde “coordinar la investigación y la enseñanza impartida por las distintas Facultades y los demás Institutos y Servicios que constituyen la Universidad”¹⁰¹; al CODICEN de la ANEP, “definir las orientaciones generales de los niveles y modalidades educativas” de su ámbito y “homologar los planes de estudio aprobados por los Consejos de

101 Art. 21 “C” de la ley No .12.549.

Educación¹⁰², pero se necesita una coordinación más allá de cada Ente y entre los distintos actores institucionales del Sistema¹⁰³.

Corresponde tener presente otras competencias dadas a la Comisión Coordinadora:

*Reglamentar los procedimientos de validación y evaluación de conocimientos, habilidades, etc., logrados fuera de la educación formal: art. 39.

*Reglamentar el funcionamiento de las Comisiones Coordinadoras Departamentales de la Educación.

Si se considera la competencia constitucional e incluso legal de los órganos, la Comisión tendría que formular proyectos a aprobar por parte del Poder Ejecutivo-MEC.

39. Otros Institutos del Sistema Nacional de Educación Pública

39.1 Instituto Universitario de Educación (IUDE), tratado en el apartado 33

39.2 Instituto Terciario Superior (ITS)

Lo “crea” el art. 87. “Estará constituido por una red de instituciones ubicadas en diferentes lugares del país”, “desarrollará actividades de educación terciaria, integrando la enseñanza, investigación y extensión” y “formará técnicos en diversas áreas de la producción y los servicios”.

Se agrega que “Los conocimientos y créditos adquiridos será reconocidos o revalidados por las demás instituciones terciarias o universitarias, de forma de facilitar la continuidad educativa (...)”, lo que implica un mandato de coordinación emergente de la propia ley.

Igualmente que con el IUDE, el art. 88 prevé que la organización y reglas de funcionamiento del ITS surgirán de un proceso que comenzará con el trabajo de una Comisión de Implantación, para que antes del 30-IV-2010 formule “una propuesta general para la estructura académica y curricular, la cuantía y características del personal, el patrimonio, el presupuesto y finanzas necesarios para la instalación y puesta en marcha, el marco legal, fines, organización”, etc. Define, también, que el órgano de conducción deberá incluir representantes electos por docentes, estudiantes y egresados, y representantes de la ANEP y la UR.; se prevé un proceso que culminará con una ley orgánica del Instituto.

La Comisión de Implantación impulsará programas regionales de enseñanza terciaria y programas nacionales de desarrollo de la misma en áreas específicas (agraria, artística, tecnológica, etc).

A este Instituto corresponderá el nivel de la Educación Terciaria (4 “A”, art 22) diverso al de Formación en Educación y al Terciario Universitario, lo que surge, –además de las disposiciones citadas – del art. 79¹⁰⁴.

102 Art. 59 “B” y “D” de la ley No. 18.437.

103 Sobre el tema, Albero Pérez Pérez. Coordinación de la enseñanza en la Constitución. Rev. Centro de Estudiantes de Derecho No. 92, p. 64. Héctor Barbé Pérez. Aspectos administrativos en la reforma constitucional uruguaya, 1967, p. 45-47 y La coordinación de la enseñanza en Estudios jurídicos sobre la administración pública que surge en el Uruguay, 1970, p. 24. Felipe Rotondo. Coordinación de la enseñanza. Cuadernos de la Facultad de Derecho, 2ª serie, No. 14, p. 70, donde figura cuadro de la Comisión Coordinadora desde su creación, por vía administrativa en 1963 y hasta la ley No. 15.739.

104 “La Educación Pública Terciaria se constituirá con la Universidad de la República, el IUDE y los Institutos de Educación Terciaria” (el plural aquí utilizado puede relacionarse con la referencia a “redes de instituciones” que constituirán el ITS, según el art. 87).

40. Comisiones Departamentales de Educación (Capítulo XVI del Título III Sistema Nacional de Educación Pública)

40.1 “Concepto”

En primer lugar se establece que *“La descentralización y coordinación territorial entre todas las instituciones vinculadas a la educación es un elemento central para el logro de las metas educativas”*, art. 89.

Ello condice con la norma incluida en el art. 50 de la Constitución (inciso final proveniente de la reforma de 1996), según la cual *“el Estado impulsará políticas de descentralización, de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”*.

40.2 Integración y competencias

Habrá una por Departamento según el art. 90, el cual también las llama Comisión Coordinadora Departamental de la Educación.

La integran representantes: uno por cada Consejo de Educación de la ANEP y de (no dice específicamente uno) del IUDE, ITS, del Consejo Nacional de Educación No Formal, del Consejo Coordinador de Educación en la Primera Infancia y de la Universidad de la República.

Se encomienda la reglamentación del funcionamiento de estas Comisiones a la Comisión Coordinadora del Sistema Nacional de Educación Pública, como se indicó en 38.1.3. Ella podrá establecer mecanismos de coordinación regional entre tales Comisiones.

Sus cometidos son, entre otros, promover la coordinación de planes y programas, de manera de que se atiendan intereses y problemas locales; asesorar sobre aplicación de recursos en el Departamento y construcción y reparación de edificios de enseñanza; proponer becas a otorgar a estudiantes con dificultades económicas.

40.3 Antecedentes

En 1987 el CODICEN de la ANEP creó Comisiones Departamentales de Edificación Educativa, excepto en Montevideo, a fin de una mejor ejecución del Plan de Inversiones en cada departamento. Los cometidos asignados fueron relevar necesidades edilicias; coordinar acciones en esa materia; administrar los recursos que se le confirieran o recibieran por donaciones; etc; las presidía el Inspector Departamental de Primaria.

En 1991, se consideró *“necesario extender el mecanismo de descentralización de modo de lograr una mayor racionalidad y eficiencia en la utilización de los recursos en cada localidad y asegurar celeridad, eficacia y economía”*¹⁰⁵ y así es que se crearon las Comisiones Departamentales de la ANEP.

Las mismas radicaban en cada capital departamental del interior y se integraban por los funcionarios de mayor jerarquía de cada subsistema del Ente a nivel departamental.

Se estableció que debían sesionar ordinariamente cada 15 días y extraordinariamente a solicitud de uno de sus miembros, con presidencia rotativa anualmente, entre cada uno de aquellos.

Entre las atribuciones se citarán: a) *de decisión* (organizar actos culturales patrióticos y deportivos; clausurar transitoriamente locales docentes por razones de seguridad, dando cuenta a Arquitectura; efectuar permutas de materiales en desuso y de producción de escuelas agrarias o especiales; autorizar el uso de edificios o recursos materiales ociosos para otros servicios docentes o de extensión de la ANEP; reubicar el personal administrativo y de servicio; autorizar permutas de cargos de igual categoría, dando cuenta a los Consejos, etc.); b) *de propuesta*, con relación a innovaciones curriculares o metodológicas adaptadas al respectivo medio; horarios y calendarios especiales de clase; reasignación de destino de personal que ocupe cargos básico-docentes, con excepción de Direcciones y Subdirecciones, etc..

105 Resolución No.1 Acta 60 dictada por el CODICEN el 9-IX-1991, concordantes y modificativas.

41. Nuevos órganos en el MEC:

En el apartado 14.2 se hizo referencia a la Educación No Formal y a la Educación de (o en) Primera Infancia, actividades respecto a las cuales se crean órganos, a saber:

41.1 Consejo Nacional de Educación no Formal (arts.92 a 95)

Tiene una “*Comisión Directiva*” de tres miembros, designados por la ANEP, la UR y el MEC.

Sus “cometidos” son articular y supervisar programas y acciones de educación no formal; llevar un registro de instituciones de esa educación; promover la profesionalización de su personal docente, etc.

Luego (art. 95) se establece que “*tendrá funciones de asesoramiento y consulta*” e iniciativa, aunque se le encomienda la actividad registral señalada.

Por otro lado se prevé un Consejo (el art. 95 también lo llama Comité) Asesor y Consultivo, en el cual se incluyen dos representantes de las instituciones *privadas*.

41.2 Consejo Coordinador de la Educación en la Primera Infancia, arts. 98-101

Se precisa que dependerá de la Dirección de Educación del MEC (ello no se hace con el anterior, aunque la materia le corresponde).

Se integra por 1 representante del MEC que lo preside, y representantes (no se precisa número, puede suponerse 1) del Consejo de Educación Inicial y Primaria de la ANEP, del INAU, del MSP, y también de los educadores en primera infancia y de los centros privados en el sector (aquí aparecen dos “representaciones” diversas, de los educadores como tales y de los institutos privados).

Le corresponde “*promover una educación de calidad en la primera infancia*”, articular y coordinar programas y proyectos, realizar propuestas; asesorar al MEC para la *autorización, supervisión y orientación de los centros privados* (los requisitos de éstos aparecen en el art.104 y fueron resumidos en el apartado 14.2 (llamada 38)

El MEC lleva el Registro Nacional de Centros de Educación Infantil privados y es competente para autorizarlos (con aquel asesoramiento).

El referido Registro sustituye al “Registro Nacional de Guarderías” creado por el art. 9° de la ley 16.802 de 19-XII-1996; el art. 11 de esta ley estableció que el MEC “reglamentará el funcionamiento de los cuerpos inspectivos”, lo que puede entenderse vigente ya que a dicho Ministerio corresponde la supervisión y el control de los centros privados, ley 18.437, art. 101 “C”.

A su vez, su art. 101 “D” prevé la atribución de aplicar sanciones, “*desde la observación hasta la clausura definitiva del centro*”, en frase que podría interpretarse abarcativa de otras sanciones (apercibimiento, suspensión: pero al no preverse esta última e incidir en el funcionamiento de una actividad privada, no parece admisible).

La norma agrega que el MEC “podrá recomendar sanciones económicas”, con citas del Código Tributario. No se especifica el órgano que adopta la medida¹⁰⁶.

42. Educación Policial y Militar

El Capítulo XVIII, correspondientes al Título III, del Sistema Nacional de Educación Pública, fija el “concepto”: “(...) en sus aspectos específicos y técnicos estará a cargo de los Ministerios del Interior y Defensa Nacional, respectivamente”, art. 105.

106 Cabe entender que sería el Poder Ejecutivo, pero sin embargo el MEC puede disponer la “clausura definitiva”. El art. 11 de la ley 18.602 preveía que una Comisión Honoraria, dependiente del MEC con desconcentración, podía aplicar a las guarderías infractoras, “sanciones económicas consistentes en multas de UR 10 (diez unidades reajustables) a UR 100 (cien unidades reajustables) (art. 95 y concordantes del Código Tributario), pudiéndose llegar hasta su clausura definitiva”.

“Los aspectos curriculares generales se regirán por los mismos criterios que los niveles educativos correspondientes”; la selección e ingreso de docentes cumplirá los mismos requerimientos de esos niveles y en los planes de estudio estarán las “líneas transversales” del art. 40 de la ley (se mencionaron en apartado 14.3).

De manera que se aplicará lo previsto por esta ley, en lo que no sea “específico y técnico” propios de esta enseñanza.

Se crea una Comisión integrada por los Ministerios involucrados, ANEP y UR para “elaborar un proyecto de ley de rediseño integral de la educación policial y militar”, no más allá del 1-I-2012.

43. Otros Organismos u órganos

(insertos en Títulos diversos al III-Sistema Nacional de Educación Pública)

43.1 Instituto Nacional de Evaluación Educativa (Título IV, arts. 113 a 119)

43.1.1 Naturaleza jurídica. Dirección

Lo crea el art. 113, *“como persona jurídica de derecho público no estatal”*.

De manera que es un *“Organismo” público pero que no integra la organización estatal*; se relaciona con esta (la ley dice “con el Poder Ejecutivo”) a través del Ministerio de Educación y Cultura.

Su órgano jerarca es una Comisión Directiva de 7 miembros designados: 1 por el MEC, que la presidirá; 3 por el CODICEN de la ANEP, 2 por la UR y 1 *“por la educación privada inicial, primaria y media habilitada”*.

Tales integrantes deben ser *“personas que, por sus antecedentes personales, profesionales y conocimientos en la materia, aseguren independencia de criterio, eficiencia, objetividad e imparcialidad (...)”*¹⁰⁷. Durarán cuatro años; pueden ser designados por otra única vez, y se mantienen en sus cargos hasta el nombramiento de quienes los sucedan.

43.1.2 Cometidos

Le corresponde *“evaluar la calidad de la educación nacional a través de estudios específicos y el desarrollo de líneas de investigación educativas”*.

Agrega que *“Asimismo deberá: evaluar la calidad educativa en el Uruguay en sus niveles inicial, primario y medio”* (lo que parece surgir de la mención genérica anterior) y *“proponer criterios y modalidades en los procesos evaluativos del Sistema Nacional de Educación”* en esos niveles¹⁰⁸; *“aportar información que contribuya a garantizar el derecho de los educandos a recibir una educación de calidad”* y *“acerca de los aprendizajes de los educandos”*; *“dar a conocer el grado de cumplimiento de los objetivos y metas establecidos por los diferentes organismos, entes (...)”*; *“favorecer la producción de conocimiento sobre los procesos de evaluación”*; *“asesorar al MEC en cuanto a la participación en instancias internacionales de evaluación”*.

El Instituto efectuará cada dos años un informe sobre el estado de la educación en el país, teniendo en cuenta los resultados de las evaluaciones nacionales o internacionales; el acceso, cobertura y permanencia en cada nivel educativo, resultados, relevancia y pertinencia de contenidos educativos, etc. Lo remitirá a los Poderes Legislativo y Ejecutivo y organismos de enseñanza, además de ser publicado y darle la mayor difusión, con resguardo de la identidad de educandos, docentes e instituciones *“a fin de evitar cualquier forma de estigmatización y discriminación”*.

A su vez, aquellos organismos deben brindarle los medios necesarios para cumplir sus cometidos.

107 Términos idénticos a los utilizados para los miembros de la Unidades Reguladoras de Servicios de Comunicaciones (ley 17.296 de 21-II-2001, art. 75) y de Servicios de Energía y Agua, ley No. 17.598 de 13-XII-2002, art. 4°.

108 Estos niveles son los que corresponden a los miembros de la Comisión Directiva designados por la educación privada.

El conocimiento cierto sobre los elementos referidos es vital para la conducción y gestión de la educación; permite advertir la incidencia de diversos factores (socio-económicos, etc.) en los aprendizajes y diseñar, con base real, las políticas a seguir en la materia.

La ley, art. 117, marca “*criterios rectores*”: coherencia entre currículos y recursos educativos con los principios y fines fijados en la propia ley; profesionalidad de los docentes, adecuación de procesos educativos a las necesidades e intereses de educandos y a los “ejes transversales” legalmente establecidos; eficiencia de la administración de recursos de todo tipo, etc.

43.1.3 Atribuciones. Impugnación de actos

La ley confiere a la Comisión Directiva del Instituto las atribuciones de “administrar, distribuir y fiscalizar sus recursos económicos”, si bien no determina cuáles son éstos; celebrar convenios; designar y cesar su personal así como fijar sus retribuciones y establecer su régimen.

Tiene la dirección del Instituto, como surge de su propia denominación y también porque “administrar” en Derecho público incluye la disposición patrimonial; se le aplicarán las normas generales relativas a las personas de derecho público no estatal, por ejemplo en cuanto a controles¹⁰⁹.

La ley regula el régimen de impugnación de las resoluciones de la Comisión, de manera *similar* al de otras entidades de la igual naturaleza:

- a) Recurso de reposición dentro de los 10 días de hábiles contados desde el siguiente a la notificación;
- b) La Comisión tiene 30 días hábiles para instruir y resolver, “*configurándose la denegatoria ficta por la sola circunstancia de no dictarse resolución dentro de dicho plazo*”; c) Demanda de anulación, por razones jurídicas, ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil dentro de los 20 días (corridos) siguientes al de la notificación de la denegatoria expresa o del día siguiente al de la configuración de la ficta¹¹⁰.

44. Órganos del Sistema Nacional de Educación

(así se denomina el Capítulo IX del Título II-Sistema Nacional de Educación)

Estos órganos serán públicos por su creación por ley pero ellos quieren ser expresión de un “Sistema Nacional” que es público-privado y no constituye una persona jurídica; por esto último, en rigor serían más bien ámbitos o espacios para la reunión de diferentes sectores, que –con su regulación normativa– tienen formalizados ciertos aspectos.

El carácter público-privado se nota por la integración de estos órganos.

44.1 Comisión Nacional de Educación (COMINE)

44.1.1 Integración

La forman: miembros (se supone todos) de la Comisión Coordinadora del Sistema Nacional de Educación Pública; Directores Generales de los (4) Consejos de Educación de la ANEP; “la máxima autoridad” del IUDE (que se establecerá por una futura ley; partiendo de la base que será colegiada, se planteará el número de “representantes”); el Presidente del Directorio del INAU; 2 representantes de la educación privada de los niveles de la ANEP; 1 de la educación privada universitaria; 1 “de los trabajadores” y otro “de los trabajadores de la educación” (el anterior, no sería de la educación); 2 representantes de los estudiantes (se supone de los diversos niveles y cabe plantear si son 1 de la enseñanza pública y otro de la privada); 1 de los empresarios y 1 de las organizaciones no gubernamentales vinculadas a la educación.

109 Felipe Rotondo Tornaría. Actualización de esquema sobre personas jurídicas de derecho público no estatal, Anuario de Derecho Administrativo T.XIV-2007, p.619.

110 El accionante debe ser titular de un derecho subjetivo o interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto impugnado.

El Poder Ejecutivo reglamentará “en su caso, el procedimiento para la elección o designación de los representantes (...)”.

44.1.2 “Naturaleza y cometidos”

La ley, art. 43, prevé que la COMINE “constituirá un ámbito nacional de deliberación sobre políticas educativas” y “tendrá carácter de asesoramiento y consulta” en lo que atañe a: “A) Procurar la articulación de las políticas educativas con otras políticas públicas. B) Integrar comisiones de asesoramiento o de coordinación en temas vinculados a la presente ley y a otras normas de la materia educativa. C) Propiciar foros, congresos” sobre temas educativos.

El MEC lo apoyará en lo presupuestal, administrativo, organizativo y técnico.

Surge, claro, el carácter consultivo y de asesoramiento, el que *no* aparece como preceptivo en el requerimiento ni vinculante en lo relativo al seguimiento de sus criterios.

Se reitera que no es estatal pero el Estado, por la vía del MEC, tendrá que darle aquel apoyo en virtud de los cometidos de interés público que se le asignan.

44.2 Congreso Nacional de Educación

44.2.1 Integración

Lo crea el art. 44, el que dispone que “tendrá una integración plural y amplia que refleje las distintas perspectivas de la ciudadanía en el Sistema Nacional de Educación”.

Se marcan, pues, las pautas generales a esos efectos, pero no efectúa concreción de número de miembros o de sectores a “reflejar”, de forma de acceder a la participación, etc.

El Poder Ejecutivo, en ejercicio de la competencia del art. 168 ordinal 4º de la Constitución tendrá que dictar la reglamentación correspondiente.

44.2.2 “Naturaleza y cometidos”.

El Congreso “constituirá el ámbito nacional de debate del Sistema Nacional de Educación y tendrá carácter asesor y consultivo en los temas de la aplicación de la presente ley”.

Se trata, pues, de un espacio para el análisis y consideración de esos temas (en su caso contender sobre ellos), mientras que la COMINE se centra en políticas educativas, aunque también puede integrar comisiones asesoras o de coordinación sobre dichos temas.

No se aclara quiénes son los asesorados o quiénes pueden consultar al Congreso; al respecto cabe tener un criterio amplio, dados los asuntos sobre los que puede tratar.

El art. 108 “F” prevé que es convocado por la Comisión Coordinadora del Sistema Nacional de Educación Pública, de manera que las cuestiones tendrían que ser canalizadas a través de ésta, la cual debe convocarlo “como mínimo en el primer año de cada período de gobierno”. Ello así como la integración, revelan el carácter extraordinario del órgano”.

VIII. INSTITUTOS PRIVADOS DE EDUCACIÓN.

45. Situación jurídica

Estos institutos desarrollan su actividad en virtud de la libertad de enseñanza (art. 68 de la Constitución), sin perjuicio de las reglas constitucionales ya mencionadas.

A efectos de la “validez oficial” de los estudios, existen los siguientes mecanismos:

46. Habilitación de estudios de nivel no universitario

A este mecanismo refiere la ley 18.437, arts. 59 "N" y 63 "K" y actualmente la normativa existente es la Ordenanza No.14, aprobada por el CODICEN el 29-XII-1994.

47. Aspectos de la Ordenanza No. 14

A) Pueden ser *Directores y Subdirectores* de los Institutos habilitados, personas que sean ciudadanos o prueben tener no menos de un año de residencia en el país y adecuada formación docente (para Primaria, título de Maestro nacional o extranjero revalidado; para Educación Media, título habilitante o satisfactoria actuación docente en dicho nivel, en institutos públicos o privados por tres años como mínimo, o poseer méritos relevantes; en el nivel terciario, título docente o universitario y actuación como Profesor en enseñanza pública o privada de Formación Docente, por no menos de tres. años.

Dada la exigencia de la ley 18.437 relativa al título habilitante específicamente para la Educación Media Básica, se entiende que procederá reexaminar el aspecto reglamentario citado.

B) El nombre del establecimiento no podrá coincidir, a nivel departamental, con el de un centro oficial o privado.

C) Se prevé el ajuste de los cursos a "*planes y programas vigentes para Institutos Oficiales*", aunque "*podrán desarrollar un currículo diferente, si a juicio del Consejo respectivo existe una razonable equivalencia respecto de objetivos, contenidos básicos y pautas de evaluación*" (art. 5°).

D) La Dirección será la responsable de la orientación pedagógica que se imparte y de la educación cívica y moral. Debe facilitar la labor de los Inspectores (art. 10).

E) Cada Instituto puede fijar su calendario anual y distribuir sus actividades, cumpliendo con el mínimo de días u horas de clase vigente; etc.

F) Los institutos habilitados que dejen de funcionar deben comunicarlo al fin del año lectivo y entregar el archivo e inventario de la documentación.

A su vez, si "*caduca*" (se revoca) o se suspende, por incumplimiento, la habilitación, el Consejo correspondiente adoptará las medidas necesarias para que los estudiantes puedan seguir sus estudios en institutos oficiales o privados.

G) La designación del personal docente "*es de competencia y responsabilidad exclusiva del Instituto*".

H) La Dirección del habilitado a nivel de Secundaria confeccionará el calendario de exámenes e integración de mesas, según pautas del Consejo; los Directores podrán integrarlas, presidiéndolas, si son efectivos de Secundaria o lo fueron, en su especialidad.

I) Para Institutos de Formación Docente, el CODICEN establecerá "*el plan mínimo obligatorio y controlará luego su cumplimiento*" (art. 41). Deben ajustarse "*a un régimen equivalente al establecido en las Instituciones oficiales respecto de las exigencias de ingreso de los alumnos, condiciones de escolaridad, sistema inspectivo y régimen de calificaciones y pruebas de evaluación*" (art. 42). El CODICEN concederá a los egresados el título habilitante del área respectiva, con las mismas prerrogativas que a los de centros oficiales.

Sobre este nivel de Formación Docente, con la ley No. 18.437 se ha modificado el régimen jurídico del sector privado, como se indica en el apartado 48.3

48. Autorización a nivel universitario. Norma con valor y fuerza de ley.

El Decreto-Ley 15.661 de 29-X-1984 estableció que "*los títulos profesionales que otorguen las Universidades privadas, cuyo funcionamiento haya sido autorizado por el Poder Ejecutivo, para su validez deberán ser registrados ante el MEC (...)*". "*Una vez registrados, tendrán idénticos efectos jurídicos que los otorgados por la Universidad de la República, e independientemente de éstos*".

48.1 Continuación: reglamentación. Universidad/instituto universitario

La parte expositiva del decreto No. 308/995 de 11-VIII-1995 tiene en cuenta que la materia regulada refiere “a la validez y eficacia de los títulos profesionales” y que la regulación se ubica en “el más estricto respeto de la libertad de enseñanza, garantizada por el art. 68 de la Constitución, que es inherente a la personalidad humana (Constitución, art. 72) y forma parte de las bases fundamentales de la nacionalidad (Constitución, art. 80 num. 6º)”.

El citado decreto está vigente, con algunas modificaciones¹¹¹. Define la enseñanza terciaria y, dentro de ella la universitaria, que es aquella que “por su rigor científico y profundidad epistemológica, así como por su apertura a las distintas corrientes de pensamiento y fuentes culturales, procure una amplia formación de sus estudiantes que los capacite para la comprensión crítica y creativa del conocimiento (...)”, art. 2º.

Se estará ante una Universidad si la institución realiza “*actividades de enseñanza, investigación y extensión en tres o más áreas disciplinarias no afines orgánicamente estructuradas en Facultades, Departamentos o Unidades Académicas equivalentes*”; se toman en cuenta las áreas en que se dicte al menos una carrera completa de primer grado.

De otro modo, y si se dicte al menos una carrera completa de primer grado, una maestría o un doctorado, serán Institutos Universitarios, art. 4º.

48.2 Autorización

El acto administrativo de “*autorización para funcionar*” referirá a las carreras planteadas por la institución gestionante y habilitará la expedición de los títulos profesionales universitarios que prevé el art. 19: Licenciatura Universitaria (primer grado, con estudios no inferiores a 1800 horas reloj de clases, distribuidas en lapso no inferior a cuatro años lectivos); Especialización; Maestría y Doctorado

El título expedido por una institución autorizada, una vez inscripto en el MEC, tiene idéntico efecto jurídico que el emanado de la UR.

48.3 Educación terciaria

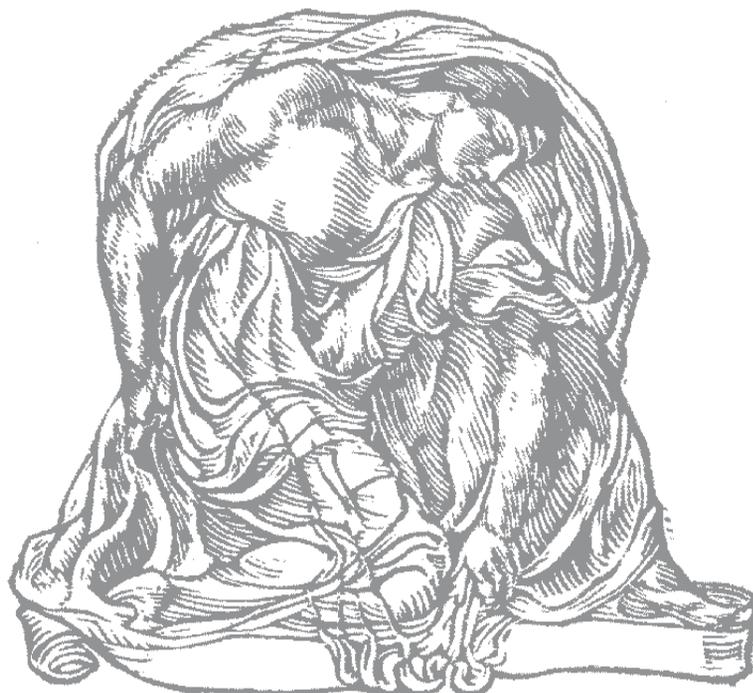
Las instituciones de enseñanza terciaria no universitaria *pueden* solicitar el reconocimiento del nivel académico de sus estudios y títulos expedidos, art. 5º-

La ley No. 18.437, art. 82 prevé que “*La educación terciaria privada se regirá por lo establecido en el Decreto-Ley No. 15.661 de 29-X-1984 y sus decretos reglamentarios*”.

En ese sentido y de acuerdo con lo previsto por los arts. 22 y 31 de la citada ley, *la formación en educación es del nivel terciario, “con carácter universitario”, por lo cual el sector privado que lo desarrolle se rige por la normativa a la cual se remite el art. 82 y ya no por la reglamentación del CODICEN de la ANEP*¹¹².

111 Introducidas por decretos 149/996; 406/996; 33/997, 127/997, 209/998; 309/002; 64/007 y 481/008.

112 La educación pública de ese nivel se mantiene en la ANEP transitoriamente, como ya se vio; la privada, ya se rige por esta otra normativa.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 53 de 13 de febrero de 2008.

GATTI, Flavia

Legitimidad de la tercerización de servicios médicos.

Sentencia del Juzgado letrado de Primera Instancia del Chuy N° 34 de 28 de junio de 2007 y Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal N° 184 de 2° Turno de 5 de junio de 2008.

LANGON CUÑARRO, Miguel

Absolución por el delito de violencia privada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 53 DE 13 DE FEBRERO DE 2008.

VISTOS :

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "ECO IMÁGENES SRL con BANCO DE PREVISIÓN SOCIAL. Acción de Nulidad" (No. 149/05).

RESULTANDO :

I) Que a fs. 2, compareció la parte actora solicitando la anulación de la Resolución R.D. No. 2-20/2004, dictada por el Directorio del B.P.S., en fecha 28/1/2004, por la cual se declaró que los profesionales médicos que prestan servicios en la empresa ECO IMÁGENES S.R.L., revisten carácter de dependientes de la empresa.

Se agravió del acto impugnado, señalando que la actividad de los médicos que prestan servicios a la empresa no revisten el carácter de dependientes y en consecuencia tampoco se configura materia gravada por el B.P.S.- En tal sentido, afirmó que la relación entre los médicos y la empresa es de un típico arrendamiento de servicios regulado por el art. 1776 del Código Civil y ss.-

LEGITIMACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

1. Resumen de la sentencia

Una empresa de servicios médicos que se dedica a la realización de ecografías e imágenes médicas celebró contratos de prestación de servicios profesionales con cuatro médicos.

El BPS entendió que la relación entre la empresa y los médicos era una relación laboral encubierta por lo que correspondía el cobro de las contribuciones de seguridad social (CESS) sobre los honorarios abonados. El argumento principal manejado por el BPS fue que los servicios prestados por los profesionales médicos eran parte del giro comercial habitual de la empresa *"lo cual constituye un elemento determinante de la relación de dependencia existente"*.

La empresa señaló la existencia de varios elementos de la relación que confirman la existencia de una relación independiente (por ejemplo ausencia de horarios, no percepción de rubros laborales, etc.) En particular, argumentó que el BPS no cumplió con su carga de probar la existencia de relación laboral y por tanto, no destruyó la presunción de legitimidad consagrada en el artículo 162 de la ley 16.713

El Tribunal anuló el fallo por unanimidad por entender que el BPS no se ajustó a la verdad material. Lo novedoso de esta sentencia es que se pronuncia en forma categórica sobre el argumento que el BPS ha mantenido durante años de que no es posible tercerizar las actividades que constituyen el giro del negocio.

Agregó al respecto, que no existe entre dichos profesionales y la empresa una relación de subordinación, elemento éste tipificante de la relación de trabajo.

Sostuvo asimismo, que no se dan los elementos de subordinación referentes a horario, licencias, cantidad de pacientes y remuneración de dichos profesionales.

Manifestó a su vez, que todos los profesionales tienen independencia técnica, organizan su actividad, días de atención, cuándo concurren o no, suspenden y cambian sus horarios de acuerdo a sus necesidades, fijan la cantidad de pacientes a atender, jamás percibieron salario vacacional, ni licencia, ni aguinaldo; por tanto, no existe ningún elemento configurante de una relación de dependencia como sostiene el B.P.S.-

Por todo lo que solicitó se anule el acto administrativo impugnado.

II) Que a fs. 16, compareció la Administración demandada expresando que el acto administrativo impugnado fue dictado conforme a derecho.

En tal sentido, sostuvo que sí existieron elementos determinantes de la existencia de una relación de dependencia entre los profesionales médicos y la empresa ECO IMÁGENES S.R.L.-

Al respecto, señaló que los servicios prestados por los profesionales médicos son parte del giro comercial habitual de la empresa demandada, no tratándose de una actividad anexa ni accesorio o de apoyo, siendo éste un elemento determinante de la relación de dependencia existente.

Señaló a su vez, que en la especie existieron claros elementos determinantes de una subordinación. En dicho sentido, señaló el suministro de herramientas, materiales y máquinas que eran de cargo de la empresa contratante, y los médicos solo aportaban su trabajo.

2. Para el BPS no es posible la tercerización legítima de las actividades principales de la empresa

Un rápido análisis de los informes inspectivos, resoluciones de ATYR y del Directorio del BPS de los últimos años, nos mostrará que el organismo parte de una premisa absoluta: no es posible tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio. Si se opta por contratar servicios, a través de profesionales, unipersonales o bajo cualquier otra forma jurídica, que sean iguales o similares a los del núcleo del negocio de la empresa contratante, ello constituye un claro indicador de la existencia de relación laboral.

Decimos que es una premisa de trabajo del BPS porque una vez que el organismo constata este extremo, se le quita trascendencia al análisis de los otros elementos que la doctrina y jurisprudencia consideran como indicadores de la existencia de una relación independiente. Aún cuando en los hechos existan estos indicadores, el BPS ha considerado que existe una relación laboral encubierta porque parte de la premisa que la tercerización no es legítima.

Esta sentencia del TCA expresamente le dice al BPS que está equivocado: la tercerización del rubro principal de la empresa no es un indicador de la existencia de relación laboral.

Es la primera vez que vemos que el TCA se pronuncia tan categóricamente sobre el punto: la premisa del BPS no sólo no es válida sino que ni siquiera puede ser considerada como un indicador de la existencia de relación laboral.

3. El TCA concluye que la tercerización del núcleo del negocio no es un indicador de la existencia de relación laboral.

En la contestación de la demanda, el BPS afirmó que: *"...los servicios prestados por los profesionales médicos son parte del giro comercial habitual de la empresa demandada, no tratándose de una actividad anexa ni accesorio o de apoyo, siendo éste un elemento determinante de la relación de dependencia"* (el subrayado es nuestro).

El TCA se pronunció sobre el punto, confirmando la posición del Procurador del Estado: a los efectos de determinar la existencia de una relación laboral no es relevante el análisis de cuál es la actividad que se ter-

Manifestó asimismo, que no coinciden los dichos de la actora con los expresados por los profesionales médicos, pues de los mismos surge que éstos no disponen de su tiempo como les parece, y tampoco en relación a la cantidad de pacientes que atienden; pues esto, es fijado por la empresa.

Señaló también, que en lo que respecta a la remuneración, también se perciben elementos de subordinación, pues el mismo se fija entre la actora y la IAMC, no interviniendo para nada el médico, y en el caso de los particulares éstos abonon directamente a la clínica al momento de realizarse los estudios.

Concluyó manifestando que el hecho de que los profesionales estén inscriptos en la Caja de Profesionales Universitarios, no es relevante en relación al cúmulo de elementos probados de relación de dependencia entre la actora y los profesionales señalados.

Por todo lo que solicitó se desestime la demanda.

III) Que se abrió el juicio a prueba, fs. 22, agregándose la que luce certificada a fs. 107, y alegaron las partes por su orden fs. 109-110 y 113-115, respectivamente.

IV) Que se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien dictaminó a fs. 196; se citó para sentencia, fs. 198 y giraron los autos a estudio de los Sres. Ministros. quienes la acordaron en legal forma.

ceriza. La sentencia expresa: “Como bien ha señalado el Procurador del Estado, la circunstancia de que la especialidad de los médicos ecografistas constituya el rubro principal de la empresa actora no es indicativa de que el vínculo laboral que les une a la misma se inscriba en una relación de dependencia...”.

La posición de la sentencia no hace más que reconocer el principio de libertad consagrado en la Constitución y en particular en su manifestación de la libertad de la empresa de organizar sus recursos en forma legítima y de la manera que sea le sea más conveniente a sus intereses económicos. No existe ninguna norma que impida a la empresa decidir libremente la descentralización de una parte de su giro o de ciertas tareas que típicamente no forman parte del mismo.

Ya la doctrina y la jurisprudencia laboral se habían pronunciado sobre el punto, afirmando que la distinción entre giro principal y accesorio era un “criterio destinado a perimir en el tiempo y responde más a la valorada actitud de poner un dique de contención a la tercerización, que a razones jurídicas que legitimen el trazado de la línea divisoria...”¹. En particular, la doctrina laboral (liderada por Pla Rodríguez) hacía hincapié en la ausencia de normas legales que restringieran la descentralización al ámbito de las actividades secundarias o complementarias.²

Los Tribunales de Apelaciones de Trabajo³ tenían posición sobre la legitimidad de la tercerización de aspectos esenciales del negocio e inclusive el TCA ya esbozaba una posición sobre el punto en una sentencia del 2004: “No se comparte que por la naturaleza de los servicios prestados tanto por Dutra (enfermera) como por

1 Raso Delgue, La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Cuarenta y dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, página 41.

2 Alejandro Castello, Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo, página 17

3 Tribunal de Apelaciones de Tercer Turno: “En nuestro derecho no hay norma jurídica que delimite las actividades que pueden ser objeto de tercerización. El empresario, propietario de los medios de producción, decide los contratos a celebrar con trabajadores subordinados, con trabajadores autónomos, con otras empresas. La elección es del empleador (...) y los contratos que celebre producirán los efectos correspondientes a la realidad jurídica que vincula a las partes...” AJL 2000, Sentencia 105 del 28.03.2000, página 619. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno: “En efecto, analizando las probanzas allegadas a la litis con criterios de razonabilidad y sana crítica –art. 140 CGP – la Sala arriba a la convicción de que no existe en la especie la pretensa hipótesis de tercerización ficticia en desmedro de los créditos laborales, como postulan los recurrentes, sino que se asiste a la relación contractual entre las empresas accionadas, a través de una legítima tercerización de servicios de carga y descarga, conexos con la actividad principal, entre dos empresas totalmente independientes, en el marco de la mayor eficiencia y competitividad, lo que en definitiva resulta relevante a los efectos del mantenimiento de las fuentes laborales en el país.” AJL 2001, Sentencia N° 291, 19.11.2001, página 451

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie se verifica el correcto agotamiento de la vía administrativa, así como la oportuna introducción de esta pretensión anulatoria. Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en condiciones de ingresar al aspecto sustancial del caso planteado.

II) Que en autos se procesa la Resolución No. 2-20/2004 de fecha 28 de enero de 2004, dictada por el Directorio del Banco de Previsión Social mediante la cual se declaró que los profesionales médicos que prestan servicios en “ECO IMÁGENES S.R.L.” lo hacen en relación de dependencia con la empresa mencionada (AA fs. 279/280).

Los agravios de la accionante refieren, en síntesis, a que tal resolución resulta ilegítima por cuanto establece que los médicos que trabajan para la institución lo hacen en relación laboral de dependencia. Manifiesta que todos los profesionales médicos que prestan servicios a la actora lo hacen en régimen de arrendamiento de servicios acorde a las normas del Código Civil. Aduce que no se verifican los elementos configurativos de la subordinación a que refiere el acto en causa, ya que los honorarios que cobran los fijan los propios médicos y son facturados a porcentaje, no cobran aguinaldo, tienen independencia técnica, trabajan para otras instituciones del área de la salud y aportan regularmente a la Caja de Profesionales Universitarios. Por otra parte, conforme a las previsiones del art. 162 de la Ley No. 16.713, gozan de la presunción a su favor de existir una relación independiente que sólo puede caer ante prueba fehaciente en contrario, que el BPS no aportó.

En su oportunidad, la demandada adujo que los elementos de juicio obtenidos en las actuaciones inspectivas conducen a la convicción de que los profesionales son dependientes de la empresa actora y, por tanto, sus

Porto (nutricionista – dietista), los mismos sólo puedan y deban cumplirse en relación de subordinación. Sino que por el contrario se entiende que- aún si como los servicios profesionales o técnicos requieren una cierta integración dentro de la empresa-, igualmente es posible que los mismos sean prestados tanto en relación de subordinación laboral, como en relación de independencia entre las partes (el Sanatorio y la profesional universitaria o la empresa unipersonal)”⁴

La reciente ley de tercerizaciones viene, en nuestra opinión, a poner fin a la posible discusión generada por la posición del BPS. En efecto, la ley 18.251 en su artículo 1° entiende que “*Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesorio....*”.

La ley parte del supuesto que es legítima la subcontratación para la realización de actividades que forma parte del núcleo del negocio de la empresa principal. No existe ninguna limitación en las actividades que pueden ser objeto de subcontratación. La relación entre la empresa principal y contratada puede ser una auténtica relación independiente y lo que se regula es la responsabilidad de ambas empresas por los empleados utilizados para “el beneficio” de ambas empresas.

Teniendo en cuenta lo anterior y a la luz de la nueva normativa, ya no parece posible sostener válidamente como premisa de trabajo que la tercerización de actividades centrales o neurálgicas es ilegítima, ilícita o fraudulenta porque siempre encubre una relación laboral.

4. Otros elementos analizados en la sentencia como indicios de la existencia o ausencia de relación laboral.

A continuación resumimos los elementos mencionados por las partes como indicadores de la existencia o inexistencia de relación laboral y cuáles fueron los que en definitiva consideró el Tribunal para arribar a su conclusión.

(i) Elementos alegados por la empresa

4 TCA, Sentencia N° 89 de 2004.

remuneraciones deben ser gravadas por las contribuciones especiales de la seguridad social. Hace caudal de circunstancias tales como que los servicios de los médicos constituyen sustancialmente el giro de la empresa; que la empresa recibe a los pacientes los que, a su vez, son derivados a los médicos con quienes no tienen relación contractual; que los profesionales utilizan la infraestructura de la empresa y no participan de los avatares de la misma; que no tienen personal a su cargo; y que, finalmente, no consta que los profesionales hayan celebrado contrato por escrito ni que hubieren sido inscriptos.

III) Que a juicio del Tribunal, por el voto unánime de sus integrantes y compartiendo el dictamen del Procurador del Estado, corresponde amparar la demanda y disponer la anulación del acto resistido. La cuestión planteada en autos tiene como antecedentes las actuaciones inspectivas realizadas en la empresa "ECO IMÁGENES S.R.L.", en virtud de las cuales se solicitó toda la documentación de dicha empresa relacionada con las personas que allí trabajaban, recibiendo incluso declaración jurada del personal administrativo y de profesionales que realizaban tareas en la clínica. En mérito a esas actuaciones, la Dirección Técnica de ATYR informó que, a su juicio, existía relación de dependencia laboral de los médicos que allí trabajaban (AA fs. 276 a 278), dando motivo al dictado de la Resolución que se procesa en autos.

En el marco de la normativa legal aplicable, a todas luces resulta insuficiente la prueba indiciaria en que se funda la resolución. En efecto, de las declaraciones de cuatro de los médicos involucrados -cabe destacar que dos de ellos nunca declararon, pese a lo cual igualmente se les incluyó como dependientes- surge que estos profesionales realizaban su tarea coordinándola con sus otros compromisos laborales puesto que no tenían exclusividad con la empresa actora; y en orden a sus retribuciones, estaban proporcionadas al número de pacientes atendidos y no cobraban salario vacacional ni aguinaldo ni gozaban de licencias. En caso de no

A efectos de probar que la relación con los médicos era un auténtico contrato de prestación de servicios, la empresa hizo hincapié en los siguientes elementos:

- Los honorarios los fijan los propios médicos y son facturados a porcentaje.
- No cobran aguinaldo, licencia ni salario vacacional.
- Tienen independencia técnica.
- Trabajan para otras instituciones del área de la salud.
- Aportan regularmente a la Caja de Profesionales Universitarios.
- Tienen libertad para organizar su actividad (determinan los días de atención, cuándo concurren, suspenden o cambian sus horarios de acuerdo a sus necesidades, fijan la cantidad de pacientes a atender, etc).

(ii) Elementos alegados por el BPS

A efectos de probar que la relación entre la empresa y los médicos era un contrato de trabajo encubierto, el BPS se basó en su "premisa de trabajo" de que no es posible la tercerización de las actividades principales de la empresa y mencionó los siguientes elementos:

- La empresa suministra las herramientas, materiales y máquinas para la prestación de los servicios.
- La remuneración la fija la empresa y la IAMC y en su definición no interviene en nada el médico.
- Los particulares no le abonan el honorario al médico si no a la clínica.
- El hecho de que aportes a la Caja de Profesionales Universitarios no es relevante.
- Los pacientes no tienen relación contractual con los médicos.
- Los profesionales utilizan la infraestructura de la empresa y "no participan de los avatares de la misma".
- Los médicos no tienen personal a su cargo.
- No consta que los profesionales hayan celebrado contrato escrito.

(iii) Elementos considerados por el TCA en la sentencia

Los elementos de hecho tenidos en cuenta por el TCA para concluir la inexistencia de relación laboral y anular el acto administrativo son los siguientes:

poder concurrir al servicio para atender un paciente coordinado, se fijaba nueva fecha sin que ello les acarreará sanción alguna. La totalidad de los testimonios recabados, tanto en las actuaciones administrativas como en este proceso jurisdiccional, son contestes en describir la relación de los profesionales con la empresa actora en términos de independencia laboral. Incluso, puede observarse la diferente manera de documentar el pago de retribuciones según se tratara del personal administrativo (AA fs. 126 a 219), o de los profesionales (AA fs. 17 a 35). Por otra parte, la demandada no controvertió la afirmación de la actora en cuanto a que los médicos cumplían con sus aportes a la Caja de Jubilaciones de Profesionales Universitarios, quedando en algún caso acreditado con los certificados correspondientes (AA fs. 234 y 240).

V) La exigencia probatoria que requiere de la Administración el art. 161, No. 1, de la Ley No. 16.713 no ha sido satisfecha en la especie, dando pie a la pretensión anulatoria por vía de la presunción relativa de inclusión a que autoriza el No. 2 del citado artículo. A juicio de la Corporación, la motivación del acto en proceso se asienta en prueba cuestionable, que controvierte las conclusiones del Banco de Previsión Social respecto al vínculo existente entre la empresa y los profesionales médicos que allí prestaban servicios. Como bien ha señalado el Procurador del Estado, la circunstancia de que la especialidad de los médicos ecografistas constituya el rubro principal de la empresa actora no es indicativa de que el vínculo laboral que les une a la misma se inscriba en una relación de dependencia (Cfr. Sent. 732/06). Además, las características ya señaladas del desempeño de los profesionales y la manera de retribuir su actividad, punto en el cual son coincidentes los testimonios recabados tanto en vía administrativa como jurisdiccional, refieren más bien a una posición de independencia técnica, jurídica y económica de los profesionales respecto de la empresa actora.

-
- Que la actividad de los médicos coincida con el rubro principal de la empresa no es un indicador de la existencia de relación laboral.
 - Los médicos realizaban sus tareas coordinándolas con sus otros compromisos laborales. No tenían exclusividad.
 - La retribución era proporcional al número de pacientes.
 - No cobran ni salario vacacional, ni aguinaldo ni gozan de licencias.
 - Si no podían concurrir a atender a un paciente, se fijaba una nueva fecha para ello sin que implicara sanción alguna por parte de la empresa.
 - Existe una forma diferente de documentar el pago de las retribuciones según se tratara de personal administrativo o de los profesionales.
 - Aportación regular a la Caja de Jubilaciones de Profesionales Universitarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TCA concluye que la Administración o cumplió con la exigencia probatoria que requiere el artículo 161 de la ley 16.713. “A juicio de la Corporación, la motivación del acto en proceso se asienta en prueba cuestionable, que controvierte las conclusiones del Banco de Previsión Social respecto del vínculo existente entre la empresa y los profesionales médicos que allí prestaban servicios”.

5. La contratación independiente de médicos y enfermeros por instituciones de salud es cuestionada por el BPS y validada por el TCA.

La “premisa” manejada por el BPS ha sido particularmente aplicada en el sector de la salud. Emergencias médicas, centros de diagnóstico, mutualistas y demás seguros de cobertura total o parcial del sector privado se vieron enfrentadas a deudas millonarias con el BPS por haber decidido celebrar contratos de prestación de servicios con médicos o enfermeros. Para el BPS el médico o el enfermero debe ser siempre empleado de una institución médica no siendo posible el arrendamiento de servicios.

En cuanto a la falta de contratos escritos y registrados, que la Administración releva como elemento coadyuvante a su tesis tipificadora de la relación laboral, reiterada jurisprudencia del Tribunal ha sostenido que las formalidades descriptas en el art. 178 de la Ley No. 16.713 constituyen simplemente requisitos *ad probationem*, que no exoneran a la demandada de su carga de probar efectivamente la existencia de la relación de trabajo y su carácter de dependiente (Cfr. Sents. 366/03; 401/03; y más recientemente con la actual integración, Sent. 721/06).

En suma, la actuación del Banco de Previsión Social en este caso no se ajustó al principio de verdad material que le exige el art. 149 de la multicitada Ley No. 16.713. Por tal razón, la resolución impugnada se torna ilegítima al haber catalogado sin mérito suficiente la relación existente en los médicos y la empresa accionante.

Por estos fundamentos, el Tribunal

Sin embargo, la sentencia que analizamos concluye –una vez más– que es posible la contratación de médicos a través de un contrato de prestación de servicios y para determinar si existe una relación laboral encubierta deberán evaluarse las características de la relación entre las partes. Entiende que la “premisa” de la que parte del BPS no tiene fundamento fáctico o derecho alguno.

Siguiendo la misma de razonamiento, hacemos notar que también existen pronunciamientos anteriores del TCA en los que se concluye que es posible la contratación de médicos o enfermeros por parte de instituciones de salud, desechando por tanto, la “premisa” de trabajo del BPS.

Podemos citar a modo de ejemplo la sentencia 772 del 21 de diciembre de 2007 por la cual se anula la resolución del BPS que declaró dependientes a los auxiliares de enfermería a domicilio que prestaban servicios para la Caja Notarial de Jubilaciones y Pensiones.

El BPS una vez más hizo hincapié en la premisa de que no es posible la tercerización de las actividades centrales de la empresa *“En cuanto a la aplicación a la especie del criterio jurisprudencial que el ente provisional viene sosteniendo, relativo a que en casos en los trabajadores que acceden a una actividad mediante la prestación de servicios con la empresa contratada que corresponde al giro comercial de ésta son dependientes por definición, reafirma dicho criterio...”*⁵

En su dictamen el Procurador del Estado *“aconseja acoger la demanda, por considerar que el BPS no probó, como era su carga que en la especie existiera relación de dependencia, sino que fundó el acto exclusivamente en su criterio de tener por dependiente toda actividad contratada que se vincule con el giro principal de la empresa contratante, en lugar de hacerlo apoyado en el elementos de hecho”*.

El Tribunal anuló la resolución por entender que el BPS no cumplió con su carga de la prueba: *“Por el contrario, sin contar con una base fáctica suficiente (ya que el procedimiento administrativo se limitó casi exclusivamente a recoger declaraciones que de ningún modo son concluyentes), la administración demandada fundó el acto en el controvertido criterio que aplica tradicionalmente, según el cual en caso de duda habría que declarar que existe relación de dependencia. No de otro modo puede tomarse su afirmación de que “los trabajadores que acceden a una actividad*

⁵ También de los antecedentes citados en la sentencia surge que “ATYR concluyó que la relación laboral existía, por cuanto al desempeñarse los reclamantes en una actividad que formaba parte del giro principal de la empresa, ello constituía por definición una modalidad de relación de dependencia.”

FALLA:

Amparando la demanda y, en su mérito, anulando el acto impugnado; sin especial condenación.

A los efectos fiscales fijanse los honorarios del abogado de la parte actora en la cantidad de \$ 12.000 (pesos uruguayos doce mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados, y archívese.

Dr. Preza, Dr. Rochón, Dra. Battistella, Dr. Lombardi (r.), Dr. Harriague. Dra. Petraglia (Sec. Letrada).

mediante la prestación de servicios con la empresa contratada, que corresponde al giro principal de éste son dependientes por definición” (el subrayado es nuestro).

6. Conclusiones

Teniendo en cuenta las conclusiones de la sentencia, los antecedentes jurisprudenciales del TCA y la nueva normativa sobre tercerización podemos concluir que:

(i) Es válida y legítima la tercerización de cualquier tipo de actividad que realiza la empresa, sea de sus actividades principales o accesorias.

(ii) La Constitución consagra el principio de libertad y del mismo deriva el derecho de la empresa de organizar sus recursos en forma legítima y buscando las alternativas que le sea más conveniente a su organización.

(iii) A nivel legal no existía ninguna prohibición de tercerizar determinado tipo de actividades y a partir de la ley 18.251 existe un pronunciamiento legal expreso en cuanto a que la tercerización de las actividades principales de la empresa es legítima.

(iv) El TCA desecha el argumento de trabajo manejado sistemáticamente por el BPS en todas las tercerizaciones. La tercerización del núcleo del negocio no sólo es posible sino que la misma ni siquiera constituye un indicador de la existencia de relación laboral.

(v) A la luz de los recientes fallos que se pronuncian expresamente sobre el tema y de la nueva normativa aplicable, suponemos que los órganos asesores del BPS volverán a estudiar los fundamentos de su premisa de trabajo y modificarán sus conclusiones. Esto es, en aras de actuar conforme al derecho y de garantizarle a los administrados la aplicación del principio de realidad y verdad material y no de meras premisas teóricas basadas en doctrinas extemporáneas.

*Dra. Flavia Gatti
(del Grupo de Investigación de Seguridad Social de la UIM)*

SENTENCIA DEL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DEL CHUY N° 34 DE 28 DE JUNIO DE 2007

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia los autos caratulados “**GARCÍA PELOSA Elizabeth Esther. Un delito continuado de violencia privada**”, Ficha 427-53/2005, seguidos con la intervención de la Señora Fiscal Letrado Departamental, Doctora Mérida Bonino.

RESULTANDO:

1) La señora representante del Ministerio Público articula como sustento de su pretensión punitiva, estima como plenamente verificado que el 19 de marzo de 2005 en el interior de un monte en cercanías de la Ruta Panamericana y calle 7, fue encontrado el cuerpo sin vida y en avanzado estado de descomposición de María del Carmen Illundain Reyes, quien el día 15 había sido denunciada como desaparecida.

Expresa la representante del Ministerio Público que se pudo determinar de la instrucción que, en vida de la fallecida, era objeto desde tiempo atrás de distintos de amenazas por parte de la encausada, en tanto

ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE VIOLENCIA PRIVADA

1.- Tenemos a la vista y comentaremos, un caso de absolución por el delito de violencia privada, que, dadas sus especiales características permite una serie de aproximaciones desde diversos puntos de vista que hacen a la forma de trabajar de los operadores del sistema y, por supuesto, a aspectos adjetivos y materiales del tema de fondo propuesto.

2.- María del Carmen I., fue muerta violentamente, en un caso que se calificó de homicidio, que sin embargo, por ausencia de prueba sobre la autoría de la muerte, ha quedado hasta la fecha impune.

3.- Por ese delito se procesó a Carlos G., hijo de Elizabeth G.P., sin prueba alguna, por lo que el Tribunal de Apelaciones revocó la medida cautelar, disponiendo la continuación de la investigación.

4. El Tribunal de Apelaciones de Segundo Turno CORUJO-BALCALDI (r)-GOMEZ TEDESCHI, en Sentencia que comentamos N° 184/2008, reconoció expresamente que este caso (de violencia privada) parte del supuesto fáctico de aquella muerte violenta, respecto de la cual no se sabe quien pudo ser responsable, no obstante que Elizabeth fuera la sospechosa principal, resultando procesado no obstante su hijo Carlos, en primera instancia, que fuera luego desestimado por el Tribunal, como vimos.

que ésta como la fallecida, mantenían al mismo tiempo relaciones sentimentales con Isidro Adelino Suárez Santurio, el que a su vez, es de estado civil casado con Jacinta Cedrés.

En apoyo de su pieza acusatoria, cita las declaraciones de Omar Adolfo Omes, concubino de una de las hijas de la occisa, Octavio Méiquez, Cristina Sánchez, a,oga de la fallecida y que también tenía vínculos sentimentales con Suárez, Lourdes Guelvenzú Illundain, hija de la fallecida, Dalia Mariel Rodríguez Ferreira, vecina de Illundain, Elena Cedrés, cónyuge de Suárez y de Isidro Suárez.

Expresa el titular del Ministerio Público que la encausada, por espacio de varios meses, y como consecuencia de una única resolución, efectuó mediante amenazas verbales y con artilugios de “magia negra” a familiares, esposa y otras amantes de su pareja Isidro Adelino Suárez con el fin de obtener en exclusividad su atención sentimental. Que las explicaciones que brinda García caen por su propia peso y carecen de toda verosimilitud.

2) La Señora Fiscal Letrado historia los hechos punibles, deduciendo formal acusación contra Elizabeth Esther García Pelosa, como autora penalmente responsable de un delito continuado de violencia privada especialmente agravada, atenuado por la primariedad absoluta por vía analógica, y como circunstancia agravante la continuación.

Solicita, en definitiva, la imposición de una pena de veinticuatro meses de prisión, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo los accesorios legales de rigor que pudieran corresponder (fs. 265 a 267).

3) Se confirió traslado de la acusación a la actual Defensa privada, el que fue evacuado en los términos que surgen de fs. 269 a 273, expresando: que por el homicidio fue procesado Carlos García, hijo de la indagada, el que sufrió una prisión de nueve meses, y que el Tribunal de Apelaciones revocó el auto de procesamiento. Que el sujeto pasivo de la conducta delictiva no tuvo conocimiento de las llamadas, no pudo sentir la violencia

5.- Pero, como a consecuencia de la encuesta por el homicidio, resultó que ambas mujeres (María del Carmen y Elizabeth) eran amantes del mismo hombre, el Sr. Isidro S., de estado civil casado, que además tenía otras amantes (se detectaron por lo menos otras dos en autos: Cristina S. y una mujer que vivía en barrio Ermenegildo de Brasil), la indagatoria resultó en la comprobación de que la occisa había recibido antes de ser muerta, amenazas telefónicas así como actos que se caracterizaron como de “magia negra” o “brujería”, con la finalidad aparente de que se fuera de la ciudad del Chuy y que terminara su relación con Isidro, el tan requerido hombre motivo del drama.

6.- Ello llevó a considerarse que habiendo indicios suficientes de convicción de que la autora de tales hechos era Elizabeth, a la que no se probó responsabilidad en el homicidio, se la procesara primero por el delito de extorsión, un evidente despropósito, que fue corregido, esta vez por el propio juzgado de instancia que, reviendo lo actuado cambió la tipificación por el delito de violencia privada que comentamos ahora.

7.- Ello no impidió por cierto que sufriera una preventiva de de ocho meses y diez días, por aquella figura contra la propiedad tipificada inicialmente en forma absolutamente errada.

8.- Da toda la impresión de que, como se sospechaba de ella, y tal vez tenía algún magistrado la convicción moral de su participación en el homicidio, había que buscar de todas maneras alguna figura para imputarle, pues el brutal hecho de sangre, exigiría un “chivo expiatorio”, madre o hijo sería lo mismo, que eventualmente calmara la indignación popular que la muerte de aquella otra mujer pudo generar en la población.

9. Si esto es así ya nos da una pista de cómo no debe actuar la justicia, no sólo por razones evidentes de su alta investidura, sino incluso por las eventuales consecuencias económicas en perjuicio del Estado que

moral o amenaza que se pretende, simplemente porque, según la declaración del testigo Omar Hornes, la víctima no se enteró de la misma.

La Fiscalía cita en apoyo de su acusación las declaraciones de Octavio Márquez que hace referencia a los mensajes, pero no refiere en forma alguna a su defendida; la declaración de Cristina Sánchez, que asegura que la encausada “pechaba y pellizcaba a la occisa”, no brindando referencias de tiempo, y que la misma se encontraba enemistada con su cliente puesto que también fue amante de Isidro Suárez.

Que el delito que se pretende imputar consiste en “coaccionar la voluntad o el cuerpo de otra persona”, jamás la occisa vio la necesidad de denunciar o tomar medidas respecto de esos hechos, no se entiende cómo es que llegó a cometer el delito de violencia privada si el propio “receptor” de la actividad delictiva no sintió la conminación propia de la conducta.

Que todos los partícipes de la relación amorosa conocía detalles de la misma y que ninguno afirma o demostró jamás que la actitud de otro de los integrantes de tan complicada situación amorosa, se sintiera constreñido o pretendiera modificar las cosas.

Solicita que se desestime la acusación, absolviendo a su defendida.

4) Los fundamentos de la decisión que habrá de recaer surgen del material probatorio que se señala, a saber: acta de conocimiento y constitución de fs. 1; órdenes de allanamiento (fs. 2 a 7), Oficio policial N° 375 de Seccional 5ª (fs. 8 a 20) y ampliatorios 395 (fs. 32 a 34), 833 (fs. 150 a 153); declaraciones de Isidro Adelino Suárez –amante de la fallecida- (fs. 35 a 41; 79 a 81; 203 a 206); de la encausada (fs. 42 a 47; 82, 83; 221 a 228) ratificadas en presencia de su Defensor (fs. 87 a 89), Octavio Márquez –patrón de Suárez- (fs. 48-49), Omar Hornes –compañero de trabajo de Suárez- (fs. 50-51), Cristina Sánchez –amante de suñarez- (fs. 52-53), Lo-

pueden devenir de procesar a inocentes o por lo menos a personas respecto de las cuales no se puede fundamentar una sentencia de condena, como es obvio ocurrió en el caso (y debió percibirse *ab initio*), debiendo destacarse la hidalguía con la que, no obstante los errores cometidos, la justicia ha podido volver las cosas a su cauce natural, del que nunca se debió haber apartado..

10.- Así las cosas y sin que del sumario resultaran nuevos elementos de prueba, la Fiscalía optó por acusar a Elizabeth por el delito indicado, pidiendo una pena de 24 meses de prisión.

11. La Sra. Juez Letrado del Chuy Dra. Blanca RIEIRO, falló absolviendo a la encausada (Sentencia N° 34/07), por la congrua razón de que “no se ha logrado la plena prueba del ilícito que el Ministerio Público pretende que se imponga”.

12.- Analizando la prueba resulta que todas las referencias a las amenazas (porque violencia no hubo) telefónicas y simbólicas, resultan de declaraciones testimoniales indirectas (de oídas, como suele decirse), no categóricas, pues aún dando por bueno que los hechos materiales existieron, como hace el Tribunal, lo cierto es que no se pudo determinar nunca que las efectuara Elizabeth.

Ella siempre lo negó, y dijo sin ser controvertida, que también recibió las mismas llamadas y los mismos mensajes simbólicos (cajitas con forma de ataúd), habiéndose procedido a separar el contenido de sus declaraciones, violentando el principio procesal de la indivisibilidad de la confesión, lo que no pasó desapercibido a la Juez de Instancia, que reveló el hecho en su relativamente breve pero terminante sentencia absolutoria.

urdes Guelvenzu –hija de la fallecida- (fs. 54-55; 183 a 185), Sanda Guelvenzu –hija de la fallecida (fs. 56-57), Azucena Píriz –conocida de la fallecida- (fs. 58-59) Mta Mora –ubandista- (fs. 60-61), María Elena Varante –ex patrona de la fallecida- (fs.63), Fran Silvera –taximetrista- (fs. 65-66), Orlando Pereyra –vecino de la fallecida- (fs. 68-69), Pablo Montiel –vecino de la encausada- (fs. 70-71), Carmen García –hija de la acusada- (fs. 74-75), Adrián Batalla –testigo- (fs. 154 a 156), Jacinta Cedrés –cónyuge de Suárez- (fs. 157-158, 212 a 216, 238 a 239), José Molina –yerno de la fallecida- (fs. 180 a 182), Claudia Contrera –testigo- (fs. 186-187), Dalia Rodríguez –vecina de la fallecida- (fs. 191 a 193), Nelly Gamboa –empleadora de la fallecida- (fs. 200 a 202), Juan Carlos García –hijo de la encausada- (fs. 258-259) y demás resultancias y emergencias, las que han sido valoradas atendiendo a los principios de la lógica y la experiencia, rectoras de la sana crítica y de acuerdo a lo que dispone el artículo 174 del Código del Proceso Penal.

5) Resulta, además, que Elizabeth Esther García Palosa fue procesada con prisión el día 22 de marzo de 2005, según decreto N° 236, el que luce agregado de fs. 90 a 94, imputada de la comisión de un delito de extorsión, y por auto 481 de 6 de mayo 2005 se revocó el auto de procesamiento, imputándosele un delito continuado de violencia privada, habiendo sido excarcelada provisionalmente por el Tribunal de Apelaciones de 2° Turno mediante Sentencia 401 de fecha 2 de diciembre de 2005 (fs. 185 del incidente excarcelatorio ficha 427-184/2007, acordonado).

6) De la planilla de antecedentes judiciales es posible comprobar que reviste el carácter de primario absoluto (fs. 147).

7) Se citó a las partes a sentencia en legal forma, subiendo los autos al despacho para su efectivo dictado con fecha 23 de marzo de 2007 siendo de consignar que la decisora dispuso de dos días de licencia ordinaria y deberá descontarse los días correspondientes a la semana de turismo del presente año.

13.- El punto jurídico que se discutió, y me interesa señalarlo porque hace al cerno de la violencia privada, radica en que la Juez a-quo, agregó (tal vez innecesariamente) que aun si se tomara como cierto lo afirmado por la Fiscalía y que hubiera prueba de que fue Elizabeth la que formuló las amenazas (cuyo tenor específico se desconoce en absoluto) “no se logra percibir cómo la procesada conjugó el verbo exigido por la violencia privada, cuando...la occisa no se vio violentada en su voluntad”.

14.- Es sobre este punto que el Tribunal va a centrar su discrepancia con la instancia, al intentar precisar si hubo o no adecuación típica, es decir se estamos ante un delito, cosa que afirma, del que obviamente no se conoce al autor, por cuanto en el fondo la resolución definitiva fue confirmatoria de la absolución dispuesta por la a-quo, en tanto y en cuanto no se pudo conmovir la presunción de inocencia que milita a favor de Elizabeth.

15.- Da por plenamente probado que María del Carmen fue acosada telefónicamente, aspecto que se puede llegar a conceder, a lo que agrega que estos hechos no le fueron indiferentes, aunque un poco contradictoriamente, reconoce que: a) no les daba trascendencia y, b) no quería denunciarlos ante la policía o la justicia (lo que, agrego yo, además no hizo), llegando por unanimidad a la conclusión de que “se violentó... a la damnificada en su libertad de acción con los sucesos que acontecían”.

16.- En suma, dice finalmente el Tribunal, “aunque la occisa pudo haber subestimado las amenazas recibidas, eso no es sinónimo de que no afectara su libre albedrío”.

Para llegar a esa conclusión se funda en que:

CONSIDERANDO:

La sentenciante no tiene el honor de compartir la requisitoria fiscal por los fundamentos que se expresarán.

El artículo 288 del Código Penal dispone: “el que usare violencia o amenazas para obligar a alguno a hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

Es una norma de carácter subsidiario que se tipifica cuando el uso de la violencia no tiene una referencia específica. El bien jurídico protegido es la libertad de las personas. Se protege la autonomía de la voluntad de la persona para decidir su conducta.

En este delito hay un ataque directo contra la libertad de autodeterminación de las personas, caracterizado por la finalidad del agente de obligar a la víctima a hacer alguna cosa en contra de su voluntad, presionado precisamente por el empleo de los medios violentos o amenazantes de que se trate. La víctima realizará una conducta, ya sea activa u omisa, con la voluntad viciada, pues actuará no la voluntad propia sino la ajena a través de ella (Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, tomo IV “Delitos contra la persona humana”, Dr. Miguel Langón Cuñarro).

La violencia puede ser física, denominada “vis absoluta”, la violencia supone el uso de la fuerza intensa sobre la víctima que requiere el empleo de esa fuerza directamente sobre el cuerpo de la víctima. Amenazar es la acción gestual simbólica o verbal por la que se anuncia un mal inminente. El delito se comete aunque la cosa obligada a hacer no signifique necesariamente un acto criminal.

a) “la lógica natural de las cosas de la vida indica que la fallecida fue afectada y directamente alterada en su relación amorosa, libre, con el señor S.”, no sólo por la pluralidad de mujeres con las que tenía relaciones, sino porque a ello “se le adicionó un factor de presión violentista, manifiesto pero subterráneo, tendiente a que se alejara de la ciudad del Chuy como forma de cortar su relación con S.”

b) “mal puede pensarse que ello podría ser recibido con indiferencia por la occisa, quien en todo caso asumió el asunto con displicencia por sus propias características, pero no por irrelevante, puesto que indudablemente la afectada derechamente en su determinación de mantener la relación con S”.

c) las amenazas, brujerías, influencias malas en familiares y amigos sobre su vida privada, le generaron “preocupación”, todo lo que resulta “más que verosímil como factor eficiente para violentar y condicionar la vida cotidiana de una persona, mucho más aún, si ello acontece en un medio pequeño como la ciudad del Chuy, “con la natural particularidad que rodea la idiosincracia de los habitantes del interior de la República”.

17.- Pues bien, todo esto me parecen una serie de inferencias y generalidades difíciles de compartir, pues en definitiva es un constructo racional sobre algo que no se sabe a ciencia cierta si aconteció o no, por cuanto lo único cierto y concreto, reconocido en la Sentencia, es que la víctima no se preocupó, le restó importancia al asunto, no lo denunció y sobre todo ni dejó a su amante, ni se fue del Chuy, de modo que aún admitiendo que al igual que otras mujeres (entre ellas la encausada), hubiera recibido las amenazas etc., lo cierto es que no se podrá saber nunca de que manera la afectaron por cuanto, como es obvio, nunca lo manifestó en autos, no hizo denuncia alguna, no resultaron efectivas de ningún modo y todo lo que se tiene al respecto son elucubraciones, primero de los testigos, que dan diferentes versiones de su estado de ánimo (las mujeres se veían y conversaban de sus asuntos), y luego del propio Tribunal, particularmente porque no puede saberse a qué refiere cuando habla de la particular idiosincracia del hombre del interior, una frase carente de fundamentación, que sin embargo es usada, igual que las anteriores inferencias derivadas de la “lógica de la

El delito se consuma con el empleo de las violencias o de las amenazas siendo indiferente que se haya logrado o no torcer la voluntad de la víctima, y haberlo obligado a realizar, omitir o tolerar la conducta de que se trata.

Llevados dichos conceptos al caso de autos, a criterio de esta decisora, no se ha logrado la plena prueba del ilícito que el Ministerio Público pretende que se imponga.

Es de destacar la profunda, compleja, extensa y sena indagatoria realizada por el sub exámine, tratándose de la investigación de un supuesto homicidio que derivó en la causa a decidir.

En autos quedó plenamente probado que Isidro Adelino Suárez Santurio (alias "Chiquito"), de estado civil casado con la Sra. Elena Cedrés, mantenía en forma conjunta relaciones sentimentales con varias mujeres, entre ellas fallecida, la procesada, Cristina Sánchez, que todas conocían tal circunstancia e inclusive concurrían a los mismos lugares de esparcimiento, con conocimiento de la cónyuge de Suárez.

A fs. 35, Suárez expresa: "Elizabel y María del Carmen se conocían de verse en los bailes, trato no tenían, no hablaban entre ellas, no tenían vínculo, en una oportunidad yo acompañé a Carmen de un baile porque siempre andaba con ella. Con Elizabel nunca anduve con ella en la calle, no me encontraba con ella, Carmen me dijo que había recibido llamadas telefónicas en tono amenazante, que le decían que se le alejara de mí y que supuestamente las llamadas eran de Elizabel". Más adelante expresa: "a veces se aparecían afuera de la casa de Elizabel picocas, comidas y velas. Elizabel sabía desde un principio que era casado, la que me celaba era mi señora, Elizabel nunca me exigió que terminara mi relación con Carmen".

A fs. 42 la indagada expresa: "yo la conocí a Carmen, teníamos un vínculo bien, conversábamos normalmente, yo nunca le reproché a él que tuviera esa relación con Carmen, a mí me tiraban cosas en mi casa, picocas y comida. Yo perdí un embarazado de Suárez, tuve unas llamadas telefónicas y me decían que iba

vida", de las "características" propias de la víctima y de lo que debe o no "pensarse" respecto del caso, para afirmar la existencia del hecho punible, o sea, "la adecuación típica y la idoneidad de los medios empleados", que a su juicio encartan en el delito de violencia privada.

18.- Para el Tribunal el delito no requeriría la intimidación, sino la potencialidad de los medios empleados para conseguirla, de modo que si el medio empleado es susceptible de impedir coactivamente al sujeto pasivo la capacidad de determinarse o de actuar según su propia voluntad independiente, el delito estaría consumado, aunque no se hubiera efectivamente coaccionado a la víctima a la que estaban referidas las amenazas, según antigua doctrina que cita de MAGGIORE, CARRARA y MANZINI.

19.- Pues bien: descartada la violencia física que no ocurrió en el sub-lite, el estudio debe centrarse en las amenazas, como medio típico de la figura.

Hemos dicho y reiteramos ahora que, pese a la facilidad con que se ha asumido que hubo amenazas de muerte vinculadas al hecho de dejar la relación con S. o de irse de la ciudad del Chuy, lo cierto es que no se sabe concretamente el tenor de las mismas, lo que desde luego debilita en grado sumo la consideración del punto del modo que se ha hecho en autos.

En realidad volvemos la principio porque, como dijo la Fiscal al acusar: María del Carmen fue víctima de violencia privada y, "como no surtió el efecto buscado terminó muerta", base que directa o indirectamente vincula el homicidio no resuelto con las amenazas vagas recibidas por la víctima con anterioridad a su deceso violento, pasando por alto esta magistrada que esa relación causal no está acreditada en modo alguno en autos, que es lo que justifica que no hubiera pedido el procesamiento de Elizabeth por homicidio.

a perder el embarazo, a Carmen también la amenazaron. Sé que había otra persona que había sido amante de él, una mujer que se llamaba Cristina, en una oportunidad de que estábamos en un baile vino a casa esta persona y le dijo, “te espero en casa”, y que Suárez le había dicho que Cristina aceptaba que tuviera su esposa pero no otra persona. Un día me llamaron por teléfono, Adelino estaba presente y me amenazaron diciéndome que yo lo dejara, yo nunca hablé con señora de Adelino. Una vez yo le mostré a Carmen que me habían dejado tres miniatura de cajones muertos con mi nombre y de mis nietos y otras brujerías, siempre hablábamos de esos temas”.

A fs. 48, 49, Octavio Márquez, empleador del Sr. Suárez, manifiesta que “Omarr (yerno de Carmen) andaba asombrado porque le había dejado una brujería en la puerta de su casa y aparentemente había sido Elizabel”.

A fs. 50, 51, Omar Hornes (compañero de trabajo de Suárez y ex yerno de la indiciada) relata: “he recibido llamadas en el celular en tono de amenazas, recibí como cuatro o cinco, que le dijera a mi suegra que tenía que irse del Chuy, PREG. Si su suegra le manifestó que se sentía amenazada y que tenía miedo. CONT. La verdad que no, porque era demasiado buena, en ningún momento vimos que mi suegra estuviera mal, cuando empezaron a tirar cosas en nuestra casa, yole hablé bien a mi suegra y le dije que se dejara con “Chiquito”, que no fuera más a los bailes, pero no me hizo caso”.

A fs. 52, Cristina Sánchez, ex amante de Suárez, declara: “yo le decía a Carmen que denunciara en la comisaría cuando aparecieron unos cajones muertos. Ella me contestó “no, ella amenaza pero no se anima”.

A fs. 74, Carmen García, hija de la procesada, expresa: “a mí me amenazaban también en la Coronilla”.

A fs. 154, Adán Batalla, testigo, expresa: “yo nunca escuché alguna amenaza que la señora García le hiciera a Chiquito”.

20.- La idoneidad del medio empleado, de las amenazas, es cierto que debe verse en clave de subjetividad, pero no del juzgador, sino desde el punto de vista de la víctima, de la persona amenazada, cuya libertad, bien jurídico objeto de la tutela, debe verse constreñida, según su propia apreciación.

No se puede considerar idóneo el medio, si el sujeto pasivo no lo considera de tal modo, en lo que es contesta BAYARDO cuando expresa que “esta aptitud para atemorizar, se tiene que evaluar en concreto, en función de las condiciones subjetivas del amenazado” (Derecho Penal Uruguayo T. VII, Parte Especial Vol. IV, CED, 1968:212).

21.- De ello resulta que, en todo caso, si debieran considerarse las “condiciones” particulares de la víctima de autos, que su yerno dice que era demasiado “buena” y que nunca vio que “estuviera mal” por las amenazas recibidas, al punto de no hacerle caso ante el pedido suyo de que dejara sus relaciones con S., o las que resultarían de su particular “idiosincrasia” como persona habitante del interior del país, parece ser que se debieran descartar como idóneas, ante la persona concreta de María del Carmen, lo que destruiría el carácter mismo del medio típico empleado.

Los medios no son ni dejan de ser idóneos por su objetividad desnuda, sino en relación sinérgica con la subjetividad con que reciba la amenaza el amenazado, al punto de que, si para él no hay constreñimiento, no hay interpretación o construcción teórica que pueda construirlo en el vacío.

Un argumento a contrario viene dado por el hecho conocido de que un medio objetivamente inidóneo, como un arma de juguete, puede sin embargo transformarse en típico, en el sentido de la figura del artículo

A fs. 181, José Molina, testigo, relata: “hubieron varias mujeres que eran novias de Chiquito”.

A fs. 183, Lourdes Guelvenzu, hija de la fallecida, expresa: “a mi madre le hacían llamadas con amenazas de muerte y amenazaron a mis hijas. Yo le reconocí la voz, era suave”.

A fs. 191, Dalia Rodríguez, vecina de la fallecida, expresa: “una vez encontré una bolsa con un tipo de comida, lo que comúnmente se llama brujería, cuatro cajitas de arcilla y un muñeco que tenía el nombre de los nietos”.

Para llegar a determinar la culpabilidad a través del proceso penal, con la prueba de cargo acumulada, se necesita alcanzar lo que llamamos “la verdad procesal”, un hecho más allá de toda duda en los términos de lo razonable. El proceso debe llevar al convencimiento del Juez que lo lleve a la íntima convicción de culpabilidad, única que lo puede habilitar a condenar. Debe ser un proceso fundamentado y racional. La convicción se debe basar en la prueba que haya acumulado en el transcurso del proceso (Manual de Derecho Penal Uruguayo – Ediciones “Del Foro”, 2006).

De lo que viene de referirse en el caso de autos, si bien existen indicios de que la procesada tenía cierta “enemistad” con la fallecida en virtud de que compartían sentimentalmente el mismo hombre, pero, además surge de las profusas declaraciones que Suárez, a su vez mantenía relaciones con otras amantes, y que después del fallecimiento de Carmen, tenía otra amante en Balneario Ermenegildo (Brasil).

Si bien se tienen indicios con relación al hecho valorados en forma conjunta y aisladamente, no llegan a adquirir la calidad de plena prueba (Manzini, Tratado, Tomo II, página 486).

A criterio de esta sentenciante, el Ministerio Público y aún tomara los indicios de la forma como éste lo realizó, no se logra percibir cómo la procesada conjugó el verbo exigido por la violencia privada, cuando de lo que viene de referirse, la acusa no se vio violentada en su voluntad. Para mayor abundamiento, véase que no sólo la fallecida recibió mensajes en carácter de brujería, sino además, la indagada, circunstancia que no fue controvertida en autos. En el caso de autos, si bien nos encontramos frente a un hecho de sangre aún

288 C.P., si ha sido capaz de infundir temor, de coaccionar la libertad de la víctima, que se dispuso a actuar la voluntad ajena, en razón de vivir como amenazante una situación de vida concreta que sin embargo no tenía capacidad objetiva de realización, quedando todo en el nivel subjetivo de la víctima.

22. María del Carmen no fue afectada en su libertad de actuación (ni dejó a S., ni se fue de la ciudad del Chuy, ni denunció ante nadie el hecho de ser amenazada) por lo que cabe concluir con MUÑOZ CONDE que las amenazas (las llamadas telefónicas, los cajoncitos de muerto, las pipocas, las velas, los muñecos, etc.) en el caso de autos no fueron adecuadas para intimidarla, por lo que el juicio de idoneidad, con lo subjetivo que es, no radica en la cabeza del intérprete (del juez) sino de la persona concreta que recibe el mensaje de causarle un mal futuro, si no cumple los requerimientos del amenazador.

Destaco como positivo de esta causa:

a) ante todo, la capacidad de reacción de la justicia a todos sus niveles, que fue capaz de volver sobre sus pasos, rectificar errores, y poner las cosas en su lugar, pese la gravedad del hecho objetivo de la muerte violenta de María del Carmen (no aclarada aún), lo que se aprecia en la modificación de la carátula de extorsión, dispuesta por la titular anterior (grueso error advertido por la propia magistrada que incurrió en él), a violencia privada y en la absolución posterior en ambos grados, así como en la exoneración tanto a Elizabeth como a su hijo Carlos (en otra causa) por el homicidio, atento al respeto al principio de inocencia al de in dubio pro reo, y a una ponderada consideración del valor de la prueba indiciaria.

b) una atinada diferenciación entre elementos de juicio para procesar y prueba plena para condenar, que se relaciona directamente con la búsqueda de la verdad material, aunque se advierte todavía una tendencia demasiado auto justificadora de excesos o facilismos para procesar con débiles elementos de cargo, especial-

no aclarado, pese a los esfuerzos de la anterior titular de la Sede, nos encontramos frente a personas que se relacionan desde el punto de vista sentimental y sexual, con una libertad muy amplia, teniendo todos los involucrados conciencia plena de estas relaciones interpersonales.

Aplicando la disposición del artículo 174 del C.P.P., apreciando la eficacia de todas las pruebas relativas a la violencia privada que el Ministerio Público solicita que se condene, no se logra vislumbrar la plena prueba requerida para la condena. De todo el conjunto de la prueba que se ha diligenciado de acuerdo a las normas legales para la obtención de la verdad, cabe concluir que no existe la certeza, la plena prueba requerida por el ordenamiento jurídico par la condena de la procesada.

Por lo desarrollado, por lo prevenido en las normas de derecho que se han citado y lo previsto en los artículos 1, 85, 86 del Código Penal, 175, 239 y 245 del Código del Proceso Penal,

Fallo:

Absolviendo a Elizabel Esther García Pelosa del delito continuado de violencia privada especialmente agravada.

Notifíquese en legal forma.

Consentida o ejecutoriada, cúmplase, ofreciéndose en lo pertinente y oportunamente archívese.

Dra. Blanca Rjeiro Fernández
Juez Letrado

mente cuando no se percibe que puedan mejorarse con el curso del sumario (como ocurrió en el caso) y sea factible desembocar en una sentencia de absolución, para cuya toma de decisión no les tembló la mano a los magistrados (y hay honor en ello), pese a lo que significa llegar a tal conclusión (ineludible en el caso), luego de haber infringido severos perjuicios a los justiciables, generadores de eventuales reparaciones patrimoniales y siempre conculcadores de principios superiores de justicia.

c) el esfuerzo dogmático por aclarar, aunque el hecho no tuviera significación en el resultado de la causa (se iba a absolver igual por falta de prueba), aspectos de tipificación, siempre opinables, y que agregan, a la labor de la doctrina, la esforzada y valiosa aportación de la jurisprudencia que se enriquece con sentencias como las que hemos tenido el honor de comentar.

Dr. Miguel Langon Cuñarro
Profesor de Derecho Penal (UM y UDELAR)

SENTENCIA DEL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DEL CHUY N° 34 DE 28 DE JUNIO DE 2007 Y SENTENCIA N° 184 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES EN LO PENAL DE 2° TURNO DE 5 DE JUNIO DE 2008.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “**GARCIA PELOSA, ELIZABEL ESTHER**. Un delito continuado de Violencia privada especialmente agravado. IUE-427-53/2005 llegados a conocimiento del Tribunal en merito del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra sentencia Nro. 34 de fecha 28 de junio de 2007 dictada por la señora Juez Letrado de Primera Instancia del Chuy de 1er. Turno.

RESULTANDO:

1) se aceptan y tienen por reproducidas tanto la descripción de los actos procesales como la relación de hechos invocados en la sentencia de primer grado, por ajustarse a las emergencias de autos.

2) El fallo objeto de análisis en esta instancia absolvió a Elizabel García de la imputación del delito de Violencia privada que le fuera imputado por la Fiscalía Letrada de Chuy.

3) El Ministerio Público interpuso, en tiempo y forma, contra la citada decisión recurso de apelación, para luego en oportunidad habil expresar los siguientes agravios que entiende le causan a la misma:

Se conjugó el verbo nuclear del delito imputado ya que la fallecida se vio violentada en su esfera de libertad por la conducta desarrollada por su oponente sentimental, que pretendió obligarla a separarse de Adelino Suárez.

No se trata de llegar a certezas absolutas, sino que en la causa obraron los elementos convictivos suficientes como para decretar el sometimiento a proceso de la encausada, reiterando en esta oportunidad los que fueran señalados en el auto cabeza la magistrado actuante.

Agregó, que Adelino Suárez admitió que la víctima recibía llamadas telefónicas amenazantes y que él temió por la integridad de la fallecida.

Sobre la relación entre la desdichada mujer y Suárez constaba que su solidez y los involucrados no pensaban cortarla, pero además, aquella aceptaba la situación tal cual era en relación a la esposa legítima, pero no que se agregara otra mujer más, cosa que le constaba a la enjuiciada por habérselo dicho ella misma, todo lo cual presentaba un volcán de pasiones.

Carmen Ilundain sabía que la persona que amenazaba era García según lo declarado por la testigo Sánchez a fojas 52, quien en una conversación con ella le preguntó por qué no la denunciaba y la misma le contestó que “...ella amenaza pero no se anima...”.

Es erróneo sostener que el receptor no sintió la conminación propia de la conducta referida por la tipificación legal, ya que el hecho de no haber denunciado los acontecimientos no significa que no fuera dañada su esfera de autodeterminación sentimental y de elegir vivir sus vínculos con total libertad.

En suma, de la prueba se permite concluir razonablemente que Carmen Ilundain fue víctima de violencia privada, y que, como no surtió el efecto buscado terminó muerta.

Solicita se condene a la procesada por un delito continuado de violencia privada.

4) Conferido traslado de los agravios a la Defensa, la misma lo evacuó solicitando la confirmación de la recurrida por estimar que no le asiste razón a la Fiscalía, ya que parte de una premisa equivocada como lo es basarse en los elementos convictivos suficientes, ya que los mismos hacen referencia a una etapa procesal superada, debiéndose en el plenario arribar a la plena prueba de cargo para habilitar una condena.

Nos rige el principio de inocencia establecido por el artículo 15 de la Constitución de la republica y, por ello, debemos exigir para una condena más que los indicios a que refiere la señora Fiscal.

Abunda que la expresión de agravios se refiere solamente a las actuaciones anteriores al auto de procesamiento de fojas 106, como asimismo a las consideraciones de la anterior magistrado sobre ellas, lo que corrobora que no hubo, desde el punto de vista de la Sra. Fiscal, ninguna actuación posterior que fuera relevante.

Agrega que la apelación se remite constantemente a los elementos de juicio tomados en cuenta por la anterior titular de la Sede, peor no expone una crítica al estudio realizado por la sentenciante que concluyen que los elementos obrantes en autos no llegan a determinar la responsabilidad de la imputada en los hechos investigados.

Solicita se confirme la sentencia en todos sus términos.

5) Franqueada la alzada, se recibió la causa en este Tribunal, se citó para sentencia, fue estudiada por los integrantes del mismo, y se acordó en la forma ordenada por la ley el siguiente fallo.

CONSIDERANDO:

La Sala confirmará la sentencia de primer grado por lo siguientes fundamentos.

El Ministerio Público se agravia en razón de estimar que la señora Juez "a quo" entendió, erróneamente, que no existió adecuación típica y, además, que los fundamentos de juicio considerados en la sublite no eran suficientes para conformar la plena prueba de cargo habilitante de la solución condenatoria.

En primer termino cabe decir que el Colegiado comparte lo afirmado por la Defensa de particular confianza, en cuanto a que en etapa de plenario y como fundamento de una sentencia de condena no es legal acudir simplemente a los elementos de convicción suficientes que dieron mérito al dictado del auto de enjuiciamiento, ya que los mismos obedecen a una evaluación inicial exclusivamente tendiente a establecer la viabilidad de iniciar un juicio, por tanto, no puede ser motivo de agravio que el fallo definitivo sobre el fondo de la cuestión sostuviera que aquellos no alcanzan para edificar una sentencia de condena.

Ahora bien, dicha puntualización no es equivalente a la ausencia de agravios por parte del Ministerio Público, ya que como fuera indicado en el primer párrafo no solamente ese aspecto esgrimió la apelante, sino que por el contrario efectuó críticas directas a la decisión como ser; a) que no se compartía fundamento del fallo en cuanto a que la señora Ilundain no fue violentada en su esfera de libertad por la conducta de su oponente y b) que del informativo testimonial obrante en la causa, como asimismo de los dichos de la encausada, se probó la existencia de las amenazas telefónicas a la fallecida, que ella era consciente de la situación y asimismo quien era la responsable de ello, aunque estimó que no tenían virtualidad real " ella amenaza pero no se anima..."

Así las cosas, entiende la Sala, que sobre esos dos aspectos cuestionados por el apelante debe centrarse el análisis del fallo de primer grado para resolver la litis.

En cuanto a la primera cuestión, naturalmente centro del asunto, esto es si se violentó o no a la damnificada en su libertad de acción con los sucesos que acontecían, la opinión unánime de los integrantes del cuerpo es que efectivamente ello fue así.

En efecto, la prueba de que la señora Ilundain era acosada telefónicamente es plena y, siendo ello así, no puede concluirse que tal estado de cosas le fuera totalmente indiferente, por más que surja de autos que le restaba trascendencia y no quería efectuar la denuncia policial.

Una cosa es que pasos resuelve la víctima seguir frente a determinado acontecimiento, y otra muy distinta, que el mismo le resulte inocuo a sus intereses volitivos.

La lógica natural de las cosas indica, que la fallecida fue afectada y directamente alterada en su relación amorosa, libre, con el señor Suárez frente a la incidencia que suponía la aparición de una, o de más mujeres, en la vida sentimental del mismo, aparte de la obvia y conocida por todos como lo era su esposa legítima, que no ingresaba en la controversia.

Pero resulta que frente a ello se le adicionó un factor de presión violentista, manifiesto pero subterráneo, tendiente a que se alejara de la ciudad de Chuy como forma de cortar con su relación con Suárez.

Al no existir otra circunstancia que ameritara dicho acontecimiento, la aparición de mensajes directos o indirectos exigiendo que se aliviara de protagonistas el entorno amoroso de Suárez, donde era el centro de tal pretensión, mal puede pensarse que ello podría ser recibido con indiferencia por la occisa, quien en todo caso asumió el asunto con displicencia por sus propias características, pero no por irrelevante, puesto que indudablemente la afectaba derechamente en su determinación de mantener la relación con Suárez.

En suma puede afirmarse, como bien dice la Fiscalía, que la occisa pudo haber subestimado los acontecimientos, pero ello no es sinónimo de que no afectara su libre albedrío.

El relato analizado se consuma con el empleo de violencia o amenazas con fines de coacción, aunque no se logre el propósito como explica analizando el maleficio Maggiore: "...lo importante- este próximo o remoto el daño amenazado- es que la coacción moral siga inmediateamente a la amenaza, pues sólo así se verifica el resultado característico de este delito..." (Maggiore, Derecho Penal, Tomo IV, Pág. 471).

Sostiene Carrara que "...Se considera comúnmente que la violencia privada es un delito formal, y que por lo tanto se consuma con sólo usar violencia, aunque no haya obtenido lo que se buscaba, por haberse resistido la víctima a la violencia inferida, y a pesar de ello haya hecho lo que el culpable le exigía que omitiera, o haya omitido lo que le exigía que hiciera. Esto no es sino un desarrollo de la teoría fundamental de la tentativa, que desaparece siempre que el medio agotado supera o iguala en gravedad política el fin no obtenido, lo cual sucede de modo necesario en la violencia privada, pues precisamente es propio de su esencia que toda la criminalidad resida en el medio, de manera que cuando éste se agota, el delito se consuma. Por otra parte, para este efecto se requiere que haya potencialidad en los medios empleados. Me parece que el juicio acerca de los elementos de la violencia debe ser enteramente subjetivo. En la práctica, he oído que los jueces le preguntan a la víctima si sintió miedo; no desapruébo esta pregunta si se hace con el fin de obtener una aclaración más, pero creo que sería erróneo, si se hace con el perjuicio de que la consumación del delito depende de la intimidación, conseguida, o no conseguida..." (Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte especial, volumen II, Págs. 340 a 341).

Como explica el maestro Manzini: "... en el concepto de violencias o amenazas (violencia personal, física o moral) ingresa todo medio puesto en acción por el agente, que sea susceptible de impedir coactivamente al sujeto pasivo la capacidad de determinarse o de actuar según su propia voluntad independiente..." por lo que debe analizarse si los actos cumplidos contra el sujeto pasivo tienen potencialidad suficiente para obtener el propósito perseguido. (Diritto Penale Italiano, v. VIII, pág. 694).

Existiendo las amenazas y la coacción es evidente que corresponde analizar la adecuación típica y, es así que se observa, que efectivamente el mal anunciado y la presión ejercida tenía como finalidad obligar a la víctima a alejarse de la ciudad, para de esa forma poner fin a la relación amorosa que la misma mantenía con el señor Suárez, lo cual encarta plásticamente los requisitos del tipo.

Visto ello, procede analizar la citada idoneidad de las conductas realizadas y "...la capacidad del medio para producir el resultado debe considerarse, no sólo de manera objetiva, sino también subjetivamente, es decir, en relación a las condiciones físicas y psíquicas del sujeto pasivo..." (Maggiore, Obra citada Pág. 470)

Observando los sucesos, no pueden descalificarse los medios empleados por el hecho de no haber logrado su propósito, puesto que se amenazó de muerte a una persona, se le practicaron actos de "brujería" para atemorizarla, se influyó malamente en familiares y amigos sobre su vida privada generándoles preocupación, etc., todo lo cual resulta más que verosímil como factor eficiente para violentar y condicionar la vida cotidiana de una persona, mucho más aun, si ello acontece en un medio pequeño como la ciudad de Chuy, con la natural particularidad que rodea la idiosincrasia de los habitantes del interior de la República.

En suma, obran elementos de juicio que confirman la adecuación típica y la idoneidad de los medios empleados, como para encartar el delito imputado por el Ministerio Público de violencia privada.

Definido tan central aspecto de los agravios del apelante en forma positiva, corresponde ingresar al segundo punto de los mismos, esto es si efectivamente se conformó la plena prueba sobre la autoría de la violencia privada por parte de la encausada, como sostiene la recurrente.

El Tribunal entiende que no le asiste razón.

Este lamentable caso parte del supuesto fáctico de la muerte violenta de la señora Carmen Ilundain, sin embargo, luego de varios estudios por parte de esta sala del expediente, se desprende que no se pudo determinar la causa de la muerte misma.

Ello de por sí abre un notable enigma en la sublite, esto es quien y como pudo ser responsable del eventual suceso.

Ese aspecto, no resuelto, es lo que motivó que la sospechosa principal del eventual homicidio recayera en la hoy enjuiciada, visto todo el entorno del caso, pero concretamente el asunto no se aclaró, y sigue sin aclararse, por lo cual nada se imputó a la procesada en tal sentido.

¿Qué aconteció entonces?

La investigación cambió de rumbo, apuntando a los sucesos vividos por la fallecida previamente a su muerte, que como se estableció constituyeron efectivamente actos de violencia privada.

Allí una vez más, las sospechas recayeron en Elizabet García.

Entonces analizados diversos elementos convictivos, en etapa presumarial, se resolvió iniciarle junto a García como presunta autora responsable del delito continuado de violencia privada, circunstancia que en definitiva fue consentida por la Defensa al desistir de su apelación a la resolución inicial, lo cual refleja que efectivamente los mismo existían y que existen hoy día, por tanto se concluye, que la decisión fue correctamente adoptada en aquella ocasión.

Ahora, que tal estado de situación fuera así no implica que el juicio hubiera concluido con la averiguación definitiva de la verdad jurídica y de la individualización del o de los responsables del maleficio, sino apenas

que el proceso se iniciaba con dicha finalidad, lo que lleva ínsito colectar la plena prueba partiendo de la base indiciaria original con que se contaba en aquel momento, para establecer si efectivamente era pasible del reproche penal, o no, le señora Elizabet García.

Arribados a este punto es donde la Sala concluye que asiste razón a la señora Juez de primera instancia en sentido que ello no aconteció con el grado de certeza razonable indispensable, es más, muy poca cosa complementaria a aquellos elementos de convicción se reunieron como para destruir la presunción de inocencia de la causada y, confirmar francamente le sospecha de la participación de aquella en los actos típicos y, siendo ello así no es posible legalmente condenada, puesto que la ampara no solamente el principio de "inocencia" sino también el de "indubio pro reo".

Como colofón, en opinión del Tribunal, las pruebas directas y los indicios analizados en este juicio no son hábiles para concluir que Elizabet García fue la autora del reato que se le imputó por parte del Ministerio Público, lo cual lleva ínsito compartir la correcta decisión de primer grado.

El resto del tracto procesal se ajustó a derecho por lo cual no procede mayor abundamiento.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido por los arts. 1, 2, 172, 173, 174, 186, 217, y sig., 245, 246, 249, 321 y 350 del Código del Proceso Penal, el Tribunal,

FALLA: CONFÍRMASE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.

Dr. William Corujo Guardia
MINISTRO DEL TRIBUNAL PENAL
2° TURNO

Dr. José Balcaldi Tesauro
MINISTRO DEL TRIBUNAL PENAL
2° TURNO

Dr. Alfredo D. Gómez Tedeschi
MINISTRO DEL TRIBUNAL PENAL
2° TURNO



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

CARRERAS DE GRADO

- Desde el mes de septiembre de 2008, una nueva delegación de alumnos se prepara para participar en la competencia internacional de argumentación jurídica – “*The Philip C. Jessup Moot Court Competition*”. La misma tendrá lugar en Washington, Estados Unidos, del 22 al 29 de marzo.
- Juan Cianciardo, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Argentina, dictó clases intensivas de la materia Derechos Humanos este 20, 21 y 22 de octubre de 2008.
- Un alumno de la Facultad de Derecho ganó el segundo premio en el concurso organizado por la Cátedra UNESCO de DDHH en el marco de su ciclo anual de conferencias.
- El 1 de noviembre dos alumnas de la Facultad de Derecho ganaron un concurso de debate organizado por Juniors Chamber International.
- Un grupo de estudiantes participó en las Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional organizadas por la Universidad Católica.
- En el mes de octubre se realizó en el Hotel Radisson la ceremonia de colación de Grado y Posgrado.

MAESTRÍAS

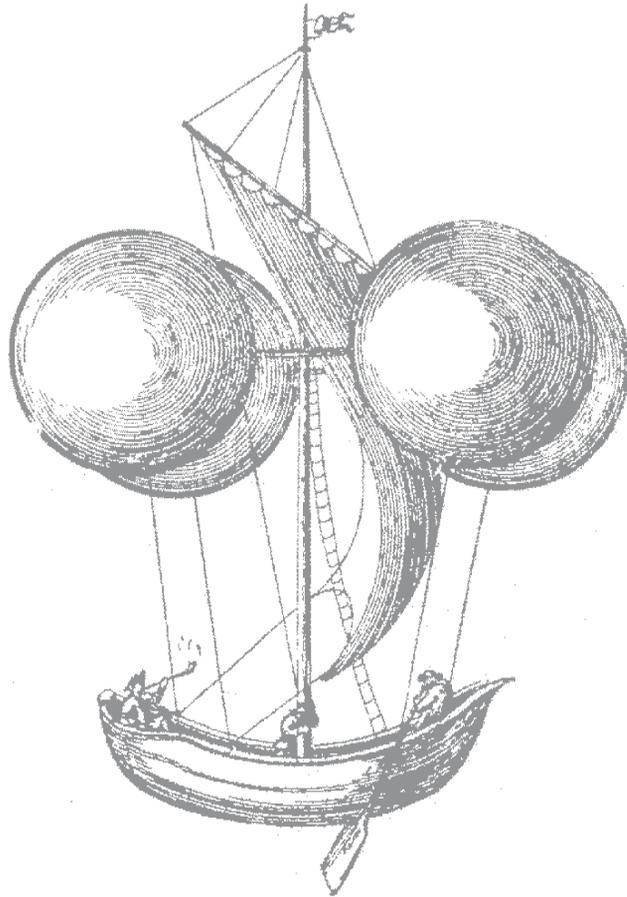
- El 4 de diciembre se realizó la clausura académica de la primera edición del Postgrado sobre Derecho Penal Económico.
- En el mes de setiembre se incorporó a la currícula del Master en Derecho y Técnica Tributaria, el curso de Derecho Tributario Internacional.
- En el marco de la Maestría en Integración y Comercio Internacional, se reincorpora como materia opcional el módulo de Política Energética.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

- El jueves 6 y viernes 7 de noviembre de 2008 el Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Nicolás Etcheverry, participó del VII Coloquio Sudamericano de Realismo Jurídico y IV Congreso Sudamericano de Filosofía del Derecho organizado por el Instituto Jacques Maritain.
- Como todos los años, se realizó la competencia Abogado por un Día, con la participación de alumnos de más de 30 liceos del país.
- El embajador de Brasil, Dr. José Eduardo Felicio, expuso en la Universidad de Montevideo sobre las relaciones bilaterales entre Brasil y Uruguay y sobre el proceso de integración del MERCOSUR.
- La familia Irureta Goyena donó dos retratos a la Facultad de Derecho. En el acto de recepción de los cuadros, en nombre de la Universidad hablaron los Dres. Miguel Langón, Walter Howard y Nicolás Etcheverry.
- En el mes de diciembre se celebró el Sexagésimo Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se contó con las exposiciones de los Dres. Nicolás Etcheverry (Compatibilidad entre el Relativismo Ético y el Fundamento de los Derechos Humanos), Miguel Langón (Derechos Humanos del Administrado frente a los desbordes de los Poderes Públicos) y Pedro Montano (Opciones Alternativas a la Despenalización del Aborto).
- El 20 de noviembre se realizó una jornada académica en el marco de las celebraciones por los 100 años del Estudio Dr. Mezzera. La jornada contó con la participación de tres reconocidos especialistas: los Dres. Elizabeth Mireya Freidenberg y Daniel Roque Vitolo, de la República Argentina y por la Universidad de Montevideo, el Dr. Ricardo Olivera.
- Se realizó un Cine Forum a cargo del Profesor David Aronofsky de la Universidad de Montana: *Inherit de Wind* (Laicidad y Laicismo ¿son sinónimos? La religión y su tratamiento en la Constitución de Es-

tados Unidos. El rol del sistema legal y los abogados en cuestiones polémicas de política social). *The Chamber* (La pena de muerte: mantenimiento y funcionamiento actual en los Estados Unidos).

- El 2 de diciembre se realizó la Reunión Anual de los Grupos de Investigación, en la cual los distintos grupos informaron sobre temas, áreas y actividades que fueron abordadas durante el año y temas, áreas y trabajos que proyectan para el 2009.



TESINAS DE MASTERS

DÍAZ MARSHALL Sabina
Naturaleza y función del Seguro de Caución

NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

DRA. SABINA DÍAZ MARSHALL.

INTRODUCCIÓN

En la práctica comercial actual, el Seguro de Caucción ha adquirido gran protagonismo. La exigencia de solvencia para operar en mercados cada vez más internacionalizados y competitivos ha incidido en que la aceptación del Seguro de Caucción sea cada vez mayor, tanto en el ámbito económico como en el administrativo.

El seguro de caucción es una herramienta para las empresas que, por necesidades legales o contractuales, necesitan garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a terceros, ya sean las administraciones públicas, organismos oficiales o empresas privadas.

La realidad indica, que los operadores económicos, a la hora de conceder un crédito, aplazar obligaciones o aceptar compromisos futuros, han desplazado el centro de su preocupación desde la idea tradicional de solvencia como titularidad de bienes en cuantía superior al compromiso asumido; hacia la solvencia entendida como la capacidad para generar la liquidez suficiente para asumir esos compromisos. El análisis actual de las garantías no se efectúa sólo examinando el valor de los bienes del sujeto, sino que se tiene en cuenta la capacidad de pago del mismo.

Es así que se recurre a nuevas figuras, -en las que ubicamos al Seguro de Caucción-, que vienen a reforzar la posición del acreedor frente a un eventual incumplimiento del deudor y a su vez optimizan los recursos financieros de las empresas y favorecen su capacidad crediticia.

De lo expresado surge, que se está dando una transformación en el ámbito asegurador, por la mayor participación de las compañías aseguradoras, en concurrencia con otros operadores, en el campo de las garantías.

La ausencia de normas que regulen la figura en nuestro ordenamiento, y la escasez de contenido normativo en otros ordenamientos; así como los perfiles ambiguos que presenta, han motivado nuestro interés por el estudio del Seguro de Caucción.

Nuestro objetivo primario y general es realizar un estudio crítico del Seguro de Caucción. La capacidad del Seguro de Caucción de ser uno de los instrumentos que posibilitan el tráfico económico, debe ir acompañada de una nítida identificación de su naturaleza y función y de una clarificación de su régimen jurídico.

Tal como manifestamos, no existe normativa específica que regule al Seguro de Caucción en nuestro país, así como tampoco existen trabajos doctrinarios tendientes a su estudio, a pesar de que el mismo es utilizado en nuestro ámbito. Por lo tanto el objetivo general de nuestro trabajo es el de contribuir en la clarificación del régimen jurídico del Seguro de Caucción.

Como objetivos específicos nos hemos planteado el poder delimitar la naturaleza jurídica del Seguro de Caucción. En este sentido determinar si estamos frente a un contrato de fianza o una modalidad aseguradora, y cuales son las consecuencias prácticas que de esa naturaleza se derivarían.

Pretendemos además, identificar cual es la función del seguro de caución: si es asegurativa o es de garantía.

Consideramos importante darle un encuadre jurídico definido al instituto ya que por la realidad actual descripta, el Seguro de Caución cumple una función relevante en el tráfico económico y de la delimitación y encuadre jurídico de la figura dependerá el derecho aplicable a la misma.

A efectos del logro de los objetivos planteados en este trabajo, es necesario aplicar en forma consistente una labor descriptiva de las principales posiciones doctrinales en torno a cada una de las cuestiones suscitadas, los fundamentos en los que se basan esas líneas de opinión, así como también aquellos aspectos en los que a nuestro criterio estas opiniones no son consistentes.

A los efectos del desarrollo del tema, intentaremos realizar el siguiente recorrido:

1. Introducción histórica del seguro de caución, indispensable a efectos de determinar cómo se ha apartado de los esquemas asegurativos clásicos.

2. En el segundo capítulo nos dedicaremos a encuadrar al seguro de caución realizando en primer término una conceptualización del mismo y ubicándolo luego en el contexto general del seguro.

3. Luego nos dedicaremos al estudio de los elementos que se encuentran en el Seguro de caución. Aquellos esenciales y comunes a todos los seguros, como el riesgo, el daño y el interés; y aquellos que presentan importantes particularidades en el seguro de caución como la indemnización, el derecho de recobro, el documento aval y las cláusulas a primer requerimiento.

4. En el capítulo cuatro, se determinará cual es la función del seguro de caución, si esta es de carácter indemnizatoria o de garantía.

5. En el capítulo cinco se analizará cual es la naturaleza jurídica del seguro de caución, determinando si estamos frente a un contrato de fianza o frente a una modalidad aseguradora y las diferentes teorías que se han ensayado en torno al tema, para finalizar exponiendo a qué conclusiones arribamos en este sentido.

6. En el capítulo seis comentaremos las aplicaciones que en la práctica presenta el seguro de caución, y cuales son los ámbitos en los que se ha desarrollado.

7. Finalmente, en el capítulo siete trataremos de resumir las conclusiones a las que arribamos luego del estudio efectuado.

8. Se agregará a la exposición referida un Anexo en el que se transcribirán ejemplos de Pólizas de caución empleadas por aseguradoras uruguayas.

CAPITULO PRIMERO

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTORICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

A. INTRODUCCIÓN.

Al pretender estudiar una materia tan ágil y dinámica como es el Seguro, en cualquiera de sus modalidades, puede parecer innecesaria la contemplación del panorama histórico. Sin embargo, para una cabal comprensión del tema que nos planteamos, consideramos necesario realizar algunas breves referencias a lo que fue la Historia del seguro, ubicando en ésta, el origen y la evolución del Seguro de Caucción.

Tradicionalmente, el Seguro de Caucción se ha asociado al de crédito, configurándose a aquel como una especie de éste. La Doctrina en este sentido es unánime al considerar que constituyen ambos lo que se ha denominado “*Seguro de Créditos*”.¹

Sin embargo, si atendemos el riesgo que cubren, así como su operatividad, son seguros distintos, ya que el Seguro de Crédito cubre el riesgo de la insolvencia, mientras que el Seguro de Caucción cubre el riesgo del incumplimiento, tal como a posteriori se analizará. Sin embargo, ambos tienen idéntico objeto asegurado: un derecho de crédito. Tienen además un fundamento histórico común, ya que el Seguro de Caucción nace en el seno de las compañías de crédito. Para el estudio del origen y evolución histórica del Seguro de Caucción, se vuelve necesario el análisis de la evolución del Seguro de Crédito, a efectos de determinar el momento en que el Seguro de Caucción se vuelve una figura autónoma.

B. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Se pueden diferenciar distintos momentos en la Historia del Seguro. En este sentido, Manés² distinguió cuatro grandes etapas. La primera comprende la Antigüedad y Edad Media, hasta llegar al Siglo XIV, y es en esta época que podemos ubicar el remoto surgimiento del Seguro de Caucción. La segunda va desde mediados del Siglo XIV hasta fines del Siglo XVII y corresponde al período de creación de la póliza de seguros. Una tercera etapa, que se caracteriza por la fundación de las Compañías aseguradoras, se extiende desde el Siglo XVIII, hasta la segunda mitad del Siglo XIX. Finalmente, la cuarta época se extiende desde la segunda mitad del Siglo XIX hasta la actualidad, y es en esta época cuando surge la explotación moderna y en gran escala del seguro.

1. Primera época:

Frente a la existencia de peligro, el hombre ha experimentado la sensación de riesgo, y la necesidad de lograr fórmulas de ayuda mutua que le permitieran hacer frente a la indefensión del hombre aislado. Ejemplo de ello son las caravanas que cruzaban la antigua Babilonia, y que a menudo estaban sometidas a robos y pillajes, cuyos daños soportaban en forma solidaria, creando comunidades.

Más adelante, en el siglo V A.C., existían en Rodas, leyes que contemplaban la obligación que tenían los cargadores de contribuir a la reparación económica de los daños causados por tempestades, e incluso rescates de buques en poder de los enemigos.

1 Camacho de los Rios, J. El seguro de caucción. Estudio crítico. Editorial Mapfre. Pág. 3.

2 Manés, A.: Teoría General del Seguro. Madrid, 1930. Pág. 34

Durante la dominación romana se tiene conocimiento que existieron asociaciones de artesanos que por medio del pago de una cuota aseguraban sus propios funerales. Se ubica además en esta época el préstamo a la gruesa, en virtud del cual en caso de feliz arribo de la nave, el prestador percibía, además del importe del préstamo, el precio del riesgo, que era la prima de la gruesa, perdiendo en cambio su dinero en caso de naufragio. Estas actividades pueden considerarse formas primitivas de seguro, aunque algunos autores sostienen que se trata meramente de formas asistenciales³.

En la Edad Media, período histórico en que el espíritu de asociación alcanza su mayor esplendor, surgen las “*guildas*”, los gremios y cofradías, que bajo las formas de comunidades familiares, sociales o de índole profesional, tienden a reparar daños de índole diversa sufridos por sus asociados.

Es en la Primera época que podemos rastrear el germen del origen del Seguro de Caucción. En efecto, en las más antiguas leyes de contrataciones públicas, que se remontan al derecho romano, aparece la exigencia al contratista de constituir garantías a favor del Estado para asegurar el fiel cumplimiento de sus obligaciones.

Surgen en esta época, en el ámbito de las garantías, y en particular de las garantías personales figuras como *promissio*, *adpromissio*, *cautio*, figuras identificadas por algunos autores con el seguro que nos ocupa⁴. Sin embargo, es en el marco jurídico de la *fiducia*, donde puede encontrarse una forma semejante al seguro de crédito más consolidada.

Si bien la *fideiussio indemnitis* aparece como un claro antecedente de los seguros de crédito (al responder el *fideiussor* de la insolvencia del deudor principal), es en los *receptum argentarii* (figura del Derecho bancario romano, que consiste en la promesa formal de un banquero de pagar una deuda ajena), donde encontramos una forma jurídica más cercana al seguro de caución. En este sentido, algunos tipos de *receptum argentarii* no sólo tenían como función facilitar pagos, sino que desarrollaban, también una función de garantía. Bajo ciertas fórmulas, el banquero respondía del pago de la deuda de forma personal e independientemente de la obligación garantizada. Nos encontramos entonces, con una especie de caución bancaria, antecedente claro del Seguro de caución, en la medida en que cubre el incumplimiento del deudor con independencia de su solvencia.

2. Segunda época:

Se ubica en esta época el desarrollo del comercio marítimo. La empresa marítima constituye una de las más tempranas manifestaciones de la acumulación de medios económicos y técnicos, así como también una manifestación de acumulación de riesgo. Es así que en prevención de los riesgos (pérdida de la mercadería y del buque), el comercio marítimo ofreció terreno fértil para el nacimiento de los seguros.

Un hecho histórico que también influiría en el futuro de la institución del seguro, es el decreto dictado en el año 1230 por el Papa Gregorio IX que prohibía como usurario todo interés. Ello implicaba la condena al préstamo marítimo, que se basaba en el cobro por parte del prestamista de elevados intereses como compensación por el riesgo asumido en la operación. Es así que los especialistas, tal como sostiene Manes⁵, se esforzaron por instrumentar al Seguro de la forma más opuesta al préstamo a la gruesa, disimulando la obligación del asegurador bajo la forma de un contrato de compraventa. El asegurador decía comprar al asegurado los objetos que se trataban de asegurar y se reconocía deudor del precio estipulado, conviniéndose que el contrato sería nulo si estos objetos llegaban sanos y salvos al punto de destino. La indemnización pactada revestía la forma de precio pero no debía de satisfacerse anticipadamente y por otro lado la prima del riesgo se desglosaba de los intereses del capital, debiendo ser entregada sin someterse a condición alguna.

El primer contrato de seguro del que se tiene prueba fehaciente data de 1347 y se refiere a un seguro marítimo, su importancia es que asentó las bases jurídicas y técnicas del seguro y se preparó el terreno a las ulteriores formas de previsión que aparecerían para los riesgos terrestres.

3 Garrido y Comas, J.J. “El Contrato de Seguros”. Barcelona, 1954. Pág. 7.

4 Cabanzo, A. M. El Seguro de cumplimiento, Buenos Aires, 1989, Pág. 17.

5 Manes, Op. cit. Pág. 42

También el Seguro de caución, al igual que el Seguro en general, ha sido relacionado con el comercio marítimo. Debe tenerse presente que las primeras compañías de seguros de crédito fueron compañías de seguro marítimo que garantizaban los incumplimientos en el pago que se producían como consecuencia de los naufragios.

Debemos ubicar aquí la figura de la *réprise d'assurance* o *seguro subsidiario*⁶. Esta institución garantizaba, a favor de un sujeto asegurado contra riesgos marítimos, la solvencia del asegurador.

En efecto, la concentración de riesgo sobre los aseguradores hacía a los mismos pasibles de la sospecha de que no pudieran hacer frente a sus compromisos de cobertura de aquellos riesgos. El seguro subsidiario operaría una ulterior distribución del riesgo al favorecer la solvencia del asegurador. El comerciante de la navegación podría contratar con más tranquilidad un seguro que le cubriera los posibles riesgos de pérdida de los medios que dedicó a la empresa, sin tener que preocuparse de que la aseguradora se encontrara capacitada para hacer frente a tales siniestros⁷.

3. Tercera época:

Siguiendo la distinción realizada por Manet, podemos ubicar a esta época en el Siglo XVIII y hasta mitad del Siglo XIX y se caracteriza fundamentalmente por la fundación de Compañías aseguradoras, los corredores que habían surgido en ocasión del seguro, se especializan y fundan entre ellos Compañías de Seguros.

Surgen también, nuevas formas de aseguramiento, así como la configuración del seguro según los principios que la técnica impone.

La evolución en la materia señalada, ocurre como consecuencia de una realidad económica y social que conmueve la historia: el capitalismo mercantil e industrial. La aparición del maquinismo y los grandes centros fabriles, la concentración de personas en los centros urbanos, la revolución del comercio y los transportes, y el predominio del individualismo con la desaparición de los gremios y organizaciones profesionales son algunas de las características de este momento histórico.

Sostenía Halperín⁸ en torno al tema que *“El desarrollo del seguro, -como sus mismos orígenes- no puede comprenderse bien, si no es conectándolo con el cuadro general de la evolución económica”,* hasta el punto de que *“sin capitalismo no existiría el auténtico seguro”,* bastaría un ligero examen de lo acontecido en el período histórico que nos hallamos considerando, para desechar toda vacilación al respecto.

Otra de las manifestaciones de la época es el formidable desarrollo de la banca y el crédito y el auge de los valores mobiliarios. Campo fértil, éste, para el desarrollo del Seguro de Caución. En efecto, y tal como sostuvimos, los particulares constituían garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con el depósito de fuertes sumas de dinero. Esto redundaba negativamente en el giro del negocio, ya que el capital quedaba inmovilizado. Es así que se fueron admitiendo otras formas de garantía, tales como títulos de crédito públicos y bonos nacionales, fianzas bancarias y más adelante se admitió la constitución de derechos reales como hipotecas y prendas. Pero, todas estas formas de garantía importaban costos altos y comprometían el crédito bancario al no poder recurrir a estas entidades a solicitar préstamos con destino al giro negocial. Es por ello que el advenimiento del Seguro de Caución resultó una opción beneficiosa, sobre todo, por su menor costo. El Seguro de Caución se dio en primer término respecto a contrataciones con el Estado y luego se extendió a contrataciones entre particulares, asumiendo diferentes variantes.

En relación a la práctica aseguradora, en esta época los aseguradores adquieren fuerza y surgen las grandes compañías. Si bien el seguro subsidiario (antecedente inmediato del seguro de crédito), se desarrolló en una época en que los aseguradores eran comerciantes individuales y no dotados de una estructura jurídica fuerte, no desaparece en esta época, sino que será realizado, por compañías especializadas. Es en éste contexto

6 Garrigues, J. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid, 1983. Pág. 324

7 Puig, F. Función y riesgo en el seguro de caución. Eunsa 2005. Pág. 28.

8 Halperín, J. “Los seguros en el régimen capitalista”. Madrid. Pág. 63 y 26 respectivamente.

que se da el surgimiento de los seguros de crédito en su forma moderna. El seguro de caución en esta época aparece todavía ligado al Seguro de crédito, como una subespecie de éste.

Los primeros teóricos de la materia, deben ubicarse en esta época, específicamente en 1766. Es en ese año, que los profesores Wurm y J.G. Büsch, realizaron la primera teoría y el primer intento de construir una organización que cubriera los peligros del crédito. Estos autores, propusieron al gobierno prusiano la constitución de un organismo monopolizado para la cobertura de las quiebras (seguro de crédito strictu sensu) y de los malos pagadores (seguro de caución)⁹. Dicha compañía, debería ser estatal y cubriría el cincuenta por ciento el riesgo de los créditos en los seguros que, con carácter obligatorio, deberían realizar todos los comerciantes.

Esta idea no logró concretarse. De ahí que se considere al italiano Bonajuto Paris Sanguinetti como el primer teórico del seguro de crédito. Su libro, «*Essai d'une nouvelle théorie pour appliquer le système des assurances aux dommages des faillites*», fue publicado en 1839, y describe un método basado en la mutualidad de los riesgos como medio de protección contra la falta de pago de los créditos, quiebras y sus negativos efectos¹⁰.

En lo que al seguro de caución se refiere, fue el profesor austriaco Von Liebig quien instituyó sus bases. Entendió que la forma del seguro de crédito, era la más adecuada para evaluar el riesgo, consideró por primera vez, la posibilidad de suscripción de este seguro por cuenta ajena (hoy, uno de los presupuestos del seguro de caución). El esquema propuesto por el autor, consistía en que el asegurador extendía al deudor un título de garantía, que éste a su vez entregaba al acreedor asegurado, en garantía del cumplimiento de la obligación. Este esquema no difiere del actual, pudiéndose considerar al “*documento de garantía*” como el precedente del “*documento aval*”, que conjuntamente con la póliza extienden las compañías de seguro.

4. Cuarta época:

Debemos ubicarla a partir de la segunda mitad del Siglo XIX, hasta la actualidad. En esta época se da el apogeo de la institución del seguro. Las entidades aseguradoras se multiplican, surgen y se consagran las más variadas formas de cobertura, se crean las normas tanto de derecho público como privado que regulan el instituto y el contrato de seguro adquiere contornos más específicos y definitivos, tal como sostiene J.J. Garrido y Comas¹¹.

En este momento histórico, además de las modalidades de seguro ya conocidas, que se van arraigando y difundiendo (situación en la que se encuentra el Seguro de Caución); aparecen nuevas formas de cobertura que rápidamente logran consagrarse. Una de estas nuevas formas es el Seguro de Responsabilidad Civil, creado para cubrir la eventual responsabilidad que pueda surgir como consecuencia del empleo de los nuevos medios de locomoción.

La primera ley que codifica el derecho privado de seguros fue promulgada en Bélgica en el año 1874. En esta ley se enumeran y precisan los caracteres específicos del contrato de seguros.

En relación al seguro de caución, la primera póliza fue realizada en 1831 por el Banco Adriático de Assicurazione en Trieste¹². La cobertura que otorgaba el asegurador entraba en funcionamiento cuando el asegurado demostraba (por medio del protesto) que no se había realizado el pago por el deudor, pago que entonces debía ser realizado por el asegurador en el momento de la notificación. Era irrelevante la insolvencia del deudor, por lo que puede sostenerse que se estaba en presencia de un seguro de caución, no de crédito.

En Francia o Italia el asegurador pagaba la indemnización al momento en que se producía el incumplimiento del deudor, mientras que en Inglaterra, la indemnización sólo se pagaba si se declaraba la insolvencia del deudor.

9 Bastín, J, El seguro de crédito en el mundo contemporáneo, Madrid 1980. Pág. 5 – 26.

10 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág.9.

11 Garrido y Comas. J.J. Op. cit. pág. 29.

12 Bastin, J, La defaillance de paiement et sa protection : La assurance-crédit. Paris, 1991. Pág. 218.

Algunos autores comenzaron a distinguir el seguro de crédito y el de caución, teniendo en cuenta las personas del contratante y del beneficiario. Así, cuando el que contrataba era el deudor en beneficio del acreedor, se realizaba un seguro de caución. Si contrataba el propio acreedor, el seguro debía ser considerado de crédito.

En relación al reconocimiento legislativo del seguro de caución, la mayoría de la doctrina lo sitúa en el Código de Comercio Italiano de 1882¹³, sin perjuicio de que como subespecie del seguro de crédito, el “*seguro subsidiario*” fue legislado en el año 1556 en las Ordenanzas de Sevilla del referido año.

En el estudio del desarrollo histórico de la figura del seguro de caución encontramos un interesante conflicto que se planteó en Francia, en el año 1952, y que desembocó en el Arbitraje Renaudin¹⁴. Las entidades de crédito bancarias reclamaban como propias de esta actividad, las garantías que las compañías de seguro prestaban bajo el ropaje de las *assurance-cautionnement*. Se sometió el conflicto al arbitraje del consejero de Estado Renaudin. Las conclusiones a las que éste arribó fueron que las formas contractuales de garantía son netamente bancarias y no operaciones de seguro, por lo que las compañías aseguradoras estaban invadiendo un área económica que no les era propia.

C. CONCLUSIONES.

Una vez recorrido el itinerario histórico del seguro de caución, es posible arribar a las conclusiones que comentaremos.

El seguro de caución ha estado vinculado desde sus orígenes a la idea de garantía patrimonial sumada a la del deudor. Si bien el riesgo cubierto por el seguro de caución en la mayor parte de su evolución, es la insolvencia del deudor y no el incumplimiento de una obligación; puede sostenerse este extremo porque este seguro ha sido durante buena parte de su historia, una subespecie del seguro de garantía.

A lo largo de su historia, y aún hoy, el seguro de caución ha contado con escasa regulación normativa. Las normas que sí lo han regulado se caracterizan por recoger elementos de la realidad económica, de la jurídica asegurativa y de la realidad económica y de la jurídica de las garantías personales. Debiéndose para su estudio contrastar los contenidos normativos de uno y otro ámbito.

Finalmente, se ha puesto en evidencia con el devenir histórico reseñado, que el encuadre jurídico del seguro de caución va más allá de determinar cual es su naturaleza jurídica. Debe tenerse presente también al sujeto que lo realiza: un sujeto que es empresa y que actúa en un área intervenida administrativamente, que adopta una técnica de neutralización de riesgos, que concurre con otros sujetos y que actúa profesionalmente como garante en el mercado.

13 Garrigues, J. Contato de Seguro terrestre. Madrid 1983, Tomo II, Pág. 325.

14 Puig, F. Ob. Cit. Pág. 30

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y UBICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DEL SEGURO.

A. CONCEPTO.

Según Carlos Blanc y Roberto Borrelli, en su trabajo *“El llamado Contrato de Seguro de Caucción”*¹⁵ se entiende que: *“Funcional y económicamente, mediante el Seguro de Caucción se pretende garantizar al acreedor de una obligación, por el eventual incumplimiento por parte del deudor”*.

Por su parte Farina¹⁶ (atribuyéndola a Broseta Pont) realiza una definición más restrictiva del Seguro de Caucción, sosteniendo: *“Los seguros de caucción son los que se estipulan para garantizar al acreedor de una obligación no directamente dineraria, que será resarcida en caso de incumplimiento de dicha obligación”*. Esta definición resulta restrictiva en tanto limita el seguro de caucción a las obligaciones no dinerarias, restricción que debería estar acompañada de una restricción legislativa en este sentido.

Gerardo D. Santicchia, en Lexis N° 0003/011385¹⁷ su trabajo *“El Seguro de Caucción”*, lo define como: *“En una primera aproximación puede decirse que este contrato consiste en una garantía que una empresa aseguradora brinda a un tercero por las consecuencias de eventuales incumplimientos del pacto que liga a ese tercero con el tomador”*.

B. UBICACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN EN EL SISTEMA GENERAL DEL SEGURO.

1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO SEGURO DE DAÑOS.

El Seguro de Caucción, es encuadrado por la Doctrina, en forma prácticamente unánime, dentro de los Seguros de daños. No existe acuerdo respecto a si estamos frente a un seguro de daño en las cosas o en el patrimonio.

El hecho de considerar al seguro de caucción como un seguro de daños, trae aparejado consecuencias importantes. Entre ellas debe destacarse que el seguro de daños tiene carácter indemnizatorio, por lo que debemos preguntarnos si también el seguro de caucción indemniza un daño (esta cuestión será abordada en capítulos posteriores).

En el ámbito del seguro de daños, la doctrina discute si nos encontramos frente a un seguro de daño en las cosas o un seguro de daños en el patrimonio. Dicha discusión puede parecer estéril, ya que cualquier daño en la cosa repercute en el patrimonio, tal como sostiene Olivencia¹⁸. Por su parte, plantea Camacho de los Ríos¹⁹, que debería seguirse la clasificación propuesta por Garrigues, quien tomando como base el interés asegurado, distingue entre seguros sobre cosas determinadas, sobre derechos determinados y sobre el patrimonio. El seguro de caucción pertenecería entonces, tal como sostiene Camacho de los Ríos, al de *“derechos determinados”*, ya que, seguros de patrimonio son sólo los de responsabilidad ya que refieren a deudas que afectan el patrimonio completo del sujeto y no un derecho de crédito concreto.

15 Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Vol 13, N° 55, 56 (Jul/Dic 1991) Pág. 25 a 31.

16 Farina, “Seguro de Caucción” en R.D. C. O 1981 Pág 531

17 Santicchia, G. Lexis Nexos On line N° 0003/011385.

18 Olivencia Ruiz, M. “Seguros de crédito, caucción, responsabilidad civil y reaseguro” en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Madrid 1982, Pág. 871.

19 Camacho de los Ríos, J; Op. cit Pág. 18.

En definitiva, siguiendo la clasificación de Garrigues²⁰, podemos sostener que el Seguro de caución puede ubicarse en los seguros de daños y dentro de éstos en los de intereses sobre derechos.

2. SEGURO DE CAUCIÓN COMO SEGURO SOBRE RIESGOS JURÍDICOS.

El seguro de caución no asegura riesgos naturales o económicos, asegura riesgos jurídicos. En efecto, la cobertura que se obtiene con el seguro de caución es la de las consecuencias de la inobservancia de obligaciones derivadas de determinadas obligaciones jurídicas que comportan un derecho de crédito.

Los aseguradores aseguran dos grupos de relaciones jurídicas que por su contenido económico forman parte de la actividad aseguradora:

a. operaciones de crédito de las que surge la obligación de entregar en un determinado plazo una cantidad de dinero determinada; y

b. operaciones de las que surgen obligaciones de hacer o no hacer y en las que se impone el deber de constituir una caución en garantía de su cumplimiento.

3. SEGURO DE CAUCIÓN COMO SEGURO POR CUENTA AJENA.

En el seguro de caución intervienen tres personas: el asegurador, el tomador del seguro y el asegurado. Dicho esquema de elementos personales es característico del seguro por cuenta ajena²¹.

En este esquema, aquel que es deudor en la actualidad o va a serlo en un futuro inmediato contrata el seguro como tomador del mismo, en beneficio de su acreedor, considerado en el contrato como asegurado. Un contrato celebrado por cuenta ajena se aparta del efecto relativo de los contratos, ya que la normalidad en la materia supone que la eficacia contractual se limita a los sujetos que lo celebran; en este sentido debemos recordar el adagio romano *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (las cosas hechas entre otros, no pueden perjudicar ni aprovechar a los demás)²².

Tal como sostiene Garrigues²³, en el contrato por cuenta ajena, surge la figura del “tomador del seguro” que es quien contrata con el asegurador, sin ser el titular de los derechos que emergen del seguro. En este sentido el contratante o tomador del seguro es aquel que suscribe el contrato, asumiendo las obligaciones que del mismo se derivan. Asegurado es el que tiene derecho a la prestación del asegurador.

En el seguro de caución el tomador asegura no un interés propio, sino un interés ajeno (el del acreedor, en este caso, asegurado), de forma que aquél no cubre su responsabilidad civil respecto de éste, sino que asegura directamente el interés del último respecto del bien y contra los eventos que puedan dañarlo, sea que ello genere o no responsabilidad civil de su parte. Por otro lado, en el seguro por cuenta ajena, existe un vínculo único entre el asegurador, por un lado, y el tomador del seguro y el asegurado, por otro, lo que permite que, producido el siniestro, el asegurado pueda reclamar directamente al asegurador el pago de la prestación convenida sin haber estipulado formalmente el contrato.

En lo que se refiere a la posibilidad de oponer excepciones por el asegurador frente a la reclamación del asegurado, se entiende que en el seguro por cuenta ajena el asegurador podrá oponer los hechos que han impedido la constitución válida del derecho exigido por el asegurado, lo han paralizado o lo han extinguido. También le serán oponibles al asegurado las excepciones que tenga personalmente contra él el asegurador, provengan o no del contrato. Es indudable, en consecuencia, que serán oponibles al asegurado las excepciones

20 Garrigues, J. Op. cit, Pág. 47

21 Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”. En La Ley, 1986, pág. 1064. Tomo 2.

22 Gamarra, J. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XV. Pág. 7.

23 Garrigues, J. Op. cit, Pág. 276 y 277

que derivan del contrato de seguro. De las pólizas examinadas a estos efectos, es importante destacar que algunas de éstas contienen cláusulas que excluyen la posibilidad de que el asegurador pueda oponer al asegurado la falta de pago de las primas, por el tomador del seguro, a los fines, en concreto, de la rescisión del contrato o la suspensión de la cobertura. Dichas cláusulas han servido para fundamentar nuevos argumentos contra el carácter asegurador de nuestra figura, por cuanto, se ha dicho, que las mismas contradicen la estructura sinalagmática del contrato y los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de la garantía. Se ha replicado a tal objeción que, si bien el impago de las primas se opondría al sinalagma funcional, igualmente se mantendría el sinalagma genético entre la asunción de una obligación de la empresa aseguradora subordinada a la verificación de un evento previsto en el contrato.

4. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y EL SEGURO DE CRÉDITO.

La doctrina en la materia sostiene que debe distinguirse el seguro de crédito en sentido amplio y el seguro de crédito strictu sensu²⁴. En el seguro de crédito en sentido amplio (lado activo de cualquier vínculo jurídico) se ubicarían los seguros de crédito, los seguros de caución y los de responsabilidad civil. Seguros de crédito en sentido estricto son aquellos que se refieren exclusivamente a operaciones de crédito cuyo origen son contratos de préstamo o mutuo.

Broseta y Pont²⁵ define al seguro de crédito en sentido genérico como: “*contrato por el que el asegurador, mediante la percepción de una prima, se obliga a indemnizar, en la forma establecida por la ley o el contrato, los daños que puede generar al acreedor el incumplimiento de la obligación de su deudor*”. En esta definición se encuadran tanto los supuestos de impago derivados de la insolvencia del deudor, como los de simple incumplimiento por vencimiento.

En relación a la diferenciación entre seguro de caución y seguro de crédito strictu sensu, Tirado Suárez²⁶ sostiene que las diferencias se centran en tres aspectos fundamentales:

a. **Sujetos intervinientes:** mientras que en el seguro de crédito tomador y asegurado son la misma persona; en el seguro de caución, tal como hemos visto, tomador y asegurado son sujetos diferentes. En tanto el tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede desencadenar el siniestro; el asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro.

b. **El riesgo:** mientras que el objeto del seguro de crédito es indemnizar la pérdida definitiva que sufre el asegurado como consecuencia del no cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor, el objeto del seguro de caución es la reparación del daño derivado del mero incumplimiento del deudor, daño que se tasó a priori ya sea legal o convencionalmente.

c. **Forma de contratación:** en el seguro de crédito el acreedor pretende cubrir todo su negocio (son usuales las pólizas globales o flotantes); en el seguro de caución, se cubren operaciones concretas, utilizándose pólizas individuales.

Sin perjuicio de las diferencias señaladas, parte de la doctrina es conteste en sostener que la diferenciación entre ambos seguros no se justifica, ya que, tanto uno como el otro, están dirigidos a cubrir las consecuencias de la falta de pago de un crédito.

En este sentido Garrigues²⁷ sostiene que mientras que el seguro de crédito se dirige a cubrir la falta de cumplimiento del deudor originada por su insolvencia, el seguro de caución protege al acreedor frente al mero incumplimiento. Por lo tanto, no pueden diferenciarse por la prestación del asegurador (en ambos casos

24 Garrigues, J Op. cit, Pág. 351;

25 Broseta y Pont, M. Manual de derecho mercantil. Madrid, 1991. Pág. 571 y ss.

26 Tirado Suárez, J. “El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español” apéndice al libro de Bastin, J. El seguro de crédito en el mundo contemporáneo, Madrid, 1980. Pág. 655.

27 Garrigues, J. Op cit. Pág. 323

es la misma, indemnizar). La diferencia entre uno y otro es el grado del riesgo cubierto, por lo que, según el autor, puede sostenerse que el seguro de caución es una sub-especie del seguro de crédito.

CAPITULO TRES

ELEMENTOS DEL SEGURO DE CAUCIÓN

Introducidos al tema en general, parece relevante centrarnos en el estudio de aquellos elementos que nos permitirán comprender a cabalidad la figura. A estos efectos se estudiarán aquellos, que son esenciales en el seguro de caución, pero que también son esenciales en todos los seguros: el interés, el riesgo y el daño asegurado; y aquellos que presentan importantes particularidades en el seguro de caución como la indemnización, el derecho de recobro, el documento aval y las cláusulas a primer requerimiento.

A. ELEMENTOS ESENCIALES DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

1. EL INTERÉS.

El contrato de seguro se celebra para evitar las consecuencias dañosas que se derivan de la realización de los riesgos a los que se hayan expuestos los bienes.

En el derecho de seguros, así como en el derecho comercial en general, el interés tiene contenido económico, es necesaria la existencia de una relación de índole económica entre el asegurado y la cosa sobre la cual recae el riesgo.

Sostiene Isaac Halperín²⁸, que el concepto de interés asegurable, adquiere en el contrato de seguro una importancia extraordinaria, porque constituye el objeto del contrato. La existencia del interés es esencial para legitimar el contrato e impedir que se degenere en una apuesta, ya que, el interés en el seguro de daños es la medida de la indemnización.

Sostiene, en nuestro país, Enrique Nogueira²⁹: *“el interés asegurable se sustenta en cuatro elementos: un bien (cosa asegurada), una relación económica con el bien, un sujeto (titular de la relación económica) y su exposición a un riesgo determinado”*.

El interés reviste especial importancia en los seguros de daños, sobre todo en aquellos, que como el de caución, pueden incluirse dentro de los llamados *“seguros de indemnización efectiva”*. Esta singular importancia radica en que, en los seguros de indemnización efectiva, el interés es necesario, no sólo como presupuesto de validez del contrato, sino también para el cálculo de la indemnización que corresponda en caso de producirse el siniestro.

Sostiene Barrés Benlloch³⁰ que el interés del asegurado es que se cumpla la obligación de dar, hacer o no hacer que existe entre las partes. Por ejemplo, en un contrato de ejecución de obra, es claro que el interés asegurado es el del de que la obra llegue a buen fin. Nos encontramos, sin embargo, con el siguiente inconveniente: el sujeto titular del interés asegurado no es quien contrata el seguro, sino que el obligado a contratar el seguro o tomador del seguro, es el propio contratista de la obra. Se asegura, por tanto, el cumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer que corresponde al tomador.

28 Halperín, I. El Contrato de Seguro (seguros terrestres). Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1946. Pág. 427

29 Nogueira, E. “Interés asegurable”, Segundas jornadas del Derecho de los Seguros. FCU. Pág. 27

30 Barrés Benlloch, Ma. Pilar. Seguro de Caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?- Colección Jurisprudencia práctica. N° 52. Editorial Tecnos S.A. 1993. Pág. 18.

2. EL RIESGO.

Es otro de los elementos esenciales del seguro, en tanto el contrato de seguro tiene como finalidad, prevenir o reparar las consecuencias patrimoniales negativas que desencadenará el siniestro en caso de ocurrir. El contrato de seguros, tal como sostiene J.J Garrido y Comas³¹, nace para prevenir las consecuencias patrimoniales que puedan derivarse de la realización de un hecho futuro e incierto.

El riesgo, entonces, es la posibilidad de ocurrencia de un evento dañoso, por lo que cada contrato de seguro individualiza y delimita el riesgo cubierto, ya sea a través de las condiciones generales o particulares de la póliza.

Este elemento presenta las siguientes características:

2.1. Incierto.

La cualidad esencial del riesgo es la incertidumbre respecto de si el evento previsto se verificará o no. Sostiene Garrigues³² que el seguro consiste en poner lo seguro en lugar de lo inseguro.

Lo que caracteriza al riesgo, entonces es la incertidumbre de su ocurrencia. Dicha incertidumbre puede ser:

a. Incertidumbre absoluta: cuando la incertidumbre se refiere a todas las circunstancias que determinan la realización de un acontecimiento: si éste se verificará y cómo y cuando sucederá. Esta incertidumbre es propia del seguro de daños.

b. Incertidumbre relativa: cuando la incertidumbre está referida a un solo aspecto: el momento en que el acontecimiento previsto ocurrirá. Este tipo se da en el seguro de vida.

2.2 Posible.

El riesgo asegurable debe ser posible, es decir, que aún remotamente pueda ocurrir el hecho previsto, ya que si su realización fuera imposible, no existiría el riesgo.³³

La ocurrencia del riesgo no debe contrariar a las leyes de la naturaleza y tampoco suponer un hecho prohibido por la ley o las buenas costumbres.

2.3. Futuro.

El riesgo asegurable es, por regla general, un acontecimiento futuro respecto del momento de la contratación del seguro. Si al momento de celebrar el contrato de seguro, el riesgo ya se había verificado o no existía, el contrato será nulo.

31 Garrido y Comas, J. J. El contrato de Seguros. 1954. Pág. 146.

32 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 252 (T. IV)

33 Garrido y Comas, J.J. Op. cit. pág. 147.

2.4. Ajeno a la voluntad de las partes.

El evento debe ser extraño a la voluntad del asegurado y del beneficiario. Dicha independencia no implica la creación del riesgo, ya que muchas veces es el asegurado quien se somete voluntariamente al riesgo, creándolo para su persona con el consentimiento del asegurador, que asume la cobertura del riesgo (ej. pilotos de prueba).

En lo concerniente a su realización debe quedar por entero sometido al álea sobre el que el asegurador basó sus cálculos. El derecho del asegurado o beneficiario a recibir la prestación de la aseguradora caduca, si éstos provocaron el siniestro o agravaron el riesgo asumido.

En el seguro de caución el riesgo general asegurado es el incumplimiento. El significado del “*incumplimiento*” es diferente si se contempla desde la perspectiva del acreedor (asegurado) o del deudor (tomador). Desde el punto de vista del asegurado, toda falta de realización de la prestación debida, todo incumplimiento, supone la insatisfacción de su derecho y constituye, en sí mismo, un hecho ciertamente objetivo. Pero desde el punto de vista del deudor o tomador sólo podrá hablarse de incumplimiento cuando aquél haya infringido el deber jurídico que le atañe, en virtud de un comportamiento subjetivo que le sea imputable y del que resulte responsable. Es por ello, tal como sostiene Embid Irujo³⁴, que corresponde inexcusablemente a las pólizas determinar qué se entiende por riesgo, y precisar, en suma, cuándo se ha producido el incumplimiento, o lo que es lo mismo, cuándo se ha verificado el siniestro.

En relación a la delimitación del riesgo, se advierte la exclusión de la fuerza mayor de los riesgos asumidos por el asegurador. Tal exclusión puede entenderse si se la conecta a la acción de regreso que, con carácter general las pólizas (y en aquellos países en que este seguro está legislado, la ley), atribuyen al asegurador para reclamar del deudor todo pago efectuado al asegurado una vez que se ha producido el siniestro. Si se cubriese la fuerza mayor, parecería injusto reclamar del tomador la cantidad pagada al asegurado en tanto el incumplimiento no era imputable en absoluto al deudor. Se agravaría, así, por el juego del mecanismo del seguro la responsabilidad del deudor original. Por lo tanto, tal exclusión resulta justificable. Sin embargo, no es posible dejar de advertir que la misma arroja dudas sobre la consideración de la figura del seguro de caución como auténtico seguro.

Sostiene Barrés Benlloch³⁵, que en torno al riesgo en el seguro de caución surge un interesante debate. A partir de la amplia libertad contractual (no debemos olvidar la magra legislación en torno a este seguro), la práctica contractual admite como suficiente para entender producido el siniestro, el requerimiento de pago de la indemnización al asegurador por parte del asegurado, sin necesidad de comprobar el efectivo incumplimiento del tomador del seguro. Existe, con el mecanismo relatado, la posibilidad de que el asegurado lleve a cabo una reclamación dolosa con la finalidad de obtener dinero procedente de su derecho a la indemnización libremente pactada por las partes. Ante la redacción e inclusión voluntaria de dichas cláusulas de producción del siniestro en el contrato de seguro por pacto entre el tomador y el asegurador, queda un nuevo problema práctico sin resolver, pues el asegurado, ante ellas, va a poder mover la maquinaria aseguradora, y obtener de manera inmediata la indemnización, con tan sólo requerir el pago de manera fehaciente a la aseguradora. No es posible desconocer, sin embargo, que los derechos deben ejercitarse con arreglo al principio de buena fe. Sin embargo resulta un tema de interés, sostiene, Barrés Benlloch, ya que en los seguros de caución, los volúmenes de las indemnizaciones suelen tener gran envergadura, implicando grandes movimientos de capitales.

3. EL DAÑO.

El daño es en sede del contrato de seguros, la lesión de un interés económico en general de carácter irreversible.

³⁴ Embid Irujo, J. M. Op. Cit.

³⁵ Barrés Benlloch, M. P. Op. cit. Pág. 19-20.

No es claro, a diferencia de lo que sucede en otras modalidades aseguradoras, que en el seguro de caución se produzca un daño definitivo susceptible de resarcimiento. Partiendo de la correlación habitual entre riesgo, siniestro y daño; la identificación del incumplimiento como riesgo cubierto conduciría a verificar si dicho incumplimiento es el siniestro y si éste produjo daños.

En la mayor parte de los contratos de seguros, el riesgo cubierto se resuelve en la posibilidad de que se verifique la lesión irreversible de un interés económico (ej. incendio de un inmueble). Aún entre los seguros de patrimonio, en los que es relevante la lesión del patrimonio por el nacimiento de una deuda (como la derivada de la responsabilidad civil), se afecta a la riqueza material.

En el seguro de caución se observa que no es fácil encontrar cuál debe considerarse como lesión irreversible. Así, muchos autores sostienen que cualquier incumplimiento del deudor configura un daño susceptible de ser resarcido, aún el simple retraso en la verificación de la prestación originaría un daño que podría ser indemnizado a través del seguro; dependerá, tal como se expresó, de la precisión con que las pólizas se redacten.

B. ELEMENTOS PARTICULARES DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

1. LA INDEMNIZACIÓN.

El principio indemnizatorio supone que el contrato de seguros es un forma moderna de neutralizar las consecuencias de los perjuicios. Dicha prestación que efectúa el asegurador no debe procurar un beneficio para el asegurado, ni colocarlo en situación más favorable a la hipótesis de que el siniestro no se hubiera realizado³⁶. El límite infranqueable sería el de la suma asegurada, delimitada por el interés asegurable.

En el seguro de caución el riesgo cubierto por el asegurador es el daño que deriva del incumplimiento de la obligación del tomador. La indemnización por él pagada está dirigida a eliminar los efectos negativos que tal incumplimiento ha producido en la esfera jurídico-patrimonial del asegurado.

Se ha sostenido que el tema de fondo al analizar el seguro de caución (y del que nos ocuparemos en sucesivos capítulos), es el de determinar si la entidad aseguradora garantiza el cumplimiento de una obligación ajena o resarce el daño ocasionado por el incumplimiento del obligado. En este sentido, la fianza o negocio con "*causa de garantía*", supone la asunción de una obligación por un segundo deudor, que se compromete a cumplir otra obligación, la garantizada. En cambio, una figura con perfiles aseguradores lo que perseguiría sería resarcir o indemnizar los daños ocasionados por un evento dañoso. El seguro de caución, si entendemos que posee función indemnizatoria, indemnizaría los daños que produce al acreedor un hecho del deudor, que podrían considerarse como futuros e inciertos, tal como se entiende el riesgo en materia de seguros. En definitiva, el seguro de caución sería "*causalmente indemnizatorio*", destinado a indemnizar los daños ocasionados por un evento dañoso constituido por el incumplimiento de la obligación. Este tema será analizado en el capítulo siguiente.

2. EL DERECHO DE RECROBRO O REEMBOLSO.

Presenta particular interés, en el seguro de caución, el denominado derecho de recobro o reembolso que posee el asegurador frente al tomador por aquellos pagos que hubiere realizado al asegurado con motivo del seguro.

Ante este derecho del asegurador, surgen por lo menos tres cuestiones a analizar: si el asegurador puede reclamar cualquier pago hecho al asegurado o sólo aquel que deriva de la indemnización; que diferencia existe entre el mecanismo de reembolso y el de la subrogación legal; y si el derecho de recobro vulnera el principio de aleatoriedad inherente al contrato de seguros.

36 Stiglitz, R. Derecho de Seguros. Tomo III. 4ª edición actualizada y ampliada. Pág. 81-82.

2.1. ¿Qué pagos puede reclamar el asegurador?

La cuestión de si el asegurador puede reclamar cualquier pago hecho al asegurado o sólo aquel que deriva de la indemnización, depende del análisis de en qué consiste la prestación del asegurador en el seguro de caución una vez producido el siniestro. Según Garrigues³⁷, la cuantía de la indemnización será, en este seguro y a diferencia del seguro de crédito, solamente el importe del crédito no pagado. Por su parte Vicent Chuliá, considera que, al igual que en la fianza, el asegurador deberá pagar la suma debida en atención a la deuda del tomador, más los intereses y gastos que se produzcan para el asegurado.

En aquellos sistemas en los que existe previsión legal expresa, deberá estarse a ésta para la determinación; en aquellos, como el nuestro, en los que no existe regulación legal del seguro de caución, deberá estarse a lo estipulado contractualmente y si nada se dispone, se deberá dejar la cuestión al arbitrio del intérprete, considerándose, por nuestra parte que el asegurador puede reclamar, todo lo que haya pagado al asegurado.

2.2 Diferencia entre el derecho de reembolso y la subrogación.

En relación a la diferencia entre derecho de reembolso y subrogación legal coincide la doctrina en general y la Jurisprudencia española, en que esta acción de reembolso que se le concede al asegurador no es una concreción de la subrogación que, con carácter general, reconoce la ley al asegurador en todos los seguros de daños. Se entiende que es una acción propia del asegurador que nace del contrato de seguro³⁸. Dicha acción de reembolso está en algunos ordenamientos, como el español expresamente prevista en el artículo 68 in fine de la Ley de Contrato de Seguro Española, que dispone: *“Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”*. La doctrina³⁹ sostiene que si el seguro de caución diera lugar a una subrogación del asegurador en los derechos del asegurado frente al tomador, este inciso del artículo 68 sería innecesario, aplicándose la subrogación general de los seguros de daños.

2.3 ¿Se vulnera con el derecho de recobro el principio de aleatoriedad?

La última de las cuestiones, es analizar si el derecho de recobro vulnera el principio de aleatoriedad inherente al contrato de seguros. Este ha sido el argumento sostenido por parte de la doctrina para negar la naturaleza jurídica aseguradora del seguro de caución, en tanto en éste faltaría el elemento del alea, inherente a todo contrato de seguro. Sostienen estos autores que al tener a su favor la acción de reembolso, el asegurador está en condiciones de recuperar íntegramente la suma desembolsada, con lo que nunca corre el riesgo de pérdida de la indemnización.

Sin embargo, tal planteamiento ha sido rechazado ya que:

en el seno de la empresa aseguradora siempre se produce la eliminación del alea, ya se a través del ejercicio de la acción subrogatoria, ya sea a través de la distribución del riesgo sobre un gran número de contratos.

- incluso en referencia al seguro de caución en particular, la posibilidad del asegurador de recuperar totalmente lo que ha pagado no ha de incidir en el carácter aleatorio o conmutativo del contrato
- Finalmente, no siempre el asegurador tiene la certeza de que la acción de regreso será efectiva, en tanto cabe el peligro de que el tomador sea insolvente.

37 Garrigues, J. Op.cit. Pág. 323-330, 350-353.

38 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 352.

39 Tirado Suárez, Op.cit, Pág. 438.

3. DOCUMENTACIÓN EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

El seguro de caución a la hora de su formalización, presenta ciertas particularidades respecto al régimen general de contratación de los seguros. El asegurador, una vez recibida la solicitud de seguro, y en el momento de conclusión del contrato expide, en forma separada de la póliza, un documento que, en la práctica aseguradora, se denomina “aval” o “aval de seguro” y que es particular de este tipo de seguros. Son entonces documentos del seguro de caución: la solicitud, la proposición, la póliza y el aval.

3.1 La solicitud y la proposición en el seguro de caución.

La solicitud la efectúa el futuro tomador al asegurador y se documenta a través de la “solicitud de seguro”. La información requerida por el asegurador variará dependiendo de la entidad del solicitante, así como del tipo de cobertura que se demande. En general, puede sostenerse que la información comprende: identificación del solicitante, datos relativos a la empresa, tipo de garantía o cobertura que se demanda y número de ellas realizadas con otras entidades.

Si tenemos en cuenta que uno de los principios básicos de la práctica moderna del seguro de caución es la de selección de los riesgos; este documento es vital para que el asegurador pueda conocer la posición económica, así como la moralidad, profesionalidad, etc, del tomador, que serán determinantes para otorgar o no la cobertura.

3.2. La Póliza del Seguro de Caución.

Como en todo Contrato de seguro, la Póliza, en el seguro de caución tiene como función, además de ser prueba de la existencia del contrato, la de establecer el régimen convencional entre las partes intervinientes. En tanto el seguro de caución se configura como un seguro por cuenta ajena la póliza va a ser el instrumento que regule las relaciones entre asegurador y tomador, quedando al margen de estas estipulaciones, el asegurado.

Pueden destacarse como notas de interés que son comunes a la mayoría de las pólizas de seguro de caución, las siguientes:

- a. Valoración anticipada del daño, configurándose pólizas tasadas, facilitándose de esta manera, la liquidación en caso de siniestro (este extremo chocaría con el principio indemnizatorio analizado).
- b. El asegurado no participa en la conclusión de la póliza ya que es un seguro por cuenta ajena.
- c. Frecuente inclusión de cláusulas que permiten al asegurado reclamar la indemnización sin necesidad de probar el incumplimiento del deudor.
- d. Las aseguradoras hacen especial hincapié respecto a su derecho de reembolso, señalando el carácter ejecutivo de la póliza.

3.3. Documento aval.

Debe precisarse que no siempre el asegurador expide estos documentos ya que en ocasiones, el contrato se articula exclusivamente a través de la póliza.

El uso del aval se justifica ya que en un seguro por cuenta ajena, en el que la póliza se refiere principalmente a las relaciones entre asegurador y tomador, es lógico que exista un documento distinto para instrumentar las relaciones con el asegurado o beneficiario.

El contenido del aval puede resumirse en:

- a. Elementos personales. El contenido personal es más amplio que el de la póliza ya que se incluye al asegurado, se utilizan términos como: garantizado (tomador), garante (asegurador) y beneficiario (asegurado).
- b. Reconocimiento de garantía. El asegurador expresa su compromiso de responder frente al beneficiario, del comportamiento del deudor garantizado.
- c. Extensión y circunstancias de la garantía. Se determina frente a que responde el garante, la fecha en que comienza a tener efecto la garantía, su vigencia temporal, las condiciones bajo las cuales el beneficiario puede pedir al garante la realización de la garantía, régimen de excepciones.

En relación a cual es la función del aval debemos pensar que en el seguro de caución existen dos planos obligacionales diferentes, en los que participan tres sujetos distintos. Hay una relación jurídica principal, en la que participan un acreedor y un deudor y es en ella que se exige la constitución de una garantía. Por otro lado está la relación jurídica que emerge del contrato de seguros, en el que encontramos el asegurador y el tomador. El asegurado permanece al margen de la póliza y dada la función de garantía que cumple este seguro, junto a la póliza se expide el documento llamado aval, con la finalidad de regular las relaciones entre el asegurado (beneficiario) y el asegurador (garante).

Se ha discutido en relación a si este documento aval se encuentra desvinculado de la Póliza, constituyendo un contrato diferente, o si por el contrario, forma parte de ella.

Aquellos autores que han sostenido que estamos frente a un contrato distinto a la Póliza, sostienen que el aval constituye un verdadero contrato de fianza. Dicho contrato se perfeccionaría desde el momento en que el acreedor recibe y acepta el documento que recoge la obligación del asegurador⁴⁰.

Por su parte, aquellos que sostienen que no pueden disociarse aval y póliza (posición, que compartimos), entienden que la función que cumplen los documentos que expide el asegurador junto con la póliza es puramente instrumental, y el hecho de que se realicen separadamente de la póliza no significa que por esa vía se constituya la garantía, ni que ésta sea diferente a la otorgada por el propio seguro⁴¹.

4. CLÁUSULAS A PRIMER REQUERIMIENTO.

En la práctica asegurativa, se incluyen con frecuencia en las pólizas de seguro de caución, cláusulas “a primer requerimiento”, que generalmente van acompañadas de la renuncia por parte de la entidad aseguradora a oponer cualquier tipo de excepciones frente a la reclamación del asegurado. La frecuencia e importancia de estas prácticas se relaciona con la utilización de las “garantías a demanda” o “garantías independientes” y su inclusión trae aparejada consecuencias prácticas.

40 Actualidad aseguradora. 1991, Pág. 74.

41 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 44.

Parte de la doctrina sostiene que la función que cumplen las cláusulas a primer requerimiento es la de no subordinar el pago hecho por el asegurador a la prueba del incumplimiento de la obligación garantizada.

De esta manera, se invierte la carga de la prueba, estableciendo a favor del asegurado, en caso de que éste exija el pago, una presunción *iuris tantum* de que el deudor ha incumplido. El asegurador puede, romper dicha presunción mediante la prueba en contra. Ello hace suponer que el asegurador podrá siempre oponer al asegurado las excepciones que se refieran a la inexistencia o nulidad de los elementos del contrato, y las que se deriven de la inexistencia o ilicitud de la causa, del riesgo o la actuación dolosa del asegurador.

Sin embargo, las cláusulas a primer requerimiento, han sido interpretadas por la mayoría de la doctrina, en el sentido de que el asegurador no sólo no puede exigir la prueba del incumplimiento, sino que no puede oponer ninguna excepción, ni siquiera las derivadas del contrato de seguro. En definitiva, en el supuesto normal, tal como señala Embid Irujo⁴², el asegurador tiene frente a la reclamación del asegurado, la posibilidad de oponer como excepciones, por un lado *“los hechos que han impedido la constitución válida del derecho exigido por el asegurado, lo han paralizado o lo han extinguido, y por otro lado, las excepciones personales que aquél tenga frente a éste, provengan o no del contrato”*. Frente a ello, la inclusión de la cláusula a primer requerimiento, supone privar al asegurador de la posibilidad de oponer cualquier excepción, esto es, al reclamar el asegurado el importe de la garantía, está aquél obligado a pagar sin detenerse a examinar la legitimidad y procedencia de tal petición. Es así que se asimila el instituto a las garantías independiente emitidas por los bancos.

Se ha sostenido el carácter abusivo de estas cláusulas, en tanto la exoneración unilateral del deber de comprobación supone una violación de las exigencias de la buena fe, límite de la libertad contractual. Teniendo presente que en el seguro de caución, tomador y asegurado no son la misma persona, los intereses en colisión son los de éstos, por lo que habrá que ponderar el beneficio que con estas cláusulas obtiene el asegurado, y el perjuicio que se irroga al tomador.

Se ha entendido, que el seguro de caución puede ser la vía para la constitución de una garantía independiente. Así lo entiende Embid Irujo⁴³, para quien *“la mayor parte de las modalidades de este seguro que se practican entre nosotros aparecen caracterizadas por obviar el trámite citado y optan por presumir la producción del siniestro con el simple requerimiento del asegurador (...) Por esta vía, el seguro de caución ha pasado a formar parte, como un ejemplo más, de la categoría de las llamadas garantías a primera solicitud, caracterizadas por abstraer la obligación del garante de las vicisitudes de la obligación garantizada”*.

La posibilidad de admisión de una garantía independiente debe realizarse en forma restrictiva, admitirse únicamente cuando surja de forma indudable de la voluntad de los contratantes; cuando tal voluntad no surja en forma clara, deberá optarse por considerar que tales cláusulas dan lugar, únicamente a una inversión de la carga probatoria. Este criterio es sostenido, por Embid Irujo, quien afirma que la inclusión de las *“cláusulas a primer requerimiento”* parecen manifestar la intención de la constitución de un obligación no accesorio, tales cláusulas son, una presunción *iuris tantum*, no pudiéndose afirmar sin más el carácter no accesorio de la obligación del garante, ello deberá hacerse luego de analizar el texto íntegro de la garantía.

Sostiene Camacho de los Ríos⁴⁴, que el análisis restrictivo se justifica ya que:

- las garantías independientes son, originalmente, garantías otorgadas por bancos y destinadas a cubrir los riesgos de operaciones generalmente internacionales, por lo que su inserción en las pólizas de seguro deberá analizarse con detenimiento.
- Debe tenerse presente la diferencia entre el carácter causal del contrato de seguro frente al carácter abstracto de la garantía.

42 Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución: régimen, Op. cit. Pág. 1068.

43 Embid Irujo, J.M. “Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución”. La Ley, año XI, Núm. 2459, Pág. 3

44 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 141

CAPITULO CUARTO

FUNCIÓN JURIDICO – ECONÓMICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

FUNCIÓN CAUCIONAL O INDEMNIZATORIA.

Para poder determinar cual es la función que cumple el seguro de caución, debemos preguntarnos que función cumple éste en la relación jurídica principal. A esta pregunta cabrían dos respuestas: que el seguro de caución persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal o, por el contrario, que el seguro de caución persigue indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento de la obligación principal.

Si sostenemos la primera de las respuestas, entendemos entonces que el seguro de caución tiene una función de garantía; mientras que si sostenemos la segunda de las respuestas estaríamos afirmando que la función del seguro de caución es indemnizatoria.

Duzi y De Zuliani, citados por Camacho de los Ríos⁴⁵, califican al seguro de caución como una de las formas de aseguramiento del crédito en sentido amplio (la otra forma sería el seguro de crédito entendido en sentido estricto, esto es, como aseguramiento frente a la insolvencia del deudor), y consideran que bajo tal denominación, encuadran todas aquellas formas de garantía en las que se sustituye, con una póliza de seguro, la caución real que, por contrato o por ley, debe ser prestada por determinadas personas, en garantía del cumplimiento de las obligaciones que surgen en ocasión de una determinada relación jurídica.

En el mismo sentido que los autores mencionados, la doctrina que considera que la función del seguro de caución es de garantía, sostiene que la función del seguro de caución y la función de la caución entendida como depósito de dinero o títulos, son idénticas: garantizar al acreedor que su crédito será satisfecho, Si bien el medio utilizado en cada caso es diferente ya que en la caución el acreedor tiene la posibilidad de autosatisfacción porque puede preventivamente incautar la caución. En el seguro de caución, la satisfacción del crédito va a depender del acto de cumplimiento de un tercero. Sin embargo la diferencia apuntada es respecto al medio de operar, manteniéndose idéntica la finalidad.

Esa función caucional ha sido reconocida por la doctrina italiana y también por los órganos italianos de control de la actividad aseguradora, tal como sostiene Camacho de los Ríos. En este sentido el Ministerio de Industria ha señalado en la Circular N° 433 de Noviembre de 1979, que *“constituye el contenido de este ramo aquellos contratos que absorben la misma función jurídico – económica (y, por lo tanto, son sustitutos) que la caución, en dinero u otros bienes, que un determinado sujeto –normalmente, el contratante del seguro- está obligado a constituir a favor de la Administración pública o de un particular (el asegurado beneficiario de la prestación del asegurador), con el fin de garantizar el cumplimiento de una, su futura obligación pecuniaria, a título de resarcimiento del daño o penalidad...”*

En la doctrina española es también predominante la tesis de la función caucional del seguro de caución. Así, Font Galán, citado por Camacho de los Ríos⁴⁶, sostiene que la póliza de seguro de caución es un medio de prestar caución que surge com motivo de la realización de ciertos contratos en los que se impone a uno de los contratantes la obligación de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emergen del mismo. En definitiva para el autor, la noción de cuación coincide con la genérica de garantía, abarcando tanto la garantía personal como la real.

45 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 49.

46 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 50-51.

Por su parte Embid Irujo⁴⁷ entiende que la función social típica de las diversas modalidades del seguro de caución no es otra que transformar una garantía real, cuya constitución es legal o convencionalmente debida, en una garantía personal. Ello comporta una innegable ventaja, ya que, manteniéndose el mismo resultado que se obtendría con un depósito real, se evitan los inconvenientes de la inmovilización de dinero o títulos.

Por nuestra parte, entendemos que el seguro de caución cumple una función de garantía, esto fue así, desde sus orígenes, y puede sostenerse que está en la esencia del instituto. En la actualidad, el seguro de caución, al ser concertado por una empresa aseguradora (que debe cumplir con la reglamentación administrativa que establece requisitos en cuanto a capital, reserva, etc.); se considera como fianza suficiente para sustituir a la caución en la función de garantizar el cumplimiento de la obligación principal. Es sosteniendo la función caucional del seguro de caución que pueden entenderse algunos de sus caracteres tales como la renuncia al beneficio de excusión, la frecuente inclusión de cláusulas a primer requerimiento, cláusulas cuya finalidad es incrementar el poder de autotutela del acreedor, acercándolo a la posición en la que se encontraría de haberse consituído una caución real.

Sin perjuicio de lo expresado, y a los efectos de determinar el carácter indemnizatorio o de garantía del seguro de caución, se han tenido en cuenta determinados caracteres que han inclinado a la doctrina por una u otra solución.

1. Carácter autónomo del negocio.

Los autores que sostienen el carácter indemnizatorio del seguro de caución⁴⁸, plantean que el seguro de caución se configura como un negocio autónomo, cuya función indemnizatoria resulta evidente, en tanto el riesgo cubierto por el asegurador es el daño que deriva del incumplimiento de la obligación del tomador y la indemnización por él pagada está dirigida a eliminar los efectos negativos que tal incumplimiento ha producido en la esfera jurídico-patrimonial del asegurador.

Dichas conclusiones conducen a sostener que la naturaleza de la obligación asumida por el asegurador es de carácter autónomo en contraposición a aquellas opiniones que sostienen el carácter accesorio y la función de garantía.

En el mismo sentido, Olivencia⁴⁹ comentando el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro española, sostiene que cuando en dicho artículo se dispone: “a título de resarcimiento o penalidad” el legislador ha querido señalar, el carácter indemnizatorio de este seguro, ya que a diferencia de lo que sucede con el fiador, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento del tomador; no se obliga a cumplir en caso de que éste no lo haga.

La Jurisprudencia española, por su parte, se ha adherido a la posición que sostiene el carácter indemnizatorio de la obligación del asegurador. En este sentido, se plantea que, mientras que el fiador cumple en defecto del deudor, el asegurador no cumple por nadie, sino que indemniza el perjuicio económico derivado del incumplimiento del deudor principal. Otro de los argumentos esgrimidos por la Jurisprudencia es que, mientras que el fiador debe cumplir toda vez que el afianzado incumpla, el asegurador requiere, además del incumplimiento, que como consecuencia del mismo se hayan causado daños y perjuicios al asegurado.

Por su parte, los argumentos esgrimidos por la Doctrina que considera que la función del Seguro de caución es de garantía, se basan en que: la fianza refuerza la probabilidad de que el acreedor vea satisfecho su interés, y el seguro de caución persigue la misma finalidad y el fiador no está cumpliendo la misma prestación que el deudor, sino que su función es la de proteger el interés económico que el acreedor pudiera tener en aquella prestación.

47 Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica” en La Ley, 1986, II, p. 1064. “El seguro de caución como garantía” en Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”. Madrid 1990, Pág. 699.

48 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 352-353

49 Olivencia Ruiz, M, “Seguros de crédito, caución, responsabilidad civil y reaseguro” en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Madrid 1982, Pág. 865 y ss.

Otro de los argumentos esgrimidos a favor de la función de garantía del seguro de caución es que más allá de que se establezca en algunas legislaciones, como la española, que el asegurador se obliga a indemnizar el daño sufrido por el acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor; pocas veces en la práctica se evalúan dichos daños, ya que los mismos se encuentran tasado previamente, al momento de redactarse la póliza.

Para Embid Irujo⁵⁰ *“la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza, puesto que en aquel, la empresa aseguradora no se obliga a resarcir los daños hipotéticamente producidos por el incumplimiento, sino, más bien, a cumplir la obligación del tomador”*.

2. Accesoriedad.

Es otro de los caracteres que se tienen en cuenta a la hora de adoptar una u otra posición respecto a la función del seguro de caución.

La accesoriedad se entiende en sentido amplio, como la necesaria conexión funcional de la obligación accesorio con la principal, es decir, la obligación accesorio siempre presupone la existencia de una principal.

En la fianza, la accesoriedad implica que la obligación del fiador no puede nacer ni subsistir sin la principal, el contenido de la obligación del fiador no puede exceder de la del deudor principal, la obligación del fiador no puede ser contraída en condiciones más gravosas que la del deudor principal y la obligación del fiador se trasmite y extingue con la principal⁵¹.

Algunos de los preceptos antes mencionados, derivados del carácter accesorio de la fianza, no se encuentran en el seguro de caución. Sin embargo, ello no puede ser causa de la exclusión del carácter fideiusorio del seguro de caución, en tanto debe considerarse que los preceptos anteriormente citados no son de derecho imperativo y por lo tanto admiten pacto en contrario.

La doctrina está dividida en cuanto al carácter accesorio o no del seguro de caución. Parte de la doctrina sostiene que la obligación del asegurador tiene carácter accesorio y por lo tanto la póliza de seguro de caución es un instrumento para cumplir la obligación de prestar caución, obligación que surge de la relación jurídica principal. Sin embargo autores como Tirado Suárez⁵² que señalan el carácter autónomo del seguro de caución.

3. Subsidiariedad.

La subsidiariedad es una consecuencia de la naturaleza sustitutiva de la obligación del fiador que cumple en lugar del deudor principal.

Parte de la doctrina sostiene que es ésta una característica que identifica a la fianza ya que en ésta el fiador debe cumplir su obligación, sólo si el deudor no cumple la suya. Consecuencia de lo expresado es el beneficio de excusión, concebido como el deber del acreedor de ejecutar previamente al deudor. Como este elemento puede no estar presente, entiende este sector doctrinal que no nos encontramos entonces frente a un elemento esencial de la fianza.

Quienes consideran a la subsidiariedad como un elemento esencial sostienen que la subsidiariedad no se reduce exclusivamente al beneficio de excusión, sino que implica también el que la exigibilidad de la obligación del fiador suponga el incumplimiento de la del deudor.

50 Op. cit. “El seguro de caución. Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica. La Ley 1986, II, pp. 1064 y ss.

51 Gamarra, J. Tratado de Derecho Civil. Op.cit.

52 Tirado Suárez, “Seguro de caución. Pignoración...” Pág. 818

Podemos sostener que en relación al seguro de caución, la subsidiariedad aparece como un elemento esencial, ya que la eficacia de la garantía que de él se deriva está subordinada al éxito de la denuncia formal de incumplimiento ejercitada por el acreedor garantizado.

En virtud de lo expuesto, y coincidiendo con la doctrina mayoritaria, se entiende que la obligación que en virtud del seguro de caución, asume el asegurador, es de garantía o fideiusoria. Esto es así ya que el seguro de caución está destinado a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador-deudor y a salvaguardar el interés económico de aquél en la obligación garantizada. Esto no significa que la naturaleza contractual de la póliza de caución sea la de fianza, tal como se analizará en el capítulo siguiente. En este sentido, tal como analizaremos, las posiciones doctrinales son muchas y muy variadas, admitiendo todas ellas que en el seguro de caución concurren elementos típicos de la fianza y del seguro.

CAPITULO CINCO

NATURALEZA JURIDICA DEL SEGURO DE CAUCIÓN

La determinación de la naturaleza jurídica del seguro de caución y la función que este cumple en la relación jurídica principal, se basa en establecer si la obligación del asegurador es de carácter asegurativo (indemnizatorio) o de carácter fideiusorio (de garantía).

La doctrina, en forma prácticamente unánime reconoce la complejidad de la determinación de la referida naturaleza jurídica, ya que en el seguro de caución se conjugan elementos propios de ambos negocios (fianza y seguro). En este sentido sostiene Garrigues⁵³ *“Se trata de un seguro de características muy singulares porque se parece y al mismo tiempo se diferencia de la fianza”*.

A ello debe sumársele la falta de claridad al momento de redactar las pólizas, ya que en ellas se utiliza de forma indiscriminada términos propios de la fianza y del seguro.

La Doctrina, luego del análisis del instituto ha arribado a diversas conclusiones, elaborando teorías que tratan de explicarlas. Algunas posiciones sostienen que estamos en presencia de un contrato de fianza, otras de un contrato de seguro, mientras que otras sostienen que se trata de un negocio mixto. A continuación trataremos de plasmar dichas teorías.

A. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA.

Es necesario preguntarse si en el seguro de caución se repite el esquema jurídico del contrato de fianza. En efecto, el seguro de caución tiene una estructura compleja, en la que se encuentran tres sujetos bien definidos: deudor, acreedor y garante. Tal complejidad hace, que aún cuando el seguro tenga una función fideiusoria, no exista acuerdo respecto a la unidad o duplicidad de las relaciones jurídicas existentes, así como respecto a la calificación contractual de la póliza de seguro de caución.

El Seguro de caución puede entenderse como un contrato celebrado entre deudor (tomador) y fiador (asegurador) aceptado posteriormente por el acreedor (beneficiario). La Doctrina ha discutido respecto a la calificación del tipo contractual con el que nos encontramos en la fase anterior a la aceptación. Es así que se han planteado diferentes teorías: aquellas que consideran a este contrato como preparatorio, y las que lo consideran como un contrato a favor de un tercero. Ambas teorías parten de la consideración de que el seguro de caución es un contrato de fianza.

53 Garrigues, J. Op. cit. Pág. 350

1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO CONTRATO PREPARATORIO.

Esta tesis niega la naturaleza asegurativa del seguro de caución, en tanto considera que el fin perseguido por las partes es la constitución de una fianza. La póliza no es más que un negocio preparatorio en el que se designa las partes intervinientes, se fija el importe de la fianza, su duración, los casos en que es exigible, etc.

Tal como sostiene Camacho de los Ríos⁵⁴ esta tesis es pasible de las siguientes críticas: el contrato preparatorio es un contrato en virtud del cual los contratantes se obligan a suscribir un contrato futuro. De ello se desprende que una vez celebrado este segundo contrato, el contrato preparatorio se extingue. Esto no es aplicable, ni sucede, en el seguro de caución, ya que el contrato que se concreta con la póliza no se extingue una vez que es aceptado por el acreedor. En la propia redacción de las pólizas se incluyen cláusulas que fijan la vigencia temporal de la cobertura y ponen de manifiesto la voluntad de las partes de que el seguro de caución subsista paralelamente a la garantía prestada por el asegurador.

2. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.

Contrato a favor de un tercero es aquel en que las partes celebran el contrato para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, que no ha tenido participación en el negocio y no queda obligado por él. Este contrato supone la existencia, entonces de tres partes: los contratantes que conciertan el negocio (estipulante y promitente) y el tercero a quien se beneficia (beneficiario).

A esta teoría se afilia gran parte de la Doctrina, entendiéndose que el seguro de caución es un contrato de fianza a favor de tercero, una garantía asumida en virtud del acuerdo entre deudor y fiador. De esta manera el deudor-tomador ocuparía la posición del estipulante, el asegurador la de promitente y el asegurado la de tercero en cuyo favor se realiza el contrato.

Surgen en esta estructura de contrato a favor de terceros, tres grupos de relaciones diferentes:

a. Relación entre promitente (asegurador) y estipulante (tomador): estamos frente al propio seguro de caución, del cual surge el derecho a favor del beneficiario y otra serie de derechos y obligaciones (por ejemplo pagar la prima, el derecho de reembolso, etc.)

Antes de la aceptación del beneficiario, pueden asegurador y tomador, desistir de mutuo acuerdo del contrato celebrado, y además por tratarse de un contrato sinalgamático, podrá el contrato resolverse si la otra parte no cumple aquello a lo que se había obligado. Además el beneficiario no podrá exigir nada al promitente.

Una vez que la aceptación del beneficiario se produce el contrato despliega todos sus efectos y el derecho del beneficiario se hace exigible, sin importar las circunstancias que puedan invalidar al contrato. En este sentido, en la Ley de Contrato de Seguros española, se prevé en el artículo 15, que el impago de las primas por parte del tomador, no afecta para nada la obligación de la compañía aseguradora frente al beneficiario.

b. Relación entre estipulante (tomador) y beneficiario (asegurado): esta relación es la causa que justifica la atribución patrimonial que por indicación del estipulante hace el promitente al beneficiario. Específicamente respecto del seguro de caución, deberemos preguntarnos qué es lo que justifica que el tomador celebre el contrato de seguro a favor del asegurado. En general dicha causa, es la de sustituir la obligación de prestar caución real.

⁵⁴ Camacho de los Ríos J. Op. cit. Pág. 70.

c. **Relación entre promitente (asegurador) y beneficiario:** es esta una relación de fianza, ya que se trata de una relación autónoma entre fiador y acreedor.

Esta teoría, es la aceptada por la mayor parte de la Doctrina que considera al seguro de caución como un seguro por cuenta ajena, perteneciente a los contratos a favor de terceros. En este sentido Tirado Suárez⁵⁵ afirma que cuando el tomador contrata el seguro de caución, no pretende amparar su propio patrimonio, sino el patrimonio del beneficiario frente a los posibles daños sufridos a consecuencia de su incumplimiento. De la misma manera Olivencia⁵⁶ sostiene que: *“la ley ha establecido un esquema de elementos personales en cuya virtud tomador y asegurador son siempre personas distintas en esta modalidad, siendo el primero deudor y el segundo acreedor en la relación jurídica obligatoria a la que el seguro se refiere. En otras palabras, el seguro de caución será siempre, por cuenta ajena”*.

B. NATURALEZA MIXTA DEL SEGURO DE CAUCIÓN.

Las teorías que se venían desarrollando, partían de la base de que el seguro de caución es un contrato de fianza. Las que se expondrán a continuación, parten de la consideración de que en el seguro de caución aparecen elementos tanto del ámbito fideiusorio como asegurativo.

1. TEORÍA DEL NEGOCIO INDIRECTO.

La teoría del negocio indirecto, plantea que el Seguro de caución es un negocio indirecto ya que las partes concluyen un contrato de seguro, cuando lo que realmente persiguen es la constitución de una fianza.

Tamburrino, citado por Camacho de los Ríos⁵⁷ sostiene que el fin perseguido con el contrato es el de constituir una fianza, pero el medio utilizado es la póliza de seguros. Plantea el autor, que este carácter del negocio determinará el derecho aplicable, así, las cuestiones relativas a la forma se deberán regir por las normas reguladoras del negocio celebrado (contrato de seguro); mientras que el contenido del negocio, deberá regirse por las normas reguladoras del negocio cuyo fin se ha conseguido indirectamente (la fianza).

Sobre la configuración indirecta del seguro de caución, también se ha pronunciado la Jurisprudencia argentina, que ha sentado un precedente de referencia en este sentido. Se trata de la Sentencia del 30 de Junio de 1992, dictada en autos “Ministerio de Economía (Secretaría de Intereses Marítimos) c. Prudencia, Compañía de Seguros Generales. S.A”. (Fallos 315:1406). Entre sus fundamentos, luego de advertir que en el seguro de caución no habría, pese a su nombre, un verdadero riesgo asegurable –un hecho ajeno a la voluntad de las partes-, la Corte lo califica de contrato de garantía al cual, por suscribirse bajo la forma y las modalidades del de seguro, le han de ser aplicables las regulaciones y principios propios de éste, en todo aquello que no contradiga la esencia de esa relación específica de garantía. Para ser exactos, no obstante, corresponde resaltar que unos años más tarde, al dirimir un litigio precisamente entre las mismas partes, la Corte se habría acercado en algún punto al carácter asegurativo del contrato (Fallos 321:3334, del 10 de Diciembre de 2008).

Carrasco Perera⁵⁸, crítico de esta tesis, sostiene que admitir la tesis del negocio indirecto supondría admitir que el ordenamiento jurídico está poniendo a disposición de los contratantes un tipo contractual determinado con el fin de que éstos puedan, a través del mismo, realizar intereses que son ajenos al contrato elegido y propios de otro contrato.

55 Tirado Suárez, J. “Seguro de Caución. Pignoración de pólizas de seguro” en Contratos Bancarios, 1992, Pág. 819.

56 Olivencia, Ruiz M. “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro” en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Madrid. 1982, Pág. 879-880

57 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 75.

58 Carrasco Perera, A, “Fianza, accesoriadad y contrato de garantía”. Madrid 1992, Pág. 109

2. TEORÍA DEL NEGOCIO COMPLEJO O MIXTO.

Debido a que en el seguro de caución aparecen elementos comunes al contrato de seguro y al contrato de fianza; la teoría del negocio complejo o mixto plantea que el seguro de caución presenta una naturaleza mixta.

La Jurisprudencia italiana ha adoptado tal postura, en el entendido de que, cuando existe la imposibilidad de definir categóricamente una figura jurídica, y ésta tenga elementos de varios institutos; deberá aplicarse (como consecuencia de la teoría de la absorción) y en atención a la función fideiussoria del instituto; la figura de la fianza.

Tal como sostiene Camacho de los Ríos⁵⁹ es ésta una teoría estéril a la hora de determinar la naturaleza jurídica del seguro de caución, ya que catalogarlo de naturaleza compleja no significa que no pueda ser encuadrable dentro de un esquema negocial en atención a su causa. Sostiene el autor que no es posible aceptar que el seguro de caución posee una causa mixta, ya que la causa del seguro de caución para el autor, es la de garantía, tal como sostiene también Embid Irujo⁶⁰.

3. TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO ATÍPICO.

Al igual que la teoría anterior, la teoría del negocio jurídico atípico califica al seguro de caución como un contrato de garantía personal de naturaleza atípica. Dicha atipicidad radicaría en que se le incorporan modificaciones parciales al negocio de fianza que lo convierten en un subtipo innominado de fianza.

Esta teoría ha tenido muchos adherentes, tanto en la Doctrina, cuyo mayor exponente en este sentido es Embid Irujo⁶¹, como también en la Jurisprudencia. La misma posee las siguientes consecuencias prácticas:

- a. Al no ser el seguro de caución un contrato de seguro: la falta de riesgo asegurable no da lugar a la nulidad del contrato por falta de causa; y el incumplimiento doloso por parte del tomador, no exime al asegurador de la obligación de pagar.
- b. Al ser genéricamente un contrato de fianza, implica un derecho de reembolso a favor del asegurador cuyo fundamento se encuentra en el derecho civil.
- c. De la naturaleza de subtipo innominado de fianza se deriva la validez de la obligación de pagar la prima, obligación (del deudor) que no tiene la consideración recíproca con respecto a la obligación del asegurador de pagar en caso de incumplimiento.

4. TEORÍA DEL AVAL EN SENTIDO AMPLIO.

Esta teoría, de desarrollo reciente, pero que ya ha sido recogida en algunos fallos de la Jurisprudencia española, sostiene que la Doctrina moderna admite el aval no sólo como afianzamiento privativo del contrato cambiario, sino, en sentido más amplio, como un contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos. De allí surge la idea de aval en sentido amplio, entendido éste como contrato de garantía. Ubicando dentro de esta categoría al seguro de caución, se está haciendo hincapié en su función de garantía, y explicaría la inclusión de cláusulas "a primer requerimiento".

⁵⁹ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 77.

⁶⁰ Embid Irujo, J. M. Op. cit. Pág. 1076.

⁶¹ Embid Irujo, J.M., "Aval, fianza y seguro de caución". La Ley Año XIII, No. 2954 Pág. 6; "El seguro de caución: régimen jurídico..." Op. cit. No. 1064. "Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 21 de Abril de 1989". La Ley, año XI, No. 2459, Pág. 1 y ss.

Aquellos que no están de acuerdo con la presente teoría, sostienen que el peligro de la misma radica en que se trate de utilizar el término aval para eludir las reglas de la fianza, asimismo manifiestan que la simple afirmación de que el seguro de caución es admisible en tal categoría no es suficiente, para clarificar su naturaleza jurídica.

C. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y EL CONTRATO DE SEGURO.

Parte de la doctrina, niega el carácter fideiussorio del seguro de caución, sosteniendo que éste tiene naturaleza asegurativa.

Los argumentos que se han sostenido para llegar a tal conclusión son, entre otros, esgrimidos por Tirado Suárez⁶² quien sostiene:

- La presencia de una empresa de seguros, implica el sometimiento a la técnica aseguradora en cuanto a tarifas del seguro, principio de mutualidad, determinación de las primas.
- La tutela del riesgo asumido tiene como fundamento la delimitación del riesgo a asegurar por parte del tomador realizada en la declaración inicial.

1. PRINCIPIO INDEMNIZATORIO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

La finalidad del seguro es la reparación o indemnización de un daño y jamás puede procurar un enriquecimiento para el asegurado. El principio indemnizatorio se convirtió en la base para el estudio de la esencia jurídica del contrato de seguro, habiendo la doctrina, cuando estudia la naturaleza del contrato, tomado a la teoría indemnizatoria como punto de partida.

Dichas teorías coinciden en la función económico – social del seguro de daños (el seguro de vida merece otras consideraciones que no son el objeto del presente trabajo), que es la de indemnizar o reparar un daño.

En el sentido expresado, Vivante⁶³ (que no acepta la validez del principio indemnizatorio para todas las prácticas de seguro), sostiene que *“en el seguro sobre las cosas, la finalidad de resarcimiento constituye la causa jurídica del contrato”*. De la misma manera Garrigues⁶⁴ entiende que *“en todo tiempo, y de acuerdo con su esencial finalidad, el seguro de daños en las cosas se ha fundado, más o menos explícitamente, en el principio indemnizatorio”* y que *“la completa reparación del daño es la causa del contrato”*.

El seguro de caución, tal como lo hemos sostenido, puede calificarse como seguro de daños; por ende debe analizarse si en él encontramos el principio indemnizatorio como base, así como la relación que este principio tiene con la determinación del riesgo y su asegurabilidad.

2. LA DELIMITACION DEL RIESGO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

En el Capítulo Tres, se analizó el elemento riesgo en general y algunas especificidades que éste presenta en el seguro de caución. Consideramos que requieren un estudio más detallado en esta instancia dos cuestiones: la delimitación del riesgo y su consideración como riesgo asegurable.

62 Tirado Suárez, J. “Seguro de caución. Pignoración de las pólizas de seguros” en Contratos Bancarios. Madrid, 1992, Pág. 817 y ss.

63 Vivante, C. Del contrato de seguro, de la prenda, del depósito en los bancos generales”. Bs.As., 1952

64 Garrigues, J. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid, 1983.

Parte de la Doctrina entiende que el seguro de caución es una subespecie del seguro de crédito, y por lo tanto cubre el mismo riesgo que éste: la insolvencia. Otros autores sostienen que ambos seguros cubren riesgos diferentes: el seguro de crédito, la insolvencia; y el seguro de caución, el incumplimiento.

a. INSOLVENCIA COMO RIESGO ASEGURADO.

a. 1. Teoría del riesgo principal y el riesgo restrictivo.

Sostiene Camacho de los Ríos⁶⁵ que el principal exponente de esta teoría es Brehm, quien entiende que el riesgo en el seguro de caución es la insolvencia del deudor, al igual que en el seguro de crédito. Sin embargo, sostiene Brehm, en el seguro de caución existe además el riesgo “*restrictivo*”. Este segundo riesgo, concurre con el riesgo principal, que es la insolvencia, y lo restringe; en la medida en que la insolvencia del deudor no obliga, por sí sola, a intervenir al asegurador. Este, sólo indemnizará cuando se produzca el segundo riesgo, que es el descrito en la póliza.

En conclusión, esta teoría plantea que el riesgo cubierto por el seguro de caución, es el de la insolvencia, que se configura como riesgo único, ya que los hechos descritos en la póliza, si no van acompañados por la insolvencia, no dan lugar a la prestación del asegurador.

La crítica que puede hacerse a esta teoría es que el seguro de caución pretende cubrir las consecuencias dañosas producidas por el incumplimiento de un deudor independientemente de la situación de insolvencia de éste.

a.2. Teoría del riesgo de tesorería y del riesgo contencioso.

Sostiene Camacho de los Ríos⁶⁶ que aquellos que adhieren a esta teoría, sostienen que el riesgo cubierto por el seguro de caución se ha explicado bajo la consideración de que la insolvencia admite diferentes grados. Así, algunos autores entienden que el seguro de caución forma parte del seguro de crédito, ya que éste tiene un campo de actuación que va desde la falta de pago del crédito hasta la pérdida del crédito de forma total y definitiva. De esta manera, el seguro de crédito cubre el riesgo en su último estado o la solvencia definitiva, mientras que el seguro de caución cubre el riesgo del crédito en su primer estado o riesgo de tesorería.

Otro de los autores citado por Camacho de los Ríos es Vanard, quien niega que el seguro de caución tenga carácter asegurativo y sostiene que el riesgo que éste cubriría, es el de la insolvencia del deudor. Para arribar a tal conclusión, parte de la consideración de que el incumplimiento de pago del crédito a su vencimiento no puede ser identificado como un verdadero riesgo ya que el acreedor dispone de diversos recursos para satisfacerse si el deudor tiene activo suficiente. Es así que por el mero incumplimiento, el crédito no puede considerarse perdido, y la prestación del asegurador sólo puede considerarse como un adelanto de tesorería o de provisión para cubrir la posible pérdida definitiva del crédito por la insolvencia del deudor. La subrogación del asegurador puede tener como resultado recuperar el importe adelantado al asegurado o por el contrario que no pueda recuperarlo porque el deudor se encuentra en estado de insolvencia definitiva. Es en este caso donde Vanard entiende que está el verdadero riesgo del seguro de caución.

b. INCUMPLIMIENTO COMO RIESGO ASEGURADO.

La función que cumple el seguro de caución en el tráfico económico, es la de sustituir un depósito realizado por el deudor, en dinero o títulos, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones. La referida función caucional es la que nos permite identificar el riesgo en el seguro de caución. En efecto, el acreedor exige la

⁶⁵ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 88.

⁶⁶ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 91.

constitución del depósito para garantizar la indemnización, ante la posibilidad de que el deudor incumpla. Si aceptamos que el seguro de caución cumple una función caucional, no cabe sino concluir que el riesgo que éste cubre debe ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir el depósito: el incumplimiento.

Señala Gambino⁶⁷ que en el seguro de caución no se cubre la reparación de un daño definitivo, sino que lo que se cubre es el exacto cumplimiento de la obligación principal. En este sentido, en los seguros que se constituyen a favor de la Administración Pública, la garantía del asegurador es sustitutiva del depósito preventivo de una suma (caución) que, como tal, garantiza a la Administración la posibilidad de autotutela en caso de que se produzca el incumplimiento del deudor.

Por su parte Tirado Suárez⁶⁸, sostiene que la diferencia entre seguro de crédito y seguro de caución radica en que el riesgo en el primero gira entorno a la noción de insolvencia definitiva, mientras que el seguro de caución protege al acreedor contra la insolvencia del deudor.

Para Garrigues⁶⁹, el seguro de caución protege al acreedor contra el incumplimiento del deudor. De esta afirmación se deduce que la diferencia entre seguro de crédito y seguro de caución es el grado de riesgo al que cada uno se refiere, o la entidad del riesgo cubierto.

En relación a la posibilidad de asegurar el incumplimiento como riesgo en el seguro de caución, la Doctrina no es unánime. Sí se admite que, mientras que el riesgo que supone la insolvencia de un deudor puede ser asegurado (ya que supone la pérdida definitiva de un crédito), la consideración del incumplimiento como riesgo hace difícil encuadrarlo en el esquema clásico del riesgo, ya que éste descansa en la posibilidad de un evento dañoso. En el seguro de caución parece que quiebra el principio indemnizatorio, ya que es dudosa la existencia de un daño. Es por ello que algunos autores, que consideran que sin daño no hay riesgo, concluyen que el seguro de caución no es un seguro, sino un contrato de fianza.

Frente a la anterior posición, otra parte de la doctrina defiende la asegurabilidad del incumplimiento:

b.1. Incumplimiento no es incompatible con el principio indemnizatorio.

Sostiene Gambino⁷⁰, que el daño asegurable no es sólo la pérdida definitiva de un crédito, sino cualquier lesión de un interés económico. También, desde un punto de vista jurídico, el interés del exacto cumplimiento puede constituir el presupuesto válido de un contrato de seguro.

Por su parte, Tirado Suárez⁷¹ entiende que quienes niegan que el incumplimiento implica un daño para el asegurado desconocen que la falta de ingreso de una determinada cantidad de dinero, o la falta recumplimiento de una concreta obligación producen daños efectivos en la economía del acreedor. No sólo, sostiene el autor, hay que tener en cuenta el beneficio económico inmediato que se obtiene con el pago, sino también el futuro empleo de dichos beneficios.

67 Gambino, A. "Lineas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca, y las nuevas fórmulas de seguro mixto de vida con prima única" *Revista Española de Seguros*, N° 70, 1992; Pág. 29 y ss.

68 Tirado Suárez, Op cit.

69 Garrigues, Op. cit. 1983, Pág. 350.

70 Gambino, A. Op. cit. Pág. 39.

71 Tirado Suárez, J. "El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español" apéndice al libro de Bastin J. "El seguro de crédito en el mundo contemporáneo. Madrid, 1980. Pág. 695

b.2. El principio indemnizatorio no es elemento esencial del contrato de seguro.

Otra parte de la Doctrina sostiene, que el hecho de considerar al incumplimiento como riesgo asegurado, se basa en la consideración de que el principio indemnizatorio no es un elemento esencial. Si bien es cierto que el principio indemnizatorio aparece siempre en ciertas formas de seguro, no por ello ha de configurarse como elemento imprescindible y esencial de todo contrato de seguro, sostienen los adherentes a esta posición.

3. EL SINIESTRO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

La ocurrencia del siniestro y su importancia se debe a que éste es la materialización del riesgo (la causa por la que el asegurado contrata con el asegurador), provoca la prestación del asegurador (reparando el daño o indemnizando al asegurado) y es la contrapartida por el pago de la prima, determinando el equilibrio de las prestaciones.

La ocurrencia del siniestro implica que el contrato ingrese en otra etapa, la liquidación o gestión del siniestro.

La materialización del riesgo que da paso a la prestación del asegurador, presenta en el seguro de caución ciertas particularidades:

a. En el seguro de caución, la cuantía es estipulada al momento de celebrar el contrato y aparece en la póliza.

En la mayoría de los seguros de daños la cuantía de la indemnización se fija luego de la ocurrencia del siniestro, mientras que en el seguro de caución la cuantía es estipulada al momento de celebrar el contrato y aparece en la póliza.

Esto se justifica por la función caucional de la póliza, ya que viene a sustituir el depósito en dinero o títulos que lo viene impuesto al deudor – tomador. Siendo este depósito una suma determinada, es lógico que si lo que se pretende es la sustitución de ésta por la póliza, se recoja de antemano el importe o la cuantía de la garantía.

El uso de las pólizas tasadas, plantea el problema de su compatibilidad con el principio indemnizatorio, ya que éste prevé que el importe de la indemnización debe identificarse con los daños realmente sufridos, que sólo se conocen con posterioridad a la ocurrencia del siniestro. Sin embargo, el hecho de que las pólizas estén previamente tasadas no es obstáculo para afirmar el carácter indemnizatorio del seguro de caución, ya que lo que se satisface es una pena convencional. Nos encontramos en un supuesto de valoración anticipada y bilateral del daño.

Garrigues⁷², coincide con lo manifestado, y sostiene que en las pólizas tasadas no se vulnera el principio indemnizatorio, en tanto, en su opinión, la valoración contenida en la póliza tasada implica solamente una presunción de exactitud, que se traduce en la inversión de la carga probatoria. En este sentido, frente al supuesto en que el asegurado habrá de demostrar el valor de la cosa en el momento del siniestro, *“en el seguro con póliza estimada es el asegurador quien tendrá que demostrar que esa valoración consentida es exagerada y si lo demuestra, la valoración quedará sin efecto”*.

72 Garrigues, Op. cit. 1983, Pág. 139

b. En el seguro de caución, es la conducta del propio tomador la que origina el siniestro.

No existe en el seguro de caución el evento incierto característico de los seguros en general, y el siniestro no puede calificarse exactamente como "aleatorio", en la medida en que depende de la voluntad del tomador.

En opinión de Camacho de los Ríos⁷³, la única justificación a la intervención de la voluntad del tomador en la producción del siniestro, es la existencia de la acción de regreso, que es, en opinión de algunos autores, un modo de interesar al tomador en que el riesgo, su propio incumplimiento, no tenga lugar.

c. Falta de concreción teórica de cuándo se ha de entender producido el siniestro.

En el seguro de caución existe un amplio margen de libertad para que sean los propios contratantes los que determinen en qué momento se ha verificado el siniestro. Ello permite que pueda considerarse como incumplimiento sólo aquel que es imputable al deudor, o bien cualquier supuesto de no cumplimiento, lo que abarcaría el simple retraso en el tiempo, la prestación incompleta o defectuosa, así como el incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Es por ello y dada la amplitud referida, que cobra especial importancia, en el seguro de caución, el deber pre-contractual de declaración del riesgo.

d. Incorporación de las cláusulas de petición a primer requerimiento.

A pesar de que en la póliza se incluye una descripción del riesgo y del hecho que constituye el siniestro, se incorporan cláusulas de petición a primer requerimiento que posibilitan que el beneficiario pueda pedir en cualquier momento la prestación del asegurador, sin necesidad de probar el incumplimiento del tomador.

Por esa circunstancia, parte de la doctrina sostiene que se identifica el siniestro con la simple reclamación, rompiéndose, entonces el principio indemnizatorio. Si bien el tema fue analizado previamente, entendemos que la simple reclamación del asegurado, no puede identificarse con la producción del siniestro, sino que es una presunción de producción del siniestro, presunción que puede ser destruida mediante la prueba en contrario. Por lo tanto la inclusión de tales cláusulas implica que si el asegurador quiere evitar el tener que indemnizar habrá de ser él quien demuestre que no hubo tal incumplimiento. No es posible desconocer, que si bien el simple requerimiento del asegurado, no se equipara al siniestro, tal requerimiento, al ser una presunción de realización del siniestro, genera un efecto similar al verdadero acaecimiento del mismo, y va a desencadenar el inicio del mecanismo asegurador, tendiente a verificar su efectiva producción.

4. SINLAGMA EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

Quien en principio tiene la obligación de pagar la prima, es el tomador del seguro, sin perjuicio de lo cual, algunos autores sostienen que nada se opone a que la prima sea pagada por el asegurado.

Con respecto a la obligación de pagar la prima, la cuestión que se plantea es la de si el asegurador puede exonerarse de su obligación frente al asegurado alegando el no pago de la prima por parte del tomador. Frente a esta cuestión, debemos responder que si la prima no ha sido pagada antes de que ocurra el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación. Nada impide, no obstante, que se pacte expresamente el mantenimiento de la cobertura incluso en el caso de impago de la prima.

⁷³ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 101

La inclusión de tal cláusula ha servido para negar la naturaleza asegurativa del seguro de caución, ya que se daría la ruptura de la estructura sinalgamática del contrato de seguro, así como los principios de la técnica aseguradora, que exigen el pago anticipado como presupuesto de a garantía. A esta crítica ha respondido, entre otros Embid Irujo⁷⁴, señalando que, si bien el impago de las primas se opondría al sinalagma funcional, tal oposición no repugna a la naturaleza del contrato de seguro, por cuanto se mantiene el sinalagma genético.

Si bien, tal como se manifestaba, existe la posibilidad de que el asegurador de excepciones del pago de la indemnización por no pago de la prima, Camacho de los Ríos⁷⁵ plantea la inconveniencia de tal solución ya que:

- En relación al asegurado, el perjuicio que se le causa es indudable, ya que se está condicionando la eficacia del aval que ha recibido a la conducta de un tercero. Siendo además injusto que habiéndose constituido en su favor el seguro de caución para protegerle frente a los daños derivados del incumplimiento del tomador, resulta que la protección otorgada por dicha garantía queda al arbitrio de la conducta de éste.
- En relación al asegurador, y aún cuando en lo inmediato pudiera pensarse que le favorece el poder oponer la excepción de impago de la prima, es evidente que, a largo plazo resulta perjudicado, en tanto la eficacia del seguro de caución como tal, resultará cuestionada.
- De la misma manera, el tomador resultará perjudicado, ya que si se cuestiona la eficacia del seguro de caución, perderá la posibilidad de acudir a éste como medio de acceder a la celebración de determinados contratos en los que la constitución de la garantía es un requisito imprescindible.

5. LA ACCIÓN DE REGRESO EN EL SEGURO DE CAUCIÓN.

Tal como se manifestó en el capítulo tres, debe diferenciarse la acción subrogatoria y la acción de regreso en el seguro de caución. La primera, es aquella que con carácter general reconoce la ley al asegurador en todos los seguros de daños. La acción de regreso, por su parte, es una acción propia del asegurador que nace del contrato de seguro.

La existencia de la acción de reembolso ha sido el fundamento utilizado por algunos autores para negar la naturaleza asegurativa del seguro de caución, en la medida en que en éste falta el elemento del álea, inherente al contrato de seguro.

Se sostiene que al tener el asegurador a su favor la acción de reembolso, está en condiciones de recuperar íntegramente la suma desembolsada, con lo que nunca corre el riesgo de pérdida de la indemnización. Tal planteo ha sido rechazado ya que: en el seno de la empresa aseguradora siempre se produce la eliminación del alea, ya sea a través del ejercicio de la acción subrogatoria, ya sea a través de la distribución del riesgo sobre un gran número de contratos. Además, y aún en referencia al seguro de caución, tal como se ha analizado previamente, la posibilidad del asegurador de recuperar totalmente lo que ha pagado no ha de incidir en el carácter aleatorio del contrato. Por otra parte, no siempre el asegurador tiene la certeza de que la acción de regreso será efectiva, en la medida en que cabe la posibilidad de que el tomador sea insolvente.

En relación a si para ejercitar la acción es presupuesto necesario la responsabilidad del tomador, debe responderse que no. A diferencia de la acción subrogatoria, la acción de reembolso tiene su justificación en un hecho objetivo (el pago de la indemnización) y es independiente de que dicho pago tenga su origen en una conducta responsable del tomador o en un incumplimiento no imputable al mismo.

En referencia a si el tomador puede oponer excepciones, cuando se enfrenta a la acción de reembolso ejercitada por el asegurador, debe sostenerse, que el tomador no puede oponer aquellas excepciones derivadas

⁷⁴ Embid Irujo, J.M. "El seguro de caución...". Pág. 1068

⁷⁵ Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 106.

de la relación garantizada. La doctrina está dividida en el tema de que la acción de reembolso tiene origen en un contrato de seguro, por lo que la pregunta es si el tomador puede oponer excepciones que deriven de dicho contrato, por ejemplo la falta de incumplimiento de la obligación principal y de pago de lo indebido. Algunos autores, como Garrigues, Olivencia, Tirado Suárez; sostienen que sí, que el tomador podrá oponer al asegurador la excepción de pago de lo indebido cuando no hubo incumplimiento de la obligación garantizada. Otros autores, como Embid Irujo sostienen que no, que de lo contrario se corre el riesgo de que se puedan oponer excepciones derivadas del contrato subyacente y del propio contrato de seguro.

D. CONCLUSIONES.

Luego del análisis efectuado, debe concluirse de acuerdo a nuestra opinión, que el seguro de caución como contrato, tiene naturaleza asegurativa. En él aparecen todos los elementos esenciales del contrato de seguro, tales como el riesgo (que es el incumplimiento y concluimos que era pasible de ser asegurable), siniestro, prima, etc.

Aún cuando el seguro de caución no puede asimilarse al contrato de fianza, crea, sin lugar a dudas una obligación fideiusoria, toda vez que el acreedor asegurado, tomador y asegurador coincidan en que el seguro de caución es un contrato que se ha pactado para cubrir al acreedor del riesgo de incumplimiento del tomador. Es decir, el seguro de caución es un contrato de seguro del que surge una obligación de fianza.

Arribando a la conclusión antes expresada, es decir que el seguro de caución genera una obligación de fianza, es dable preguntarnos, qué lo diferencia entonces con el contrato de fianza propiamente dicho. La respuesta, es que lo que caracteriza al seguro de caución y permite diferenciarlo de otras figuras semejantes, es el sometimiento a la técnica de los seguros.

Otra de las cuestiones que surge en torno al tema, es la de determinar hasta que punto pueden las compañías de seguros desarrollar actividades con función de garantía. Tirado Suárez⁷⁶ sostiene que el seguro de caución constituye una *“auténtica prestación aseguradora encuadrable como modalidad sui generis del seguro de daño, a pesar de su función financiera y de garantía”*.

Así, para un amplio sector doctrinal, la mera presencia de una empresa de seguros, así como el sometimiento a los principios de la técnica asegurativa, son elementos suficientes para determinar la naturaleza jurídica del contrato por aquélla celebrado. En este sentido, Vivante⁷⁷, descarta como elemento caracterizador del contrato de seguro la mera presencia del riesgo y la prima, puesto que los mismos aparecen en otras modalidades contractuales como son la fianza o la renta vitalicia. Tampoco, en su opinión es válido el recurso al principio indemnizatorio, por cuanto el mismo no aparece en algunos tipos de seguros (ej. seguro de vida). Por todo ello, concluye que lo que caracteriza al contrato de seguro es el estar realizado por una empresa de seguros, esto es una empresa que profesionalmente se dedica a tal actividad. Las normas técnicas de cada empresa no afectan la calificación jurídica del contrato, siempre que se produzca la función de reparto del riesgo.

Es esta línea de opinión la que ha permitido a algunos autores delimitar y justificar la naturaleza jurídica del seguro de caución, al entender que la simple presencia de una compañía aseguradora es motivo suficiente para calificar la figura del seguro de caución como de naturaleza asegurativa. En contra de esta opinión, otra parte de la doctrina como Font Galán y Gambino, entre otros, sostienen que la intervención de una entidad aseguradora constituye un dato técnico y organizativo, externo a la obligación contraída por aquella, pero no relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de la póliza.

Tal como sostiene Camacho de los Ríos⁷⁸, en opinión que compartimos, se entiende que es innegable que la participación de una compañía de seguros supone la aparición de características particulares, especialmente en lo referente a la técnica actuarial y al sometimiento de aquélla a un régimen jurídico especial de control. En lo que tiene que ver con la calificación jurídica del seguro de caución, el elemento subjetivo puede

76 Tirado Suárez, J. “El seguro de crédito” Op. cit. Pág., 695

77 Vivante, Op. cit. 1981, Pág. 11 y sig

78 Camacho de los Ríos, J. Op. cit. Pág. 114.

justificar la naturaleza asegurativa de dicho seguro, si bien debe reconocerse que a la función aseguradora de neutralización de los riesgos debe sumarse la función de garantía.

CAPITULO SEIS

MODALIDADES DEL SEGURO DE CAUCIÓN

El campo de aplicación del seguro de caución es muy amplio, pudiéndose aplicar a todas aquellas relaciones jurídicas que exigen que su contenido obligacional sea reforzado.

En atención al origen de la obligación garantizada suele distinguirse seguros de caución en garantía de obligaciones legales o judiciales y seguros de caución en garantía de obligaciones contractuales. Embid Irujo⁷⁹, sostiene el criterio expresado al señalar que la variedad de supuestos pueden agruparse, en dos categorías, refiriéndose la primera de ellas a *“aquellas pólizas suscritas por empresas que se comprometen a ejecutar obras o servicios a favor de la Administración pública –siendo la emisión de las mismas consecuencia de una disposición legal. O a favor de particulares, asegurando el cumplimiento de una obligación, en cuyo caso se basan en un contrato o en la ley”* y las segundas a *“aquellas pólizas suscritas por funcionarios públicos con tareas relativas al tráfico económico”*.

A. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Es práctica común, que el seguro de caución se realice en el marco de contratos de ejecución de obras, suministro o gestión, tanto antes de la formalización de los mismos, como en la ejecución del contrato y aún en etapa posterior a la ejecución.

a. GARANTÍA DE OFERTA O LICITACIÓN.

Nos referimos a aquellos contratos de obra que se adjudican mediante licitación, siendo necesario para acceder a los mismos, por exigencia del convocante, que se preste una garantía. Estas garantías se denominan *“provisionales”* ya que garantizan la constitución de otra de carácter definitivo que responderá del cumplimiento de la obligación principal que será la de ejecutar la obra.

El funcionamiento del seguro es el siguiente: el asegurador se obliga, frente a la parte que convoca la licitación, a indemnizarle en caso de que el licitador hubiera resultado adjudicatario y no constituyera la fianza definitiva a la que se había comprometido, o en el supuesto de que no formalizase el contrato objeto de la concesión en el plazo establecido. Lo que se está asegurando es la seriedad de la oferta.

b. GARANTÍA DE EJECUCIÓN DE CONTRATO.

Se constituyen tanto por imperativo legal como por exigencia del acreedor, para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales.

El funcionamiento de este seguro es el siguiente: el asegurador garantiza al asegurado hasta el límite del capital asegurado, una indemnización en caso de incumplimiento por el contratante de las condiciones del contrato de que se trate. La finalidad de este seguro es la de cubrir los perjuicios económicos que se causen al beneficiario-acreedor como consecuencia del incumplimiento del deudor.

⁷⁹ Embid Irujo, J.M. “El seguro de caución como garantía” en “Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”. Madrid, 1990 Pág. 699.

c. GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE CALIDAD.

Es habitual en los contratos de obra, gestión, o suministro, que se imponga al ejecutante la obligación de que garantice la calidad o buen funcionamiento de la obra o del servicio prestado.

Esta garantía se identifica con el término garantía de calidad, es decir como respuesta ante defectos de fabricación provenientes de los materiales o de la actuación de los fabricantes. Dicha garantía puede prestarse mediante seguro de caución en concepto de "*fianza de mantenimiento o garantía*", término que es habitual en la práctica aseguradora, y que refiere al seguro en virtud del cual el asegurado se cubre de los posibles perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de la falta de calidad o funcionamiento defectuoso.

d. GARANTÍA DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDAS.

La obligación de garantía que consagra este seguro, se ha desarrollado principalmente en España y tiene carácter legal.

Se efectúa en general a través de un contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas. Este contrato colectivo permite que cada asegurado esté legitimado por medio de un "*certificado individual de seguro*" que recibe al adelantar el dinero al promotor de la vivienda (tomador), previa entrega al asegurador del boletín de adhesión al contrato, y del justificante bancario. A medida que dichos boletines llegan a la compañía de seguros, ésta enviará al tomador el recibo con la prima correspondiente y el asegurador va ampliando en la misma proporción la garantía.

B. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LEGALES.

En el derecho europeo, a consecuencia de determinadas actividades de importación-exportación, surge frente a las autoridades aduaneras, una serie de obligaciones (pago de tributos, derechos de aduana) o de responsabilidades, que exigen ser garantizadas. La garantía que suele exigirse es la de la constitución de un depósito o la presentación de un aval solidario. La obligación de prestar fianza puede ser cumplida por medio de un seguro de los llamados "*Caución de garantía de las obligaciones contraídas con las autoridades aduaneras*".

Dentro del elenco de operaciones aduaneras que se pueden asegurar, la más difundida es la de la obligación de prestar una fianza al importador que pretende levantar las mercancías sin haber pagado previamente los derechos aduaneros.

C. GARANTÍAS FINANCIERAS.

Son aquellas que recaen sobre obligaciones de pago. Puede distinguirse a las garantías financieras en sentido amplio, es decir, las que garantizan obligaciones de pago en general; y garantías financieras en sentido estricto, que son aquellas que recaen sobre obligaciones que surgen como consecuencia de la realización de un contrato de crédito.

Ejemplos de garantías financieras en sentido estricto son aquellas que garantizan el pago de préstamos, de precio en compraventas a plazo, etc. La demanda de estas garantías es creciente, por lo que el asegurador de caución ha visto en ellas la apertura de un importante mercado. Sin embargo también hay aseguradores que niegan esta posibilidad, dado el mayor riesgo que comportan frente a otras garantías y a los desfavorables antecedentes de su práctica en países como Dinamarca, Noruega o Venezuela.

CAPITULO SIETE

CONCLUSIONES

1. Del recorrido del itinerario histórico del seguro de caución, es posible concluir que éste ha estado vinculado desde sus orígenes a la idea de garantía patrimonial sumada a la del deudor. Si bien el riesgo cubierto por el seguro de caución en la mayor parte de su evolución, es la insolvencia del deudor y no el incumplimiento de una obligación; puede sostenerse este extremo porque este seguro ha sido durante buena parte de su historia, una subespecie del seguro de garantía.

Se ha puesto en evidencia además, que a lo largo de su historia, y aún hoy, el seguro de caución ha contado con escasa regulación normativa y que el encuadre jurídico de ésta figura va más allá de determinar cual es su naturaleza jurídica ya que debe tenerse presente también al sujeto que lo realiza y la posición de éste en el mercado.

2. El seguro de caución es una figura que, en general, no se encuentra sustantivamente regulada, existiendo sobre todo previsiones de orden habilitante para que las compañías aseguradoras puedan prestarla, lo que ha habilitado un valioso ejercicio de la libertad contractual.

Este tipo de seguro funciona, como una garantía personal más, en la medida en que por ella el asegurador se obliga a abonar hasta una cierta cantidad de dinero a quien por ley o contrato es, o puede ser, acreedor del tomador, para el supuesto de que éste no cumpla con las obligaciones a su cargo. Lo habitual consiste en que la garantía opere independientemente, eludiéndose excusión alguna en beneficio de la entidad aseguradora, la cual deberá proceder al pago ante el formal reclamo efectuado por el asegurado; en las pólizas, incluso, se presume la producción del riesgo “al primer requerimiento”.

Expuesto como antecede, el seguro de caución presenta serias dificultades en cuanto a su calificación, siendo su propia función económica- social la que, pese al nombre con que se identifica, cuestiona que nos situemos sin más ante un contrato de seguro. En este punto, al margen de todas las consideraciones que en defensa de su naturaleza de seguro han llegado a realizarse, resulta innegable el carácter fideiusorio de la obligación contraída por la aseguradora. Decir que el fiador se compromete a cumplir si no lo hace el deudor mientras que, por su parte, el asegurador se limitaría a resarcir el daño patrimonial derivado del incumplimiento, no correspondería con el objetivo que persiguen las partes en uno y otro caso, ni mucho menos con el tenor de las pólizas que para estos seguros se redactan; el asegurador no indemniza, sino que paga, responde por el deudor, y su obligación reúne los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad que definen la obligación de fianza.

3. De lo expresado, no es dable concluir sin más, que el seguro de caución sea un contrato de fianza, ya que una cosa es la obligación de fianza y otra muy diferente el contrato del mismo nombre. El seguro de caución, como figura contractual, es un contrato de seguro. Este contrato genera diferentes obligaciones, siendo la más importante de ellas la de fianza, que es la obligación que surge a cargo del asegurador y en beneficio del asegurado.

Se arriba a tal conclusión, ya que se entiende que el carácter profesional del fiador (compañía de seguros) determina la naturaleza del contrato por él celebrado. En efecto, la intervención de una compañía de seguros en el contrato, supone la utilización de la técnica asegurativa que implica que el asegurador se obliga a insertar un riesgo singular en una masa homogénea de riesgos, de modo que la cobertura de dicho riesgo, cuya contraprestación es el pago de una prima, tenga una efectiva realización a través de los principios de la técnica asegurativa.

4. La celebración de un contrato de seguro de caución tiene múltiples beneficios. El primero de ellos es la utilidad que deriva para el acreedor de contar con el patrimonio de un “fiador profesional” para la satisfacción de su interés, con la certeza de que no existe necesidad de controlar la solvencia de un fiador de éstas

características. La certeza sobre la solvencia del fiador suple la incertidumbre del acreedor sobre la solvencia del deudor.

Por otra parte y además del riesgo de insolvencia del deudor, la entidad aseguradora de caución cubre el riesgo de incurrir infructuosamente en los costos de recuperación del crédito. La entidad aseguradora corre con esos gastos a través del ejercicio del derecho de reembolso que ostenta por haber efectuado el pago al acreedor.

5. Finalmente, y en un orden práctico, puede sostenerse que en la actualidad los problemas que enfrentan en el día a día el general de las empresas pueden resumirse en: - la falta de financiamiento y - los costos de oportunidad de las estructuras fijas. La falta de financiamiento hace referencia a la búsqueda de apoyo económico para el desarrollo de proyectos. Este financiamiento es escaso y suele generar altos costos ya que, las empresas que se encuentran en condición de invertir son exigentes y requieren un retorno real de lo invertido, además de que exigen garantías adicionales muy difíciles de conseguir para aquellos, que justamente buscan un respaldo financiero. El segundo problema, por su parte, hace referencia a la búsqueda de mayor rentabilidad en las distintas etapas del ciclo productivo, lo que suele llevar a la tercerización de dichas etapas. Ambos problemas, podrían ser solucionados con la contratación de Seguros de caución. Si bien éste seguro tiene presencia en el mercado asegurador, su utilidad se encuentra desaprovechada por muchas empresas, a veces por desconocimiento, otras, por falta de costumbre. Consideramos que ésta es una herramienta que debe ser considerada y valorada sobre todo por Pequeñas y Medianas Empresas ya que les permitiría a éstas su inserción algunas veces y competencia, otras, en el tráfico económico.

ANEXOS

I. SEGURO DE CAUCIÓN FORMULARIO DE SOLICITUD DE COBERTURA

1. Proponente/Tomador:

Nombre:

Dirección Fiscal:

R.U.C.:

Persona de contacto: (Nombre y correo electrónico):

Teléfono: Fax:

2. Caución Requerida (FAVOR SELECCIONAR SOLO UNA OPCION)

Garantías Aduaneras:

- Tránsito de Whisky y Cigarrillos (Decreto 353/996 y Decreto 471/996)
 Habilitación de Depósito Aduanero (Decreto 526/001)
 Admisión Temporaria (Decreto 420/990)

Otras Garantías:

- Servicios Portuarios (Decreto 413/992)
 Mantenimiento de Oferta
 Cumplimiento de Contrato
 Anticipo en Contrato de Suministro y/o Servicio
 Sustitución de Fondos de Reparación en Contrato de Obra
 Anticipo para Acopio de Materiales en Contrato de Obra
 Anticipo Financiero en Contrato de Obra.
 Otros: _____

3. Información Complementaria

Asegurado:

Nombre:

RUC:
 Dirección:
 Teléfono: Fax:
 Persona de contacto (nombre y correo electrónico):
 Límite Máximo de Garantía:
 Plazo de la Garantía:

Con excepción de los Decretos arriba enumerados, favor adjuntar a la presente solicitud la disposición legal, pliego de condiciones de licitación, contrato u otro documento que de origen a la garantía solicitada.

4. Capacidad Financiera

Anualmente, el Proponente deberá presentar los siguientes con el fin de realizar el análisis de Capacidad Financiera:

I. Dos últimos Balances auditados (los Estados Contables deberán, indefectiblemente, presentarse de acuerdo a lo establecido en el Decreto 103/991). En caso que el cierre del ejercicio, a la fecha de la solicitud de la Póliza, sea anterior a 6 meses se exigirá la entrega del balance de sumas y saldos actualizados.

II. Estatuto o Contrato Social según corresponda (S.A. ó S.R.L.) y sus modificaciones.

III. Manifestaciones de Bienes:

Si es S.A. del Presidente y Vicepresidente.

Si es S.R.L. de todos los socios.

En todos los casos deberán estar certificadas por Escribano Público.

IV. Aavales personales, certificados por Escribano Público.

V. Detalle de deudas Bancarias y Financieras confeccionadas por Contador Público.

VI. Detalle de compras y ventas de los últimos doce meses confeccionada por Contador Público.

VII. Solicitud Global firmada por el Presidente de la Empresa o apoderado certificada por Escribano Público.

VIII. En caso de Empresas internacionales radicadas en el país desde un período inferior al de dos ejercicios contables, deberá presentar balance y aval de su casa matriz, certificado por un Notario del país de origen y legalizada la firma de éste por el Consulado Uruguayo respectivo.

IX. El Proponente deberá entregar constancia de inscripción en B.P.S. (Banco de Previsión Social) y D.G.I. (Dirección General Impositiva), junto a la certificación que indique su situación de deuda con dichos organismos.

X. Certificado del Registro de Actos Personales, Secciones Interdicciones y Universalidades, por la S.A. o la S.R.L y por los directores o socios, según corresponda al tipo de sociedad. En caso que se actúe por poder, también se solicitará Certificado del Registro de Actos Personales Sección Mandatos y Poderes.

Luego de analizar los datos precedentes, se procederá al establecimiento de los siguientes montos:

1 Informe de auditoría: En el mismo, el profesional emite opinión sobre si los estados contables examinados presentan razonablemente la situación financiera y los resultados de las operaciones de la entidad conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados. El profesional debe ser independiente de la firma auditada. La firma auditora deberá ser reconocida por su idoneidad en la materia.

LÍMITE AUTOMÁTICO DE GARANTÍA (POR EL CUAL NO SE EXIGIRÁ GARANTÍA)

LÍMITE MÁXIMO DE GARANTÍA (CUPO)

En caso que:

NO se cumpla con la entrega de la totalidad de la documentación arriba descrita o, el monto solicitado de garantía exceda el Límite Automático de Garantía establecido en el análisis financiero, PARA LA EMISION DE LA POLIZAS DE CAUCION SOLICITADAS SERA IMPRESCINDIBLE EL RESPALDO DE LAS MISMAS A TRAVES DE LA PRESENTACION DE GARANTIAS REALES. LAS POLIZAS EMITIDAS, EN NINGUN CASO, PODRAN SUPERAR EL LIMITE MÁXIMO DE GARANTIA (CUPO) ESTABLECIDO.

Garantías Reales Aceptadas

- Letra de cambio (la misma debe ser emitida por un Banco).
- Aval bancario.
- Bonos (se considerará el valor de mercado de los mismos, asimismo, si un bono se tomó en garantía a cierto valor de mercado y luego dicho valor cae, se solicitará al Proponente una garantía adicional).
- Hipoteca sobre bien inmueble (se tendrá presente el valor de mercado de los mismos, siendo la garantía otorgada por un monto menor a dicho valor de mercado).
- Prenda sobre bien mueble (ídem hipoteca).
- Efectivo, lingotes de oro o similar.
- Depósito bancario afectado a la caución (depósito en garantía).

5. Constancias Aclaratorias

a. Esta solicitud se efectúa para que la emisión del Seguro de Caución se resuelva por el Asegurador, de conformidad con las condiciones de cobertura habituales, y sobre la base de la información que el Proponente declara completa y veraz, y que se obliga a presentar a requerimiento del Asegurador para el Análisis de Capacidad Financiera, como empresa, y para la calificación del riesgo que se propone en esta solicitud, y que forma parte del mismo.

b. Las falsas declaraciones y reticencia imputable a dolo o mera negligencia en que incurra el Proponente al formular la solicitud o durante la vigencia de la póliza, que induzcan en error al Asegurador sobre la calificación y/o determinación del riesgo eximen al Asegurador de cualquier responsabilidad en caso de siniestro, caducando la póliza de seguro. Esta situación será comunicada "inmediatamente" al Asegurado, perdiéndose el derecho a la indemnización y quedando las primas a beneficio del Asegurador.

c. Sólo para el caso de *Garantías Aduaneras para Tránsito de Whisky y Cigarrillos*: la presente solicitud se configura en una Solicitud de Cobertura Genérica debiendo el Proponente declarar cada viaje particular.

d. El domicilio del Proponente que figura en esta solicitud constituye a todos los efectos del contrato y permanecerá vigente en tanto el Proponente no notifique en forma fehaciente, al Asegurador, el cambio que se hubiere operado.

e. El Proponente declara conocer que en caso de emisión de la Póliza solicitada, vencido el plazo facturado, se facturarán nuevos períodos hasta la devolución de la Póliza.

f. A los efectos de la presente solicitud, se definen como:

Asegurado: Las entidades licitantes, contratantes, Dirección Nacional de Aduanas o Administración Nacional de Puertos, a favor de quienes deberán emitirse las pólizas.

Asegurador: XXX

Proponente: La empresa o conjunto de empresas que representamos y que firman la presente solicitud.

Queda entendido y convenido que el retiro del Asegurador por nuestra parte de las Pólizas que se emitan a nuestra solicitud, así como su presentación ante los respectivos Asegurados, será juzgado como conformidad plena con las condiciones de emisión.

Fecha y Lugar:

Aclaración y cargo: Firma apoderado:

II. SEGURO DE FIANZA – Garantía financiera

CONDICIONES GENERALES.

LEY ENTRE LAS PARTES

Cláusula 1. Queda convenido que las partes se someterán a las estipulaciones de la presente póliza como a la ley misma y que estas estipulaciones serán aplicadas con preferencia sobre las de la ley general a los contratantes de este seguro, debiendo aplicarse las prescripciones de los Códigos de Comercio y Civil solamente en aquellos casos que no resulten previstos por esta póliza.

Cláusula 2. En caso de disconformidad entre las Condiciones Generales y las Particulares se estará a lo que establezcan estas últimas.

OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

Cláusula 3. Por la presente póliza que se emite de conformidad con la solicitud de seguro firmada por el Tomador, el Asegurador garantiza al Asegurado, hasta la suma máxima que se estipula en las Condiciones Particulares de la póliza, el pago en efectivo que debe recibir del Tomador, como consecuencia del tiempo y forma en que éste cumpla sus obligaciones derivadas del contrato que se especifica en las Condiciones Particulares, suscrito con el Asegurado.

Esta póliza no cubre el pago de multas ni de otras penalidades.

Cláusula 4. Se establece expresamente que en los casos en que el Tomador no cumpla con sus obligaciones, la responsabilidad del Asegurador queda limitada al pago de la suma máxima y global garantizada.

La presente póliza se irá desafectando en la misma medida en que se realicen las prestaciones del repago.

RIESGOS NO ASEGURADOS

Cláusula 5. Esta póliza no cubre la garantía por sustitución de Fondo de Reparo, salvo que así fuese indicado en un suplemento especial de la misma.

Cláusula 6. Queda entendido y convenido que la Compañía sólo quedará liberada del pago de las sumas garantizadas:

- a) Cuando las disposiciones legales o contractuales pertinentes establezcan la dispensa del Tomador;
- b) Cuando pruebe que el incumplimiento del Tomador acaeciera a consecuencia de estado de guerra, invasión o cualquier otro acto de hostilidad por enemigo extranjero; de guerra civil u otras conmociones interiores (revolución, insurrección, rebelión, motín y sedición a mano armada o no armada, poder militar, naval o aéreo, usurpado o usurpante); de huelgas, cierres patronales (no propios), así como del ejercicio de algún acto de autoridad pública para reprimir o defenderse de cualquiera de estos hechos; de confiscación, requisa, destrucción o daños a los bienes por orden de cualquier gobierno o autoridad pública; de terremotos, temblores, erupción volcánica, tifón, huracán, tornado, ciclón u otra convulsión de la Naturaleza o perturbación atmosférica;
- c) Cuando el incumplimiento derive de disposiciones legales o reglamentarias de las autoridades del país;
- d) Cuando el incumplimiento del Tomador sea como consecuencia directa o indirecta del mal funcionamiento, falla, rotura o cualquier imposibilidad de funcionamiento total o parcial de cualquier sistema

de computación, hardware, programa o software y/o cualquier circuito impreso (microchips) o integrado, o dispositivo similar en equipos computarizados o no computarizados, debido a problemas de reconocimiento de la fecha calendario (Año 2000 o cualquier otro cambio o fecha incluyendo cálculos de años bisiestos).

OBLIGACIONES DEL ASEGURADO.

Cláusula 7. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos y omisiones del Tomador que puedan dar lugar a la afectación de la Fianza, dentro de un plazo de quince días de conocidos aquellos por el Asegurado, con arreglo de las disposiciones legales o contractuales pertinentes so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza.

Sin perjuicio de lo anterior, el Asegurado está obligado a adoptar todos los recaudos extrajudiciales a su alcance contra el Tomador tendientes a evitar el incumplimiento o la agravación de sus efectos, o judiciales si correspondiere.

También producido el aviso al que se refiere este artículo, está obligado a seguir todas las indicaciones que le realice el Asegurador. Si no cumpliera estas obligaciones y ocurriera un incumplimiento del Tomador, el Asegurador quedará liberado de la responsabilidad asumida por esta póliza.

Los derechos a la indemnización quedarán igualmente extinguidos si la subrogación del Asegurador en los derechos u acciones contra el Tomador se hubiera hecho imposible por un acto positivo por negligencia del Asegurado.

El Asegurado deberá acreditar fehacientemente a juicio del Asegurador, haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo en relación al anticipo por acopio de obra y/o suministro y financiero de obra y/o suministro.

MODIFICACIÓN DEL RIESGO

Cláusula 8. Las modificaciones o alteraciones del contrato de ejecución de obra adoptadas formalmente por el Asegurado, sin consentimiento del Asegurador, hacen nulo este seguro, siempre que a juicio de peritos tales modificaciones hubieran agravado su responsabilidad por el Tomador.

INTIMACIÓN PREVIA AL TOMADOR

Cláusula 9. El Asegurador no podrá ser requerido por el Asegurado al pago de las sumas aseguradas por la presente póliza, si no mediara una previa intimación de pago al Tomador, realizada por el Asegurado, de la cual deberá proporcionar constancia fehaciente. El Asegurado deberá comunicar al Asegurador el resultado infructuoso de tal intimación, acompañado dentro de las 48 hs. la documentación correspondiente y la contestación del Tomador, si la hubiere. El Asegurador podrá oponer las excepciones previstas en la Cláusula 6 de estas Condiciones Generales dentro de un plazo de 30 días hábiles.

CONFIGURACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL SINIESTRO

Cláusula 10. El siniestro se configurará cuando venza el plazo de la intimación del pago que debe realizar el Asegurado contra el Tomador, sin que este hubiese satisfecho tal requerimiento, y tendrá como fecha cierta la de recepción por parte del Asegurador de la documentación pertinente, siempre que no se hubieran opuesto excepciones basadas en disposiciones legales o contractuales y también con la condición de que el Asegurador se expida en definitiva favorablemente sobre la procedencia de la reclamación según la Cláusula 9 de estas Condiciones Generales.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cláusula 11. Producido el siniestro en los términos establecidos en los artículos precedentes, el Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe a indemnizar dentro de los treinta días hábiles a partir de la fecha cierta de configuración del siniestro según la Cláusula 10ª o del pronunciamiento del Asegurador sobre procedencia y monto de la reclamación, cualquiera de estas fechas que sea posterior. En cualquier caso, el pronunciamiento del Asegurador no podrá demorarse más de 60 días desde la fecha de recepción de la documentación pertinente.

PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

Cláusula 12. Los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza prescriben al año de la fecha de haber acaecido el incumplimiento del Tomador, con arreglo a las disposiciones legales o contractuales de aplicación.

COMUNICACIONES Y TÉRMINOS

Cláusula 13. Toda comunicación entre el Asegurador y el Asegurado deberá realizarse por telegrama colacionado u otra comunicación fehaciente. Los términos o plazos sólo se contarán por días hábiles.

OTRAS FIANZAS

Cláusula 14. La existencia de otra u otras fianzas aceptadas por el Asegurado cubriendo la totalidad del riesgo asumido por el Asegurador implicará la pérdida de todo derecho a indemnización.

III. SEGURO DE FIANZA – Cumplimiento de Contrato de Obra y/o Suministro

CONDICIONES GENERALES

LEY ENTRE LAS PARTES

Cláusula 1. Queda convenido que las partes se someterán a las estipulaciones de la presente póliza como a la ley misma y que estas estipulaciones serán aplicadas con preferencia sobre las de la ley general a los contratantes de este seguro, debiendo aplicarse las prescripciones de los Códigos de Comercio y Civil solamente en aquellos casos que no resulten previstos por esta póliza.

En caso de disconformidad entre las Condiciones Generales y las Particulares se estará a lo que establezcan estas últimas.

VÍNCULO Y CONDUCTA DEL TOMADOR Y EL ASEGURADOR

Cláusula 2. Las relaciones entre el Tomador y el Asegurador se rigen por lo establecido en la solicitud accesoria a esta póliza, cuyas disposiciones no podrán ser opuestas al Asegurado. Los actos, declaraciones,

acciones u omisiones del Tomador de la póliza no afectarán en ningún modo los derechos del Asegurado frente al Asegurador.

La utilización de esta póliza implica ratificación de los términos de la solicitud.

OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

Cláusula 3. La presente póliza asegura, hasta el monto máximo de su cobertura, el pago de las indemnizaciones que resulte obligado el Tomador por consecuencia de su incumplimiento de realizar la obra y/o suministro.

Este seguro no cubre indemnizaciones derivadas de la demora en el cumplimiento. La indemnización asegurada compensará el daño patrimonial efectivo que sufra el Asegurado, con el límite ya señalado.

Esta póliza no cubre el pago de multas ni de otras penalidades.

EXCLUSIONES

Cláusula 4. Esta póliza no cubre la garantía por sustitución de Fondo de Reparación, salvo que así fuese indicado en un suplemento especial de la misma.

Cláusula 5. Este seguro no cubre el incumplimiento del Tomador como consecuencia directa o indirecta del mal funcionamiento, falla, rotura o cualquier imposibilidad de funcionamiento total o parcial de cualquier sistema de computación, hardware, programa o software y/o cualquier circuito impreso (microchips) o integrado, o dispositivo similar en equipos computarizados o no computarizados, debido a problemas de reconocimiento de la fecha calendario (Año 2000 o cualquier otro cambio o fecha incluyendo cálculos de años bisiestos).

CONDICIONES PARA LA COBERTURA

Cláusula 6. Son condiciones de esta cobertura:

- a) Que el contrato de construcción de obra y/o de suministro a que se refiere establezca en forma expresa las especificaciones exigidas por el Asegurador.
- b) Que entre el Tomador y el Asegurado no existan vinculaciones económicas ni jurídicas de sociedad, asociación o dependencia recíprocas.

MODIFICACIÓN DEL RIESGO

Cláusula 7. El seguro que instrumenta esta póliza mantendrá su vigor aún en el caso en que el Asegurado conviniere con el Tomador modificaciones o alteraciones al contrato celebrado entre ellos, siempre que se verifiquen todas estas condiciones:

- a) ellas estuvieran genéricamente previstas en el contrato originario;
- b) correspondan a trabajos de la misma naturaleza que los que constituyan su objeto;
- c) no produzcan, en ningún caso, más de un diez por ciento de aumento o disminución con relación al monto originario del contrato;
- d) no importen modificación de las cláusulas exigidas por el Asegurador a que se refiere la Cláusula 6 inciso a) de estas Condiciones Generales.

Las modificaciones o alteraciones que no reúnan tales condiciones, convenidas sin consentimiento del Asegurador, hacen nulo este seguro.

AVISO DE INCUMPLIMIENTO. OBLIGACIONES DEL ASEGURADO.

Cláusula 8. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos y omisiones del Tomador que puedan dar lugar a la afectación de la Fianza, dentro de un plazo de quince días de conocidos aquellos por el Asegurado, con arreglo de las disposiciones legales o contractuales pertinentes so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza.

Sin perjuicio de lo anterior, el Asegurado está obligado a adoptar todos los recaudos extrajudiciales a su alcance contra el Tomador tendientes a evitar el incumplimiento o la agravación de sus efectos, o judiciales si correspondiere.

También producido el aviso al que se refiere este artículo, está obligado a seguir todas las indicaciones que le realice el Asegurador. Si no cumpliera estas obligaciones y ocurriera un incumplimiento del Tomador, el Asegurador quedará liberado de la responsabilidad asumida por esta póliza.

Los derechos a la indemnización quedarán igualmente extinguidos si la subrogación del Asegurador en los derechos u acciones contra el Tomador se hubiera hecho imposible por un acto positivo por negligencia del Asegurado.

El Asegurado deberá acreditar fehacientemente a juicio del Asegurador, haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo en relación al contrato de obra y/o suministro.

PROCEDENCIA Y MONTO DE LA AFECTACION

Cláusula 9. La garantía representada por esta póliza de seguro de finaza será afectable solamente en caso que el Asegurador se haya expedido favorablemente sobre la procedencia de la reclamación realizada según la Cláusula anterior y sobre el monto de dicha afectación, en todo de acuerdo con las Condiciones Particulares y Generales de esta Póliza.

El Asegurador podrá recurrir al asesoramiento de peritos propios o contratados a los efectos previstos en esta Cláusula, sin obligación de ceñirse a sus pronunciamientos.

INTIMACIÓN PREVIA AL TOMADOR

Cláusula 10. El Asegurador no podrá ser requerido por el Asegurado al pago de las sumas aseguradas por la presente póliza, si no mediara una previa intimación de pago al Tomador, realizada por el Asegurado, de la cual deberá proporcionar constancia fehaciente.

CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO

Cláusula 11. El siniestro quedará configurado al finiquitarse con resultado infructuoso la intimación del pago que debe realizar el Asegurado contra el Tomador según la Cláusula anterior, y tendrá como fecha cierta la de recepción por parte del Asegurador de la documentación pertinente, siempre que no se hubieran opuesto excepciones basadas en disposiciones legales o contractuales y también con la condición de que el Asegurador se expida en definitiva favorablemente sobre la procedencia de la reclamación según la Cláusula 9 de estas Condiciones Generales.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cláusula 12. Producido el siniestro en los términos establecidos en los artículos precedentes, el Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe a indemnizar dentro de los treinta días hábiles a partir de la fecha cierta de configuración del siniestro según la Cláusula 11ª o del pronunciamiento del Asegurador

sobre procedencia y monto de la reclamación, cualquiera de estas fechas que sea posterior. En cualquier caso, el pronunciamiento del Asegurador no podrá demorarse más de 60 días desde la fecha de recepción de la documentación pertinente.

INTERVENCIÓN DEL ASEGURADOR

Cláusula 13. El Asegurador podrá oponer al Asegurado todas las excepciones propias y las del Tomador aún cuando éste no las hubiera hecho valer o hubiera renunciado a ellas. Todo acuerdo, de cualquier naturaleza celebrado entre el Asegurado y el Tomador, que se relacione o afecte la existencia o validez de la obligación asegurada, produce la caducidad de este seguro.

PLURALIDAD DE GARANTÍAS

Cláusula 14. Si este seguro cubriera sólo parcialmente la fianza exigida por el Asegurado, el Asegurador participará –en concurrencia con los otros garantes o con el mismo Asegurado si la fianza no estuviera íntegramente asegurada- a prorrata sobre el monto total afectado.

CESIÓN DE DERECHOS

Cláusula 15. Cualesquiera cesión o transferencia de los derechos emergentes de esta Póliza será válida sólo si es previamente aprobada por el Asegurador.

COMUNICACIONES Y TÉRMINOS

Cláusula 16. Toda comunicación entre el Asegurador y el Asegurado deberá realizarse por telegrama colacionado u otra comunicación fehaciente. Los términos o plazos sólo se contarán por días hábiles.

RECLAMACIONES Y JURISDICCIÓN

Cláusula 17. Toda controversia judicial que se plantee con relación al presente contrato, en cuanto a su ejecución o sus consecuencias entre las partes vinculadas por el mismo, se dirimirá ante los jueces competentes de la capital de la República Oriental del Uruguay. Asimismo, se deja establecido que en cualquier diferencia entre las partes en la interpretación o aplicación de este convenio, será de aplicación la legislación que corresponda de la República Oriental del Uruguay.

IV. SEGURO DE FIANZA – Mantenimiento de oferta y suscripción del contrato en los llamados a licitación

CONDICIONES GENERALES

LEY ENTRE LAS PARTES

Cláusula 1. Queda convenido que las partes se someterán a las estipulaciones de la presente póliza como a la ley misma y que estas estipulaciones serán aplicadas con preferencia sobre las de la ley general a los contratantes de este seguro, debiendo aplicarse las prescripciones de los Códigos de Comercio y Civil solamente en aquellos casos que no resulten previstos por esta póliza.

Cláusula 2. En caso de disconformidad entre las Condiciones Generales y las Particulares se estará a lo que establezcan estas últimas.

OBJETO Y EXTENSIÓN DEL SEGURO

Cláusula 3. Por la presente póliza que se emite de conformidad con la solicitud de seguro firmada por el Tomador y las condiciones generales y particulares del llamado a licitación, el Asegurador cubre al Asegurado en caso de incumplimiento de las obligaciones que se indican a continuación, y hasta la suma máxima que estipulan las condiciones particulares de esta póliza. El riesgo amparado se limitará al incumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) Mantenimiento de la oferta en los plazos y condiciones establecidas en los pliegos respectivos.
- b) Suscripción del contrato por el Tomador de los plazos y condiciones estipuladas, siempre y cuando el Tomador resultase adjudicatario y hubiese sido notificado en forma auténtica de ese hecho.

Cláusula 4. Se establece expresamente que en los casos en que el Tomador no cumpla con sus obligaciones, la responsabilidad del Asegurador queda limitada al pago de la suma garantizada.

RIESGOS NO ASEGURADOS

Cláusula 5. El Asegurador queda liberado del pago de las sumas aseguradas:

- a) Cuando las disposiciones legales o de las Condiciones Generales y Particulares del llamado a licitación establezcan la dispensa del Tomador;
- b) Cuando pruebe que el incumplimiento del Tomador acaeciera a consecuencia del estado de guerra, invasión o cualquier otro acto de hostilidad por enemigo extranjero; de guerra civil u otras conmociones interiores (revolución, insurrección, rebelión, motín y sedición a mano armada o no armada, poder militar, naval o aéreo, usurpado o usurpante); de huelgas, cierres patronales (no propios), así como del ejercicio de algún acto de autoridad pública para reprimir o defenderse de cualquiera de estos hechos; de confiscación, requisa, destrucción o daños a los bienes por orden de cualquier gobierno o autoridad pública; de terremotos, temblores, erupción volcánica, tifón, huracán, tornado, ciclón u otra convulsión de la Naturaleza o perturbación atmosférica;
- c) Cuando el incumplimiento derive de disposiciones legales o reglamentarias de las autoridades del país;
- d) Cuando el incumplimiento del Tomador sea como consecuencia directa o indirecta del mal funcionamiento, falla, rotura o cualquier imposibilidad de funcionamiento total o parcial de cualquier sistema de computación, hardware, programa o software y/o cualquier circuito impreso (microchips) o integrado, o dispositivo similar en equipos computarizados o no computarizados, debido a problemas de

reconocimiento de la fecha calendario (Año 2000 o cualquier otro cambio o fecha incluyendo cálculos de años bisiestos).

OBLIGACIONES DEL ASEGURADO

Cláusula 6. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos y omisiones del Tomador que, a su juicio, den lugar a la indemnización estipulada en esta póliza, dentro de un plazo estricto de treinta días hábiles de acaecidos aquéllos, con arreglo a las disposiciones legales o contractuales pertinentes, so pena de perder los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza.

MODIFICACION DEL RIESGO

Cláusula 7. Las modificaciones o alteraciones a las bases de la Licitación, adoptadas formalmente por el Asegurado sin consentimiento previo del Asegurador, hacen nulo el seguro.

INTIMACIÓN PREVIA AL TOMADOR

Cláusula 8. El Asegurador no podrá ser requerido por el Asegurado al pago de las sumas aseguradas por la presente póliza, si no mediara una previa intimación de pago al Tomador por telegrama colacionado u otro medio de comunicación fehaciente remitido por el Asegurado.

A los efectos indemnizatorios el Asegurado deberá comunicar al Asegurador el resultado infructuoso de tal intimación, acompañando dentro de las 48 horas siguientes la documentación correspondiente y la contestación del Tomador, si la hubiere. El Asegurador podrá oponer las excepciones previstas en la Cláusula 6ª de estas Condiciones Generales, dentro de un plazo perentorio de treinta días hábiles.

CONFIGURACIÓN Y DETERMINACION DEL SINIESTRO

Cláusula 9. El siniestro se configurará cuando venza el plazo y la intimación de pago que el Asegurado debe realizar, sin que el Tomador hubiese satisfecho tal requerimiento y tendrá como fecha cierta la de recepción por parte del Asegurador, de la documentación pertinente, siempre que no se hubieran opuesto excepciones de acuerdo a la Cláusula que antecede.

PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Cláusula 10. Producido el siniestro en los términos establecidos en la Cláusula anterior, el Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe garantizado dentro de los treinta días hábiles de ser requerido por el Asegurado.

PRESCRIPCION LIBERATORIA

Cláusula 11. Los derechos indemnizatorios que acuerda la presente póliza prescriben al año de la fecha de haber acaecido el incumplimiento del Tomador, con arreglo a las disposiciones legales o contractuales de aplicación.

COMUNICACIONES Y TÉRMINOS

Cláusula 12. Toda comunicación entre el Asegurador y el Asegurado deberá realizarse por carta postal certificada o telegrama colacionado. Los términos o plazos sólo se contarán por días hábiles.

OTRAS FIANZAS

Cláusula 13. La existencia de otra u otras fianzas aceptadas por el Asegurado cubriendo la totalidad del riesgo asumido por el Asegurador implicará la pérdida de todo derecho a indemnización.

V. POLIZA DE SEGURO DE CAUCION EN GARANTIA DE

SUSTITUCION DE FONDOS DE REPARO

CONDICIONES GENERALES

LEY DE LAS PARTES CONTRATANTES

1. Las partes contratantes se someten a las condiciones de la presente póliza como a la ley misma. Las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio y demás leyes, solamente se aplicarán a las cuestiones no contempladas en esta póliza y en cuanto ello sea compatible. En caso de discordancia entre las Condiciones Generales y las Particulares, predominarán estas últimas.

VINCULO Y CONDUCTA DEL TOMADOR

2. Las relaciones entre el Tomador y el Asegurador se rigen por lo establecido en la solicitud-convenio accesoria a esta póliza, cuyas disposiciones no podrán ser opuestas al Asegurado. Los actos, declaraciones, acciones u omisiones del Tomador de la póliza, que importen violación a lo establecido en dicha solicitud-convenio, incluida la falta de pago del premio en las fechas convenidas, no afectarán en ningún modo los derechos del Asegurado frente al Asegurador. La utilización de esta póliza implica ratificación de los términos de la solicitud-convenio mencionada.

OBJETO Y EXTENSION DEL SEGURO

3. La presente póliza cubre la garantía que el Tomador presenta para sustituir el Fondo de Reparación que debe constituir según el Contrato mencionado en las Condiciones Particulares. Esta póliza quedará liberada con la recepción definitiva de la obra, salvo que el Contrato establezca una desafectación anterior. La presente póliza responderá únicamente cuando observándose deficiencias provenientes de una mala calidad de los materiales, defectuosa mano de obra o mal funcionamiento de las instalaciones, el Contratista no cumpla con las reparaciones a su costa. Queda entendido y convenido que el Asegurador quedará liberado del pago de la suma garantizada, cuando las disposiciones legales o contractuales establezcan la dispensa del Tomador.

SUMA ASEGURADA

4. La suma máxima asegurada indicada en las Condiciones Particulares, deberá entenderse como suma nominal no susceptible a los efectos del pago, de ninguna clase de incremento por depreciación monetaria u otro concepto. No obstante cuando el Pliego de Condiciones o el Contrato exijan expresamente el ajuste de la garantía o prevean el ajuste de los créditos que el Tomador tenga contra el Asegurado; la suma asegurada será reajustada en forma automática y durante toda la vigencia, mediante la aplicación del índice establecido en las Condiciones Particulares de esta póliza. La suma asegurada reajustada en la forma descripta, constituirá el límite máximo de la responsabilidad del Asegurador.

VINCULACIONES ENTRE EL ASEGURADO Y EL TOMADOR

5. Esta póliza será nula cuando entre el Tomador y el Asegurado, al tiempo de la celebración de este Contrato, existan vinculaciones económicas o jurídicas de sociedad, asociación o dependencia recíproca, o se trate de sociedades controladas o vinculadas en los términos de la ley de sociedades comerciales. El mismo efecto tendrá la relación de parentesco hasta cuarto grado, cuando se trate de personas físicas. Cuando estas vinculaciones nazcan con posterioridad a la fecha de emisión de esta póliza, producirán la caducidad de los derechos derivados de ella, salvo conformidad previa, expresa y fehaciente del Asegurador.

CESION

6. Los derechos emergentes de esta póliza no podrán ser cedidos o transferidos total o parcialmente, sin conformidad previa, expresa y fehaciente del Asegurador, bajo pena de caducidad.

MODIFICACIONES AL CONTRATO

7. La garantía que instrumenta esta póliza mantendrá su vigencia aún en el caso en que el Asegurado conviniere con el Tomador modificaciones o alteraciones al Contrato, siempre que éstas estuvieren genéricamente previstas en el mismo y siempre que:

- a) Correspondan a bienes o servicios de la misma naturaleza que los que constituyen su objeto.
- b) No produzcan, en ningún caso, mas de un 10 % de aumento o disminución con relación al monto originario del Contrato.
- c) No importen modificaciones de las cláusulas a que se refieren las Condiciones Particulares y/o Generales de esta póliza. El Asegurador quedará liberado de toda responsabilidad cuando las modificaciones o alteraciones realizadas al Contrato no cuenten con su conformidad previa, expresa y fehaciente.

CARGAS DEL ASEGURADO – AVISO AL ASEGURADOR

8. El Asegurado deberá dar aviso al Asegurador de los actos u omisiones del Tomador que puedan dar lugar a la afectación de esta póliza dentro de un plazo de 10 días de ocurridos, so pena de perder los derechos que le acuerda esta garantía. Sin perjuicio de lo anterior, el Asegurado está obligado a adoptar todos los recaudos extrajudiciales o judiciales a su alcance contra el Tomador y si por no hacerlo se produjera una agravación del riesgo o provocara la configuración del siniestro en los términos previstos en el Art. 1 de estas Condiciones Generales, el Asegurador quedará liberado de la responsabilidad asumida por esta póliza. Los derechos a la indemnización quedarán igualmente extinguidos si la subrogación del Asegurador en los derechos y acciones contra el Tomador se hubiera hecho imposible por un acto positivo o por omisión del Asegurado.

AFECTACION DE ESTA GARANTIA

9. El monto de la indemnización a pagar por el Asegurador será el que resulte del daño efectivamente sufrido y acreditado por el Asegurado, hasta su concurrencia con la proporción de la suma máxima asegurada.

DETERMINACION Y CONFIGURACION DEL SINIESTRO

10. El Asegurado tendrá derecho a exigir al Asegurador el pago pertinente cuando se hayan cumplido las siguientes condiciones:

a) Que el Tomador no haya dado cumplimiento a las obligaciones mencionadas en el Art. 3 de estas Condiciones Generales, por causas que le sean imputables.

b) Que el Asegurado haya intimado el pago en forma fehaciente al Tomador con un plazo de 15 días, con resultado infructuoso.

A los efectos indemnizatorios el Asegurado deberá entregar al Asegurador las constancias de lo indicado en los puntos a) y b) precedentes justificando fehacientemente los motivos de sus reclamos y/o de la rescisión del Contrato, así como el monto de la indemnización a pagar según lo establecido en el Art. 9 de estas Condiciones Generales.

El siniestro quedará configurado en la fecha en que el Asegurador reciba la comunicación y las constancias a que se refieren los párrafos anteriores, no siendo necesaria ninguna otra interpelación ni acción previa contra los bienes del Tomador, y sin perjuicio del derecho del Asegurador de solicitar la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo, y la documentación que razonablemente pueda suministrar el Asegurado.

PAGO DE LA INDEMNIZACION Y EFECTOS

11. El Asegurador procederá a hacer efectivo al Asegurado el importe correspondiente, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de configuración del siniestro, o de la recepción de la documentación complementaria, según el caso, de acuerdo a lo previsto en el Artículo anterior. La indemnización solo corresponderá al daño efectivamente sufrido, excluyéndose de la misma el lucro cesante, y sin que la garantía asumida pueda considerarse como cláusula penal. Los derechos que correspondan al Asegurado en razón del siniestro cubierto por esta póliza, se transfieren al Asegurador hasta el monto de la indemnización pagada por este.

ACUERDOS ENTRE ASEGURADO Y TOMADOR

12. Todo acuerdo de cualquier naturaleza, celebrado entre el Asegurado y el Tomador, sin intervención del Asegurador y que afecte la obligación garantizada, no priva al Asegurador de oponer al Asegurado todas las excepciones propias y las del Tomador aún cuando éste no las hubiera hecho valer o hubiera renunciado a ellas.

PLURALIDAD DE GARANTIAS

13. El Asegurado está obligado a solicitar la previa conformidad fehaciente del Asegurador, para la celebración de otros seguros que cubran el mismo interés y el mismo riesgo y la misma obligación que esta póliza, bajo pena de caducidad. Como consecuencia de la conformidad previa dada por el Asegurador a que hace referencia el párrafo anterior, el Asegurador participará a prorrata, en concurrencia con los otros garantes, hasta el importe total de la garantía que se exija.

LIBERACION DE RESPONSABILIDAD

14. Queda expresamente convenido que el Asegurador quedará liberado de toda responsabilidad, luego de producida la desafectación de esta póliza, en los términos establecidos en el Art. 3 de estas Condiciones Generales.

PRESCRIPCION LIBERATORIA

15. La prescripción de las acciones del Asegurado contra el Asegurador, se efectivizará al año de producido el incumplimiento del Tomador. La prórroga del plazo de prescripción convenida entre el Asegurado y el Tomador, o la renuncia por este último a la prescripción ocurrida no podrá ser opuesta al Asegurador.

TERMINOS - JURISDICCION

16. Todos los plazos de días indicados en la presente póliza se computarán por días hábiles. Las cuestiones judiciales que se planteen con relación al presente Contrato entre el Asegurado y el Asegurador, se substanciarán ante los jueces del domicilio del Asegurado.

BIBLIOGRAFIA.

- BACHILLER NUÑEZ, Julio. "El seguro de caución". 1995.
- BARRES BENLLOCH, Maria Pilar. "Seguro de caución. ¿Garantía personal o modalidad aseguradora? Madrid, Tecnos, 1993. Colección Jurisprudencia Práctica, 52. 58 p.
- BASTIN, J. El seguro de crédito en el mundo contemporáneo, Madrid 1980.
- BASTIN, J. La defaillance de paiement et sa protection: La assurance-crédit. Paris, 1991. Pág. 218.
- BERGAMIN SERRANO, F.J., "El seguro de caución y el primer requerimiento" en Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Atelier. Barcelona 2005. Pág. 77.
- BLANC, Carlos; BONELLI, Roberto. "El llamado contrato de seguro de caución". Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, vol. 13, N° 55-56 (Jiñ/dic. 1991) p. 25-31.
- BROSETA PONT, M. "Manual de Derecho Mercantil". Madrid, 1991.
- BULLO, Emilio H. "El derecho de seguros y otros negocios vinculados". T. 2, 2001, p. 605.
- CABANZO, A. M. El Seguro de cumplimiento, Buenos Aires, 1989.
- CAMACHO DE LOS RIOS, Javier. "El seguro de caución: estudio crítico". Madrid. Editorial Mapfre. 1994. 193 pp.
- CARRASCO PERERA, A. "Fianza, accesoriedad y contrato de garantía". Madrid 1992, pp. 109
- DEI, H. Daniel – 2006 – "La tesis – Como orientarse en su elaboración" - Buenos Aires – Prometeo – 147 p
- ETCHEVERRY, Raúl Anibal; LAMI, Carlos colab; HOCSMAN, Heriberto Simón, colab; FERNANDEZ, Adela Norma, colab; MOSQUEIRA, Marcela, colab; LEYES, Luis A, colab; CHOMER, Hector Osvaldo, colab; WITTHAYSM Mónica, colab; WOLMAN, Norberto, colab; TEVEZ, Alejandro, colab; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, colab; CRACOGNAM Dante; colab. "Derecho comercial y económico". Contratos: Parte especial V. 2. Bs.As. ASTREA. 1994, 394 p.
- EMBID IRUJO, J.M. "El seguro de caución como garantía" en "Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero". Madrid, 1990 p. 697.
- EMBID IRUJO, J.M. "El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica" en La Ley, 1986, II, p. 1064.

- EMBID IRUJO, J. M., "Aval, fianza y seguro de caución". La Ley Año XIII, No. 2954 pp. 6
- EMBID IRUJO, J. M.; "Comentario Sentencia del 2 de Junio de 1992" en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Enero/Marzo 92. T. 28, pág. 639.
- EMBID IRUJO, J. M.; "Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución". En La Ley Año XI, N° 2454. 1990.
- EMBID IRUJO, J. M.; "Problemas actuales del seguro de caución" en Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Atelier. Barcelona 2005. Pág. 39.
- FARINA, "Seguro de Caución" en R.D. C. O 1981 pág 531
- GAMARRA, Jorge. "Tratado de Derecho Civil Uruguayo". T. XV Montevideo, p.7.
- GAMBINO, A. "Lineas fronterizas entre las operaciones de seguros y de banca, y las nuevas fórmulas de seguro mixto de vida con prima única" Revista Española de Seguros, N° 70, 1992; pp. 29 y ss.
- GARRIDO Y COMAS; J. J. "El Contrato de Seguros". Barcelona. 1954
- GARRIGUES, Joaquín. "Contrato de Seguro Terrestre". Madrid, 1982.
- GARRIGUES DIAZ-Cañabate, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil". T. 4. 7ª. Ed. Bogotá: Temis, 1987, XIX, p. 400.
- GUTIERREZ CUÑA, Néstor A. "El contrato de seguro". Parte General. FCU. 280 p.
- HALPERIN, Isaac. "El Contrato de Seguro". Tipográfica Editora Argentina. Bs. As. 1946. 564 p.
- HERRERO, Maria Cecilia. "Panorama actual de las garantías en el Derecho Privado. Garantías mobiliarias e inmobiliarias. Personales y reales", p. 5-41. Ponencias de la Delegación Argentina. Bs.As. Consejo Federal del Notariado Argentino, 2004, 66 p. Jornada notarial Iberoamericana, 11ª. Bs.As. Marzo 2004.
- IFRAN, Geraldine. "Curso de derecho de seguros". AMF. 2006 224. p.
- LA PLUMA: Vol 4. N° 11 (jun 2001). P. 10-11. "Garantía de los derechos reales mediante el sistema de registro y sistema de seguro". Congreso internacional de Derecho Registral, 13 (Punta del Este. 2001).
- LA PLUMA. Separata Normativa. Vol 9, N° 27. Oct. 2006/ Feb. 2007. p. 1. Decreto 379/2006.
- Manés, A. Teoría General del Seguro. Madrid, pág. 34.
- MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa- América. Bs. As. 1971, T. VI. Pág. 156.
- MEZZERA, Rodolfo. "Curso de Derecho Comercial". Actualizado y ampliado por Siegbert Rippe. FCU. 7ª. Edición. 1997. T. III (Contratos Comerciales)
- NOGUEIRA, E. "Interés asegurable", Segundas jornadas del Derecho de los Seguros. FCU. Pág. 27
- OLIVENCIA RUIZ, M. "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro" En Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Madrid. 1982, pp. 879-880.

PUIG SANAHUJA, Fernando. "Función y riesgo en el Seguro de caución". EUNSA. Navarra 2005. 288 pp.

RODRIGUEZ GRILLO, "Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica", Madrid, Mapfre, 2001, p. 34 y sigtes.

RODRIGUEZ MASCARDI, Teresita y VENTURINI, Beatriz. "Dos criterios jurisprudenciales sobre el alcance de la subrogación legal por el asegurador". ADCU 1998-1999 (Jurisprudencia comentada), pág. 366 y ss.

RODRIGUEZ OLIVERA, Nury; LOPEZ RODRIGUEZ, Carlos Eduardo; BADO CARDOZO, Virginia Susana; colab. "Manual de derecho comercial uruguayo". V.2 T. 2. FCU 2005.

RODRIGUEZ PRIETO, Fernando. "Panorama actual de las garantías personales y reales, mobiliarias e inmobiliarias, en el derecho privado español". En Ponencias presentadas por el notariado español. Madrid: Colegios Notariales. De España, 2004. p. 7 -122

ROITMAN, Horacio, dir; DI TUILLIO, José Antonio, colab. "Seguro de responsabilidad civil". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1 (1994) p. 361 – 376.

ROITMAN, Horacio, dir; DI TUILLIO, José Antonio, colab. "Seguros". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 20 (1999) p. 399 – 427.

ROITMAN, Horacio, dir; DI TUILLIO, José Antonio, colab. "Seguros". Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 21 (1999) p. 469 – 483.

SANCHEZ CUARTERO, E., "El seguro de caución y las garantías a primer requerimiento" en Las tendencias actuales de los contratos de garantía. Atelier. Barcelona 2005. Pág. 307.

SANTICCHIA, G. "El seguro de caución". Lexis Nexos On line N° 0003/011385.

SOTO, Victor Dario. "Seguro de caución. Interpretación del riesgo. Cláusulas abusivas y contradictorias. Extensión de la cobertura." En Ghersi, Carlos Alberto. "Cláusulas abusivas: nulidad e ineficacia". Vol 3. Rosario: Juris, 2001, 193 p.

STIGLITZ, Ruben S. "Contratos. Teoría general". Vol. 1. Bs. As. Depalma. 1990.

STIGLITZ, Ruben S. "Derecho de Seguros". T. I, II, III. 4ª. Edición actualizada y ampliada. La Ley, Buenos Aires. 2004

STIGLITZ, Ruben S. "Cláusulas abusivas en el contrato de seguro". Abelendo Perrot. Bs. As. 1994.

TIRADO SUÁREZ, J. "Seguro de Caución. Pignoración de pólizas de seguro" en Contratos Bancarios, 1992, pp. 819.

Tirado Suárez, J. "El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español" apéndice al libro de Bastin J. "El seguro de crédito en el mundo contemporáneo. Madrid, 1980. pp. 695

VILLEGAS, Carlos Gilberto. "Las garantías del crédito". T. 2. 2da. Ed. Actualizada. Bs.As. Rubinzal-Culzoni. 1998. 430 p.

VIVANTE, César. "Derecho Comercial". T. 15. Vol 2. Ediar. Bs. As., 1952.

VIVANTE, C. Del contrato de seguro, de la prenda, del depósito en los bancos generales". Bs.As., 1952.



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

FAGET, Cecilia

"La ética del asesor letrado de la administración" La Independencia Técnica como poder-deber ético Ética Profesional

LA ÉTICA DEL ASESOR LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN

LA INDEPENDENCIA TÉCNICA COMO PODER-DEBER ÉTICO

CECILIA FAGET

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental realizar un análisis, que no pretendo sea exhaustivo pero sí reflexivo, acerca del alcance de la ética en la actitud de los profesionales asesores del Estado, como funcionarios técnicos de éste y más específicamente en la ética en la actitud y el proceder del asesor letrado de la Administración.

A modo de rápida introducción que apunte a revelar el objetivo de mi trabajo, me importa destacar casos nítidamente claros de comportamiento ético y comportamiento no ético, pasando luego a lo que puede ser calificado como una verdadera zona gris de nuestra profesión.

Es fácil distinguir, por ejemplo, el ejercicio responsable e interesado de la medicina, en el cual la relación médico paciente cobra la dimensión superior de la función, respetando los mandamientos de la misma como expresión ética de un rol, en contraste con el ejercicio irresponsable e indiferente de la medicina, en la cual la relación médico paciente se denigra a la atención a desgano, mezquina, haciendo del paciente un objeto, un número más entre otros tantos que hay que atender, como expresión no ética, denigrante del rol profesional médico. En la práctica profesional del abogado y fundamentalmente la del funcionario asesor del Estado -en la cual quiero poner foco - la distinción muchas veces no es tan nítida y nos sumerge en un área menos clara o gris, en la cual el funcionario puede encontrarse ante la enorme disyuntiva de seguir la orden del superior jerárquico, contemplando el interés del Estado o actuar estrictamente en base a las reglas jurídicas en juego, aun cuando al hacerlo afecte los intereses del Estado, disyuntiva la cual, a pesar de su relevancia, puede pasar desapercibida, sin la debida reflexión ética.

Para cumplir el objetivo de este trabajo se impone el análisis de algunos conceptos que constituyen verdaderos cimientos jurídicos sobre los cuales construir mi reflexión ética.

2. CONCEPTO DE ÉTICA. SU RELEVANCIA EN LOS PROFESIONALES UNIVERSITARIOS.

Compartimos con el profesor¹ la definición de la disciplina en estudio que da en su libro, la cual define a la ética como: *“La disciplina teórico práctica que se ocupa del obrar humano en cuanto a la bondad y/o maldad y rectitud o no de sus actos y omisiones”*.

Desmenuzando la definición, el profesor distingue los siguientes elementos o partes:

- a) disciplina teórica-práctica: no se estudia la disciplina para saber qué son las virtudes, sino para ser más virtuosos (Aristóteles- Ética a Nicómaco)
- b) se ocupa del obrar humano: se estudia el comportamiento humano, el racional y voluntario.
- c) en cuando a la bondad o maldad y rectitud o no de sus actos u omisiones: se habla de lo bueno y lo malo, y no de lo bello y lo feo, como en la estética. Lo bueno y lo malo debe ser objetivo, estar por encima de opiniones subjetivas. En lo que refiere a la rectitud, hay que considerar si la hay respecto de la intención de la persona, lo cual se vincula con su conciencia y coherencia.

¹ Etcheverry, Nicolás. “Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado”. Universidad de Montevideo, Montevideo, 2006, Págs. 16 a 22.

La calificación de moral de un acto debe tener siempre en cuenta, en palabras del profesor, “tres elementos: el objeto, el fin y las circunstancias”(…) “En cualquier acto u obrar humano si faltara alguno de los tres elementos o está distorsionado , entonces pueden surgir dudas o cuestionamientos de su verdadera o real bondad”.

La ética es una disciplina con fundamental relevancia en todas las áreas de la vida. Este trabajo tiene la intención de estudiarla dentro del desarrollo de la actividad del profesional universitario que trabaja para la Administración, más específicamente, el asesor letrado del Estado.

Entiendo que la ética deviene más importante aún en el desarrollo de la actividad de los profesionales que trabajan, como funcionarios públicos, dentro del Estado. Encontrados en esta situación, los profesionales universitarios, no solo deben cumplir con su profesión en forma moral, diligente y eficaz a efectos de satisfacer a sus clientes (como lo es el Estado en este caso), sino que deben cumplir su función en forma moral, diligente y eficaz a efectos de garantizar a los administrados todos los derechos que les corresponden.

Con esto quiero decir que, los asesores letrados de la Administración tienen el poder-deber de llevar a cabo sus funciones en forma ética, estos es, en rectitud con sus intenciones, en la medida en que tienen en sus manos a un “cliente”, el Estado, cuyas decisiones afectarán a la ciudadanía en general, ya sea para bien o para mal.

3. FUNCIÓN PÚBLICA.

La función pública puede ser definida como la actividad desarrollada por un órgano del Estado, encaminada a cumplir con sus atribuciones o fines.

La Asamblea General de la OEA, en su **legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional** definió a la función pública como: *toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.*

Cabe agregar que la función del órgano que sea, no se agota en si misma sino que debe cumplir la misión esencial de tutelar a la comunidad en su conjunto, siendo clave para ello concebir la relación administración-administrado como relación de hecho y como vínculo jurídico de partes que en principio se hallan en términos de igualdad, siendo las prerrogativas del Estado (el Estado de Derecho) concesiones en beneficio del interés general, las cuales no permiten avasallar al administrado el cual tiene obligaciones y responsabilidades pero también derechos y garantías superiores.

El balance entre dichas prerrogativas y los derechos y garantías del administrado requieren del comportamiento correcto y ético del funcionario público.

4. FUNCIONARIO PÚBLICO.

La figura del funcionario público ha sido definida por nuestra doctrina más reconocida como: *“todo individuo que ejerce funciones publicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal”.*

La Asamblea General de la OEA, en su **legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional** definió al funcionario público como: *cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.*

Por el solo hecho de incorporarse a una entidad estatal, las personas que actúan para la misma quedan investidas en un régimen jurídico que presenta muchos caracteres comunes.

En relación a las obligaciones de los funcionarios, es preciso recordar la norma fundamental que establece la Constitución en el artículo 59 de que *“El funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”.* Este principio básico de buena organización, debe guiar toda interpretación de las normas vigentes².

En definitiva, en la cabeza de todo funcionario público, incluidos los asesores letrados del Estado, la idea que debe subyacer es la necesidad de brindar sus servicios o ejecutar órdenes del modo más eficaz y eficiente, no pensando en su persona o exclusivamente en los intereses del Estado sino teniendo presente siempre el objetivo de acercar a la sociedad al bien común.

2 Sayagués Laso, Enrique. “Tratado de derecho Administrativo” t. I, 8ª edición, FCU, Año 2002, Págs. 254, 255 y 300.

En otras palabras, considero que la función se debe a la comunidad, dentro de la cual cobra especial relevancia la figura del administrado, titular de derechos y garantías, blanco directo o indirecto del proceder ético o no de las prerrogativas funcionales.

5. JERARQUÍA FUNCIONAL Y SUBORDINACIÓN.

El conjunto de órganos y funcionarios que integran cada administración pública, debe actuar coordinadamente en el cumplimiento de sus cometidos propios, como si fuera una unidad. Esa coordinación se logra centralizando la dirección administrativa de un órgano único, denominado jerarca, y haciendo depender de él los demás órganos y funcionarios. La forma en que se vinculan entre sí dichos órganos y funcionarios da origen a la jerarquía.

La centralización ha sido definida por la doctrina como un ordenamiento orgánico simple cuyo criterio determinante es el principio jerárquico. El término indica asimismo a la manera en que se vinculan y coordinan los diversos órganos que dependen de un mismo jerarca, que concentra en sus manos la dirección del conjunto.

Se define a la jerarquía como la relación jurídica que vincula entre sí los órganos y funcionarios de la Administración, mediante poderes de subordinación, para coordinarlos y dar así unidad de acción al sistema.

A partir de estas definiciones se pueden desprender algunas de las principales potestades del jerarca, entre las cuales se pueden mencionar: todos los poderes de administración (dicta actos y realiza operaciones indispensables para la realización de sus cometidos), de dirección y control de la acción de los órganos y funcionarios subordinados, a fin de asegurar unidad a la acción administrativa del conjunto, entre otros³.

En definitiva, jerarquía y subordinación van de la mano. En todo sistema centralizado, basado en la jerarquía (como lo están la mayoría de nuestros poderes y reparticiones administrativas), los funcionarios y órganos están subordinados al jerarca y sus decisiones, en principio. Como veremos existen distintos matices de centralización que otorgan a los funcionarios u órganos de una administración algunos beneficios relacionados a la descentralización.

6. OBEDIENCIA DEBIDA. ALCANCE Y LÍMITES.

De la propia naturaleza de la actividad administrativa, que requiere una realización continua, surge el deber de los funcionarios de prestar sus servicios con asiduidad y en las oficinas que les corresponda.

Los funcionarios deben cumplir sus obligaciones en la forma determinada por las leyes y reglamentos; deben cumplir sus cometidos personalmente, poniendo de su parte la mayor diligencia posible.

Los funcionarios tienen la obligación de proceder con lealtad hacia la administración a que pertenecen, han de prescindir de toda opinión o interés político (artículo 58 de la Constitución: "*Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política*").

En todos sus actos, los funcionarios deben moverse inspirados exclusivamente por las conveniencias públicas, dejando de lado cualquier interés personal. Ahora bien, ¿qué debemos entender por conveniencia pública? ¿Aquel que se aleje del puramente personal del funcionario, aquel que contenga el interés de la Administración únicamente, o aquel que contemple el bien común de la sociedad?; ¿o una combinación de todos?

Debe tenerse presente que, conforme con la ley 17.060, llamada Ley de Anticorrupción, se define al interés público como aquel expresado en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, de buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos (artículo 20 inciso 2°).

Por tanto, conforme a esta ley, parece ser que todo funcionario de la Administración debe desempeñar su cargo con preeminencia del interés de la satisfacción de necesidades colectivas sobre cualquier otro (tanto personal como del Estado propiamente dicho)⁴.

3 Rotondo Tornaría, Felipe "Manual de Derecho Administrativo". Edición Ampliada y actualizada. Ediciones del Foro. 2005. Pág. 66.

4 Sayagués Laso, Enrique, Ob. Cit. Págs. 302, 310 y 311.

No obstante lo anterior, es claro que los funcionarios públicos, por su carácter de tales y en virtud de la organización fundamentalmente centralizada y por tanto jerárquica de nuestra Administración, deben cumplir estrictamente las órdenes y resoluciones que emanen de sus superiores jerárquicos. Esto porque el principio de la obediencia es inherente a la centralización. Este deber implica que el funcionario deberá cumplir estrictamente las órdenes y resoluciones del jerarca a fin de la realización de la función pública.

A modo de ejemplo, el Digesto Municipal de Montevideo, en su artículo D50 dispone que *“los funcionarios contraen el deber general de obediencia a las órdenes que, en materia de su competencia, les imparten sus superiores jerárquicos. Dichas órdenes constarán por escrito, si de su cumplimiento debe quedar constancia, expedirse algún resguardo, o actuar por este medio ante alguna autoridad o particulares. Cuando las órdenes sean verbales, el funcionario sin perjuicio de cumplirlas debidamente, tendrá derecho a dejar constancia escrita de las mismas y de su cumplimiento. Podrá sin embargo, observar las órdenes de sus superiores jerárquicos en caso de ser manifiestamente ilegales. Si el superior insistiera, el inferior deberá cumplirlas. Si la orden fuera legal, el inferior podrá pedir que se le imparta por escrito”*⁵.

Sin perjuicio de la esencialidad de la obediencia en todo sistema centralizado, parecería lógico y hasta necesario que este deber de obediencia tenga límites. El problema se materializa a la hora de determinar cuales son estos límites que creemos tan fundamentales como el mismo deber de obediencia.

Existen posiciones doctrinarias divididas en lo que refiere al tema de la relimitación de los límites. Sin embargo, la doctrina predominante suele encontrarse en posturas intermedias entre las cuales se destacan:

- a) El funcionario solamente puede examinar la orden y negarse a cumplirla cuando tiene competencia legal para juzgar su legalidad;
- b) Es admisible desobedecer la orden si importa un delito o un acto inmoral; pero si adolece únicamente de ilegalidad debe cumplirse siempre;
- c) El deber de obediencia cesa cuando la orden implica una ilegalidad flagrante o cuando configura determinados delitos;
- d) La obligación de obedecer del funcionario tiene límites; pero no pueden establecerse normas generales, siendo necesario hacer distinciones según los casos⁶.

Mi opinión se encuentra dentro de las referidas posturas intermedias, las cuales entiendo recogen explícita o implícitamente valores éticos. No es tarea sencilla decidir cual de ellas consideramos la más acertada. No queda duda respecto del límite a la obediencia debida en el caso de la ilegalidad flagrante, delito o cuando el funcionario tiene capacidad y facultad de controlar dicha legalidad. Es relevante a efectos del presente trabajo la postura que manifiesta como límite de la obediencia debida a aquellos actos contrarios a la moral. Considero fundamental que el funcionario público, y con mayor especialidad los funcionarios técnicos, como lo pueden ser los asesores letrados del Estado, tengan no sólo la posibilidad sino el deber de desobedecer aquellos actos de los jefes que sean contrarios a la moral. En otras palabras, el funcionario que pueda desobedecer por inmoralidad o ilegalidad del acto de su superior será capaz de cumplir y ejercer su cargo en función del bien común e interés público.

Si uno de los deberes de los funcionarios públicos consiste en observar buena conducta civil y moral, mal podría un funcionario cumplir con una orden que imparten sus superiores de carácter inmoral, en la medida en que, no solo estaría actuando en contra de la moral (y en perjuicio del bien común, para lo que se creó su función), sino asimismo, estaría incumpliendo con otros de sus deberes legales estatutarios.

Esto se vincula en importante grado con la independencia técnica como una de las formas de la centralización de la Administración, que se desarrollará en el siguiente capítulo.

7. SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA E INDEPENDENCIA TÉCNICA.

Dentro de las modalidades de centralización, encontramos a la denominada independencia técnica del subordinado. Dice Méndez, citado por Rotondo⁷: *“el dictamen o consulta, en cuanto traduce un juicio, opinión y hasta consejo del inferior tiene necesariamente que emanar de una voluntad libre, esto es, no sujeta antológicamente, al poder de mando del superior (...) se trata de discrecionalidad en lo sustantivo o de fondo, en lo que es objeto de examen del consultado que no afecta el orden jerárquico. Dentro de los órganos activos esa discrecionalidad natural existe para órganos eminentemente técnicos.”*

5 www.montevideo.gub.uy/concursos/423_estatuto_del_funcionario.pdf

6 Sayagués Laso, Enrique. Ob. Cit. Págs. 313 y 314.

7 Rotondo Tornaría, Ob. cit., Pág. 68.

En definitiva, dentro de un sistema jerárquico, donde un funcionario público tiene de hecho el deber de obediencia respecto de su superior en la escala, existe la posibilidad y hasta necesidad de una voluntad libre, no predeterminada ni reglada de los funcionarios, que garantice tanto la libertad de expresión y pensamiento, como la justicia para los administrados, que no están sujetos (o no deberán estarlo) a la mera intención o interés del Estado, sino que pueden confiar en la independencia de aquellos que han sido puestos al servicio de la sociedad.

En suma, si no existiera la subordinación, habría anarquía; pero, si no existiera la independencia técnica, habría autoritarismo. Solo un buen equilibrio entre subordinación e independencia técnica garantiza la democracia, justicia y derechos de los administrados.

8. EL PROFESIONAL UNIVERSITARIO FUNCIONARIO PÚBLICO.

El profesional universitario puede, como es de costumbre, desenvolverse en el ámbito privado y desarrollar su profesión en éste. Sin embargo, todo profesional universitario tiene la posibilidad de escoger formar parte de la carrera administrativa y prestar sus servicios desde el Estado hacia la sociedad.

Conforme a lo anterior, el profesional universitario que escoja por la carrera administrativa, será, desde su ingreso a la Administración, un funcionario público como el resto, que deberá en todo caso ajustarse a las normas y estatutos generales.

Como veremos en los capítulos siguientes, el profesional universitario, usualmente calificable de funcionario técnico, y entre ellos los funcionarios públicos asesores letrados, si bien estarán sujetos a las órdenes de su jerarca, tendrán la independencia técnica como herramienta necesaria y fundamental a la hora de emitir opiniones libres.

9. EL ABOGADO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO, DIVERSOS ROLES:

a) Abogado patrocinante

El abogado funcionario público que asuma el rol de patrocinante será aquel que defienda al Estado, ya sea como parte actora o como parte demandada, tal cual lo haría con cualquiera de sus clientes privados. Esto es, como patrocinante del Estado, el abogado asume la defensa de los intereses de su cliente, en este caso el Estado, que deberán estar por encima de los suyos o de los particulares. Como suele decirse en la jerga, el abogado patrocinante del Estado deberá “ponerse la camiseta” conforme a los intereses de éste. Lo expresado sin perjuicio de la vigencia de los límites a la obediencia debida antes referida.

b) Abogado asesor o asesor letrado

El abogado asesor tiene una función muy distinta a la del patrocinante. Como lo indica su nombre este tipo de abogado asesora a su cliente, en este caso el Estado, durante el ejercicio de sus funciones, esto es, en el cumplimiento de aquellos cometidos que le fueran asignados.

El abogado asesor debe responder e intentar dar solución a aquellas dudas que se susciten en el desarrollo de la actividad pública, pero a diferencia del caso anterior, el abogado asesor no debe ya estar del lado del interés de su “cliente” sino explicarle a éste aquello que regula el derecho en el caso o situación concreta que le fuera solicitado.

10. LA INDEPENDENCIA TÉCNICA DEL ASESOR LETRADO Y SU RELEVANCIA

El asesor letrado, también funcionario técnico y público, tiene asimismo el deber de obediencia debida a sus superiores, pero en forma más atemperada, en virtud del contenido de sus obligaciones.

Como expresáramos, el asesor letrado tiene la obligación de informar a su cliente, el Estado, acerca de las cuestiones jurídicas que éste le consulte en el ámbito de sus funciones. No puede el asesor jurídico informar al Estado conforme a los meros intereses de éste sino que debe hacerlo en rectitud con la regla de derecho.

El asesor letrado del Estado, por tanto, puede y debe ampararse en la independencia técnica como herramienta que garantice la independencia de su opinión y saber técnico, por encima del interés personal del jerarca o del propio Estado.

Es más que relevante la necesidad de la independencia técnica del asesor letrado del Estado en la medida en que casi todas (por no decir todas) de las actitudes o decisiones con relevancia jurídica que tomará el órgano a través de su jerarca dependerán de la opinión del asesor interviniente. Y esta decisión afectará, ya sea para bien o para mal, a los administrados.

11. LA ÉTICA DEL ASESOR LETRADO: LA TUTELA DEL INTERÉS ESTATAL VS. LA APLICACIÓN ESTRICTA DEL DERECHO SEGÚN SU LEAL SABER Y ENTENDER. LA INDEPENDENCIA TÉCNICA COMO DEBER ÉTICO Y NO COMO MERA FACULTAD.

En múltiples ocasiones, el asesor letrado del Estado enfrenta la gran disyuntiva de seguir el interés del Estado, como su consultante, o de aplicar el derecho según su leal saber o entender. Muchas veces, ambos factores pueden ir de la mano, esto es, puede darse la situación, que el interés del Estado sea acorde al contenido de la norma aplicable al caso concreto. En este caso, no habría conflicto de carácter ético, en tanto el asesor puede cumplir con la norma según su leal saber y entender y asimismo, cumplir con el interés y aquello que busca su cliente, en este caso, el Estado.

El conflicto ético que queremos plantear, en cambio, se manifiesta cuando el interés que el Estado manifiesta al asesor letrado, en su carácter de consultante, es o bien manifiestamente contrario al derecho, o bien contrario al mismo en ciertos aspectos.

Como venimos de explicar, el asesor letrado de la Administración no cumple un rol similar al del abogado patrocinante de ésta, por el contrario, el asesor letrado debe cumplir el rol de un "juez" (en el sentido de que en su actuación debe predominar el juicio a la voluntad) a la hora de asesorar al Estado en el desarrollo de sus funciones, en términos de objetividad y estricta aplicación e interpretación de la regla de derecho.

Es por eso que entiendo que, a la hora de asesorar a la Administración, todo asesor letrado, si bien es un funcionario público sujeto a jerarquía y por tanto subordinación de la decisiones de su superiores, tiene no solo la oportunidad y derecho sino el deber moral de actuar según su conciencia jurídica y acorde a la norma de derecho según su leal saber y entender. En otras palabras, el asesor letrado de la Administración tiene el poder-deber de acudir y ampararse en la independencia técnica como modalidad de centralización jurídica siempre que entienda que el interés del Estado no sea armonizable con la norma de derecho. Esto en tanto, como asesor jurídico, debe asegurar que la norma de derecho prime sobre todo interés privado o público, aunque ese interés sea del propio Estado. De ahí a que entienda que el rol del asesor, a diferencia del patrocinante, sea similar al del Juez, esto es, aplicar la norma de derecho en forma objetiva e independientemente de todo interés personal.

12. LA TUTELA DEL INTERÉS ESTATAL A TODA COSTA: CONSTRUCCIÓN DE LA TESIS FAVORABLE A ÉSTE.

Sin perjuicio de lo que venimos de decir en el capítulo anterior, la realidad nos ha demostrado que en muchas ocasiones, los profesionales universitarios que ejercen su profesión desde la Administración, y por tanto actuando como funcionarios públicos, han adoptado la tesis favorable a la tutela del interés estatal en cualquier circunstancia.

Esta tesis pretende fundamentarse en la teoría de la centralización y el principio de la jerarquía. Esto es, quienes han adoptado el rol de defensor del Estado a toda costa, consideran que su deber de obediencia está por encima de la libertad técnica y hasta de la misma norma de derecho. No entienden a la independencia técnica como un deber ético sino como un mero derecho, al cual no tienen razones suficientes al cual acudir.

Las consecuencias del incumplimiento del deber de obediencia, atemorizan en forma tal a estos profesionales que son incapaces de ponerse en una postura objetiva y analizar si la norma de derecho es aplicable al caso o no, y en definitiva, cual es la situación más justa para el caso concreto, tanto para la Administración como para el administrado.

En suma, quienes defienden la postura del Estado a toda costa, sea ésta de acuerdo a la norma de derecho según su leal saber y entender o no, tienen su fundamento en la jerarquía y obediencia debida, olvidando que la independencia técnica es un poder-deber que ajusta a derecho al propio sistema, moderando el poder en aras del comportamiento ético de la Administración.

13. LA APLICACIÓN ESTRICTA DEL DERECHO: EJERCICIO OBJETIVO DEL CONOCIMIENTO EN ARAS DE LA SOLUCIÓN CORRECTA DEL CASO.

A diferencia de lo que se expresó en el capítulo anterior, existe una postura diversa respecto del rol del asesor letrado frente al interés del Estado, que puede ser contrario a la norma de derecho aplicable al caso en concreto.

Esta postura, que es la que entiendo correcta, supone la interpretación y eventual aplicación objetiva de conocimientos y las reglas de derecho, con la finalidad de alcanzar la solución correcta y la más justa para el caso concreto.

En esta situación, el asesor letrado como funcionario público, asume la calidad no ya de simple subordinado de la Administración, que debe cumplir a raja tabla aquello que su superior le ordena o espera de él, sino la calidad de un subordinado calificado que aporta sus conocimientos para ala adopción de la solución correcta, procediendo éticamente y acorde a derecho.

La opinión de un asesor letrado, en ningún momento debería verse viciada éticamente en aras de la tutela del interés del propio Estado. Sería una gran ironía que el propio Estado, regulador de todas las normas de derecho, y quien en definitiva debe velar por su cumplimiento en aras del fin social, sea quien perturbe y hasta vulnere la aplicación objetiva de la norma de derecho.

La misión del asesor letrado es ajustar a derecho el poder del Estado.

De ahí que la independencia técnica sea tan necesaria y hasta calificada como un deber ético. La independencia técnica es aquello que permite que el Estado no pueda violar o vulnerar la regla de derecho que él mismo crea.

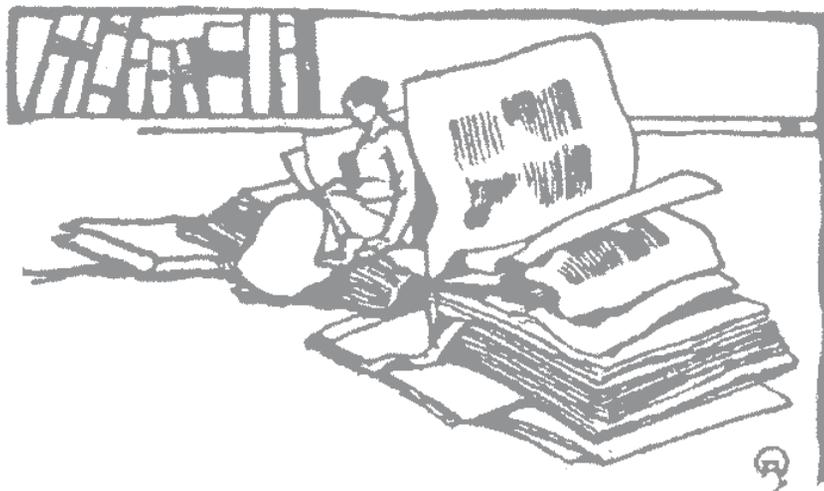
14. CONCLUSIONES

- a. El asesor letrado de la Administración puede adoptar dos grandes formas de actuar: o bien puede apegarse al interés del Estado y perseguirlo a toda costa, o bien puede perseguir la objetividad en la aplicación e interpretación del derecho, según su leal saber y entender.

- b. A la hora de tomar una u otra postura, será el deber y la conciencia ética de cada profesional universitario al servicio de la Administración el que determine su decisión. He aquí la importancia de los valores inculcados en la persona que trabaje para el Estado como asesor de cualquier naturaleza.
- c. La decisión que se tome, según una u otra postura es relevante desde diversos puntos de vista, en tanto involucra múltiples virtudes y valores de carácter público que afectan a toda la sociedad en su conjunto. Los valores que entran en juego, según se tome una u otra postura, son muchos y de diversa índole. Entre ellos, podemos mencionar la democracia, justicia, seguridad y hasta el propio Estado de Derecho.
- d. En línea con lo que expresara en la introducción, nuestra profesión tiene zonas grises en las cuales solo la reflexión ética señala el camino correcto. Del rigor consigo mismo depende el valor intrínseco del ejercicio de la independencia técnica. En el ejercicio del rol de asesor letrado existen infinidad de situaciones límite en las cuales la ética constituye factor determinante, ya no de la conclusión sino de la necesaria libertad para arribar a la misma. El presente nos muestra casos muy lamentables de informes complacientes, a la medida de los intereses del jerarca, facilitadores incluso de presión indebida para el cumplimiento de prestaciones debidas o incluso indebidas.
- e. La misión del asesor letrado de la Administración es ajustar a derecho el poder del Estado. De ahí que la Independencia Técnica sea tan necesaria y su ejercicio pleno sea calificado como un poder-deber ético.
- f. La conducta ética del asesor letrado es una herramienta fundamental del estado de derecho y la toma de conciencia por los abogados en ejercicio de la función pública como asesores letrados constituye una de las mayores garantías de los administrados.

15. BIBLIOGRAFÍA

- a. Etcheverry, Nicolás. "Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado". Universidad de Montevideo, Montevideo, año 2006.
- b. Rotondo Tornaría, Felipe "Manual de Derecho Administrativo". Edición Ampliada y actualizada. Ediciones del Foro. Año 2005.
- c. Sayagués Laso, Enrique. "Tratado de derecho Administrativo" t. I, 8ª edición, FCU, Año 2002.
- d. www.montevideo.gub.uy/concursos/423_estatuto_del_funcionario.pdf



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia” (por Lucía Corradi)

“Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración” de Carlos E. Delpiazzo (por Bárbara Dei-Cas Paiva)

“Protección penal de la propiedad incorporal en el Uruguay” de Martín Pecoy (por Andrés Hessdorfer)

“FACTORES Y CONTENIDOS DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA”

Simposio de Derecho de Familia. Universidad Montevideo, 2009.

172 págs.

Es un hecho el cambio que ha sufrido y vivido a lo largo de décadas nuestra sociedad; el concepto de familia y su respaldo legal no han sido ajenos. Este excelente y exitoso libro es una muestra fiel de dicha evolución. Realizado por prestigiosos colegas uruguayos como lo son **Walter Howard, Santiago Altieri, Carlos De Cores, Mabel Rivero de Aranchet, Ricardo Pérez Manrique, Salvador Fornieles** y por los célebres colegas españoles como **Isaac Tena Piazuolo, Silvia Gaspar Lera y Javier Ferrer Ortiz**; juntos hacen de este libro una magnífica obra la cual resulta imperdible para cualquier curioso de la materia.

El libro tiene como objetivo el análisis de tres importantes temas: las relaciones paternofiliares como consecuencia de una distorsión familiar; las uniones de hecho, no matrimoniales tales como la tan discutida unión concubinaría, entre otras; y la nulidad matrimonial.

Con respecto al primer tema; el Dr. Walter Howard (a quien tengo una gran admiración) nos escribe sobre “El interés del niño y adolescente en las crisis familiares”, tema sumamente reconocido en cuestiones donde se encuentran implicados los menores de edad, avalados íntegramente por la Convención Universal sobre los Derechos del Niño y por nuestro Código de la Niñez y Adolescencia.

El segundo trabajo de este mismo tópico fue realizado por el Dr. Santiago Altieri, titulado “El derecho del niño y del adolescente a ser oído”. Este tema está sumamente ligado al anterior, siendo avalado así mismo por la Convención y Código mencionado ut-supra.

El tercer y último trabajo de este evolucionado tema fue realizado por el Dr. Isaac Tena Piazuolo, titulado “La ruptura de la pareja con hijos. La opción por la custodia compartida”. Sin dudas, este texto resulta más que interesante dada la evolución de nuestro derecho de familia, como la misma en



el derecho de familia español, el cual se encuentra profundizado por el autor.

En respecto al segundo tema el Dr. Ricardo Pérez Manrique, nos escribe sobre “La Ley de Uniones Concubinarias N° 18.246: objetivos y realidad”; contenido fuertemente cuestionado por nuestra sociedad.

Asimismo, la Dra. Mabel Rivero de Aranchet nos escribe sobre los “Efectos personales y patrimoniales de la Unión Concubinaría”; que, junto con el trabajo realizado por Ricardo Pérez Manrique, se transforma en un muy interesante punto a revisar y examinar y nos ayudan a despejar y aclarar las dudas que genera la nueva normativa que circula en nuestros días.

Para culminar con tan cuestionado tema, la Dra. Silvia Gaspar Lera nos escribe sobre “Fundamento y utilidad de la regulación legal de las uniones no matrimoniales”. Sin dudas un tema más que interesante, ya que revela la realidad y los problemas de naturaleza patrimonial que conlleva dicho tópico en el Derecho español.

El último tema está destinado a las nulidades matrimoniales, en especial las basadas en el Derecho Canónico. El primer trabajo referido a esta materia es realizado por el Dr. Salvador Fornieles, titulado “La jurisdicción eclesiástica”, ésta es una incógnita

en el Derecho uruguayo, ya que la misma es casi desconocida por los juristas uruguayos, debido a la escasez de obras doctrinarias y jurisprudenciales al respecto.

Sobre el mismo tema, en un segundo trabajo, el Dr. Carlos De Cores escribe sobre "La prueba en los procesos de nulidad de matrimonio en el Derecho Canónico: análisis del principio de presunción a favor del matrimonio". Sin dudas este excelente trabajo junto con el anterior, nos nutren del limitado conocimiento que poseemos los abogados referido al mismo.

El libro culmina con el trabajo realizado por el Dr. Javier Ferrer Ortiz referido al "Poder o no poder querer el matrimonio: la capacidad matrimonial y su defecto". Dicho tema se refiere a la capacidad y el consentimiento de contraer matrimonio haciendo referencia al muy discutido canon 1095 del Código de Derecho Canónico.

En síntesis, el éxito y la calidad de tan prestigiosa obra merecen un homenaje (por quien suscribe) de esta índole.

Dra. Lucía Corradi Corbo

ESTUDIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Carlos E. Delpiazzo

Universidad de Montevideo, 2009.

94 Págs.

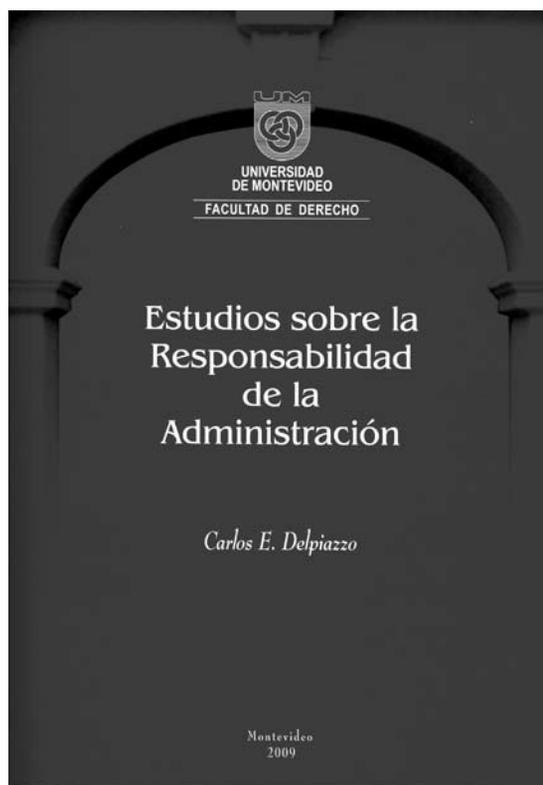
El Dr. Carlos E. Delpiazzo en esta obra ha querido reunir cinco trabajos inéditos, no accesibles en plaza, dados a conocer por distintos medios solamente en el exterior, y que al estudiar en ellos diversos aspectos sobre un tema de suma relevancia para nuestro Derecho, como lo es la responsabilidad del Estado, consideró de manera debida la pertinencia de actualizarlos y publicarlos en nuestro país.

De esa manera, se pretende contribuir con los operadores del Derecho a la hora de determinar la existencia y alcance de la responsabilidad estatal, con la finalidad de que nuestro país avance hacia un Estado de Derecho democrático y social más perfecto, en el que no haya reductos de irresponsabilidad y en el que los medios para hacer valer la responsabilidad estatal sean oportunos y efectivos.

La obra, se divide en seis capítulos, y en el primero de ellos, denominado **“A modo de Introducción”**, se enfatiza la vigencia actual del principio de responsabilidad del Estado como manifestación esencial del Estado de Derecho democrático y social, que aunque en la actualidad se considera en caída en el ámbito del derecho interno de cada Estado, por el contrario, en el derecho internacional, su recepción está en un constante aumento.

El segundo capítulo de la obra, examina el **“Alcance de la responsabilidad administrativa”**, con especial referencia a nuestro Derecho positivo, ya que se toma como punto de partida un trabajo publicado con el nombre de “Responsabilidad de la Administración en Uruguay”, en la Revista Iberoamericana de Administración Pública (Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003, N° 10, pág. 31 y sigtes.).

En el mismo, se estudia concretamente la evolución de la recepción del principio de la responsabilidad de la Administración en el Derecho nacional,



y en el comparado, su alcance y los criterios de imputación que la doctrina y jurisprudencia le han otorgado, la responsabilidad de los funcionarios públicos, así como los problemas actuales que aquel principio genera, tales como la responsabilidad por la ejecución de cometidos de la Administración por particulares, entre otros.

El tercer capítulo, titulado **“Criterios de imputación de la responsabilidad administrativa”**, contiene un trabajo publicado originalmente bajo el título de “Acerca de la imputación de la responsabilidad del Estado en el Derecho comparado actual”, en el Suplemento de Derecho Administrativo de la Revista “El Derecho” (Buenos Aires, 30 de marzo de 2000, Año XXXVIII, N° 9975, pág. 17 y sigtes.).

En dicho trabajo, se analizan con detención los diversos fundamentos que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional han atribuido a lo largo del tiempo a la responsabilidad patrimonial de las entidades del Estado, así como los diferentes criterios que en la actualidad se utilizan para justificar la imputación de la responsabilidad en el campo del Derecho público.

En el cuarto capítulo de la obra, destinado al estudio de los **“Medios para hacer valer la responsabilidad administrativa”**, se incluye parte de una conferencia inédita pronunciada bajo el título de **“Responsabilidad del Estado para con los ciudadanos de América Latina”** en un congreso internacional celebrado en el año 2006 en Curitiba (Brasil).

En este capítulo, se estudia con profundidad la importancia del control jurisdiccional de la actuación de los órganos públicos, en atención a la vigencia actual de los principios de justiciabilidad del Estado y de tutela jurisdiccional efectiva con sus distintas manifestaciones, entre las que se destaca el irrestricto acceso a la justicia a efectos de obtener una sentencia declarativa, de condena, anulatoria o reparatoria contra cualquier persona pública estatal, así como la posibilidad de imponer medidas cautelares contra el Estado, tanto en nuestro Derecho positivo como en el comparado.

Asimismo, se analiza la relevancia de la debida ejecución de las sentencias contra el Estado cualquiera sea su contenido, y para el caso de que la Administración no cumpla con lo dispuesto en ellas, se estudian las diversas medidas que el actor puede solicitar para obtener su efectivo cumplimiento.

El quinto capítulo se dedica al análisis de los **“Aspectos procesales de la responsabilidad administrativa”**, y se lo hace a partir de un trabajo publicado con el nombre de **“La justicia administrativa en Uruguay”**, en una obra colectiva denominada **“Justicia Administrativa”** (UNAM, México, 2007, pág. 147 y sigtes.).

En esta sección de la obra, se describe cómo se integra actualmente el sistema del control jurisdiccional de la Administración adoptado en nuestro país, los órganos que lo integran, así como las competencias específicas de cada uno de ellos.

A su vez, se estudia con detención ciertos aspectos tanto del proceso contencioso administrativo anulatorio como del reparatorio, tales como los sujetos que deben o pueden intervenir, el objeto, los presupuestos de admisibilidad del acto impugnado, del accionante y de la interposición de la acción, así como los de fondo, y las características propias de cada uno de tales procesos.

Finalmente, en el sexto capítulo se analiza la **“Extensión de la responsabilidad administrativa ante la huída del Derecho público”**, para lo que se considera el texto de una conferencia pronunciada con el título de **“La responsabilidad estatal ante la**

huída del Derecho Administrativo” en un congreso internacional realizado en el año 2008 en Santa Fe (Argentina).

Dentro de esta última parte de la obra, y considerando a la responsabilidad patrimonial del Estado como un principio general de Derecho, se estudia y fundamenta con detalle su vigencia ante el fenómeno conocido como **“huída del Derecho Administrativo”**, a través de ciertas soluciones de principios, positivas, y jurisprudenciales.

En definitiva, se puede visualizar que a lo largo de la obra el autor reitera la necesidad de vitalizar el principio de la tutela jurisdiccional efectiva como un instrumento fundamental e imprescindible de control de la actuación del Estado, evitando que éste se rija por el Derecho común y de esa manera, se logre la **“vuelta”** al Derecho Administrativo, a efectos de que toda actuación pública encuentre como límite infranqueable el respeto de los derechos fundamentales, el principio de juridicidad, y de responsabilidad del Estado.

Cabe destacar que el Dr. Carlos E. Delpiazzo, ha contribuido para alcanzar tales objetivos con su constante preocupación por reformar la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como de propiciar una reforma constitucional de la Justicia, a efectos no solo de que se amplíe el espectro de las medidas cautelares frente a la Administración, sino también, se especifiquen las facultades del juez para hacer cumplir los fallos contra el Estado, así como la creación de una magistratura especializada en Derecho Público, a la que se le dote de los medios jurídicos y recursos materiales necesarios para su debido funcionamiento.

A su vez, corresponde mencionar que la riqueza de esta publicación, está dada por resaltar y fundamentar la vigencia e íntima relación que existe entre el principio general de la responsabilidad del Estado con los de juridicidad y tutela jurisdiccional efectiva, así como su consideración como sustento del Estado de Derecho democrático y social.

En síntesis, se puede afirmar que a lo largo de esta obra, el autor destaca la idea de que en toda actuación de la Administración debe siempre considerarse a la **“centralidad de la persona”**, es decir, a la primacía en su dimensión individual, social, material y espiritual, así como a la **“servicialidad administrativa”**, ya que el respeto de la dignidad humana es y debe ser considerado un valor esencial, sagrado e inviolable.

Dra. Bárbara Dei – Cas Paiva

PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INCORPORAL EN EL URUGUAY

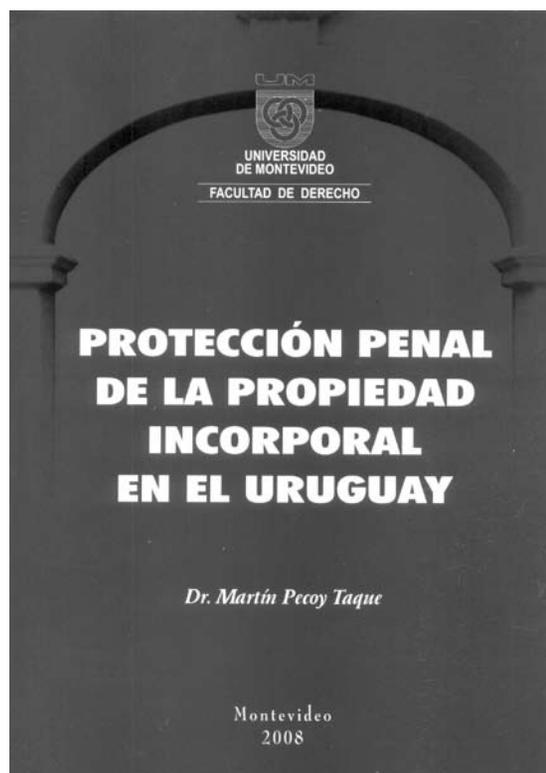
Martín Pecoy Taque
Universidad de Montevideo, 2008.
 181 págs.

El abrumador avance tecnológico de las últimas décadas ha influido, y seguirá influyendo, en todos los ámbitos de la sociedad. El derecho, naturalmente, no ha permanecido ajeno a este fenómeno y ha ido proveyendo, con mayor o menor acierto, soluciones para las nuevas situaciones que debían ser enfrentadas.

El surgimiento de nuevos bienes y derechos, conjuntamente con la aparición de nuevas maneras de violentarlos, fueron causa suficiente para la aparición de profusa normativa, tanto en los ordenamientos internos de cada estado, así como en el plano internacional mediante acuerdos multilaterales. En el Uruguay, la propiedad incorporal y su tutela han cobrado tal trascendencia que el legislador optó en numerosas ocasiones por protegerla con su último escudo defensivo, el Derecho Penal.

La cercanía en el tiempo de esta gran revolución tecnológica, así como su constante cambio, hacen de estas cuestiones temas de indiscutible actualidad. Por ello, y por la ardua tarea que implica estudiar una normativa sumamente dispersa, celebramos el impulso doctrinario del Dr. Martín Pecoy Taque, que con su *opera prima* "Protección Penal de la Propiedad Incorporal en el Uruguay" nos ofrece un trabajo que resulta de incuestionable interés académico y práctico, no solamente para los especialistas en materia punitiva, sino también para los estudiosos del derecho mercantil.

La juventud del autor constituye en la presente oportunidad una gran ventaja. El estudio de estos asuntos requieren, al humilde entender de quien estas líneas escribe, no solamente profundo conocimiento de la normativa, sino también una cabal comprensión del objeto de estudio. Ambos requerimientos confluyen en el Dr. Pecoy Taque, quien como integrante de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo siempre manifestó su interés en estas



cuestiones y que, a su vez, forma parte de una generación que convive con estos fenómenos de manera espontánea y natural desde tempranas edades.

La obra se divide en seis grandes capítulos, en los cuales se analiza de manera pormenorizada cada figura delictiva derivada de los temas que inspiran cada sección. Así, cada delito es analizado globalmente, para luego desmenuzar aspectos objetivos, subjetivos, verbos nucleares y pena correspondiente a cada caso. La metodología utilizada no solamente denota el profundo análisis realizado por el autor, sino que también es de gran ayuda al lector, pues pueden identificarse separadamente cada elemento configurativo de las conductas sancionadas por la norma.

Luego del prólogo de la Dra. Beatriz Bugallo, y una breve introducción del autor, da inicio el primer capítulo de la obra, "**Propiedad Literaria y Artística**". En el mismo se analizan la reproducción ilícita de obras, los dispositivos técnicos de protección de derechos de autor, la información electrónica para salvaguardar los derechos de autor y la reproducción ilícita sin ánimo de lucro o de causar perjuicio.

Seguidamente, el autor realiza un análisis del software, del fenómeno de internet, de los fonogramas y videogramas, las interpretaciones en vivo y la documentación infiel en soporte magnético. En los mismos se destaca, además de los conceptos generales que se esgrimen, la focalización que se hace de los mismos de manera tal de ser relevantes al objeto del capítulo.

El segundo capítulo tiene como *leit motiv* la “**Propiedad Industrial**”, estudiándose las marcas de fábrica y comercio a modo de introducción en el tema, para luego proceder con el estudio de figuras delictivas que sancionan diversas formas de atentar contra los derechos que surgen de la propiedad industrial. La primera figura que analiza es la usurpación de marcas registradas, para luego proceder con el rellenado de envases, el comercio de marcas adulteradas, las patentes de invención, las señales de televisión en régimen de abonados, la captación de señales exclusivamente para abonados, la realización de actividades necesarias para captar señal, los delitos contra los dispositivos técnicos de protección de la señal, el uso ilegítimo de las denominaciones de origen, finalizando la sección con el estudio de los nuevos cultivares.

En la tercera parte de la obra, “**Contrato de Arrendamiento**”, el autor se aboca a su estudio realizando una descripción del mismo, siendo digno de destaque el planteo crítico y el esfuerzo por justificar el régimen sancionatorio, acompasándolo con la naturaleza de *última ratio* del Derecho Penal.

El cuarto capítulo se titula “**Warrants y Depósitos en Garantía**” donde, bajo la metodología referida

anteriormente, se describe el tipo delictivo previsto en el artículo 21 de la Ley N° 17.781, analizando cada uno de los elementos contenidos en esa figura, así como la pena estipulada por dicha norma.

Un extenso análisis merecen todas las figuras relacionadas a los contratos de garantía sobre cosa mueble que permanecen en poder de su propietario en el quinto capítulo de este trabajo, “**Contrato de Prenda sin Desplazamiento**”. Luego de introducirnos en el tema, el autor estudia la figura de la ocultación o traslado de bienes prendados, el abandono de cosas prendadas sin desplazamiento, y la disposición de cosas prendadas o las prendas de cosas ajenas, todas contenidas en la Ley N° 17.228 de 7 de enero de 2000.

Por último, el autor nos ofrece sus conclusiones personales a modo de corolario, en el sexto capítulo, “**Reflexiones Finales**”. Ha de destacarse que lo planteado en esta sección excede el mero *racconto*, proponiéndose soluciones y alternativas para las deficiencias que el sistema tiene. Personalmente entiendo que un texto enriquece al lector cuando, luego de apreciar una realidad ajena a quien escribe, se realizan aportes y valoraciones para mejorarla, tal como sucede en el presente caso.

Por lo expuesto, recomiendo la lectura de esta obra, y auguro una extensa trayectoria doctrinaria al Dr. Pecoy Taque, que nos ofrece tan tempranamente una obra de destacables méritos.

Andrés Hessdörfer Rozen



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Tradinco S.A.
Minas 1367 - Montevideo - Uruguay - Tel. 409 44 63. Junio de 2009
D.L. 349-892/09. Edición amparada en el decreto 218/996 (Comisión del Papel)

www.tradinco.com.uy