



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Excelencia y servicio

DOCTRINA

DE LEZICA, María de todos los Santos

Dialéctica y Derechos Humanos

OLASO MARTINS, Francisco

La obligación o prestación característica

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Para una bitácora de síndicos e interventores concursales

NOGUÉS DURÁN, Solange

GARCÍA PARODI, Carolina

MARTÍNEZ CAPPETTA, Edgardo

PÉREZ MALVEIRA, Germán

BUZÓ DA SILVEIRA, Mariana

"Sistema de compras centralizadas en el Uruguay"

MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés

Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, Alina

Instrumentos públicos económicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marco de la crisis energética mundial y del cambio climático

DELPIAZZO, Carlos E.

Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009 de 19 de octubre de 2009. Considerando III. 8.

FORMENTO, Augusto y DELPIAZZO, José Miguel

Primer reconocimiento jurisprudencial del

bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas

INFORMACIONES

III Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano
Carreras de grado
Maestrías
Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

PEREIRA VECINO, Magdalena

Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

SANTO, Nicolás; DEVOTO, Matías; GÓMEZ, Lucía; ETCHEBARNE, María José; SORHUET, Sofía; ETCHEVERRY, Pilar; SOLÉ, Paula; PÍGOLA, Mauricio; FALCIONI, Martín; FERRAGUT, Nicolás

Desafíos del procesalismo iberoamericano ante la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

El estatuto jurídico del cigoto: ¿persona o cosa?

(de Santiago Altieri por Carlos E. Delpiazzo)

Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

(por Carlos E. Delpiazzo)

El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica. Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

(por Carlos E. Delpiazzo)

Acceso a la información pública: pilar fundamental del buen gobierno

(de Laura Nahabetián por Carlos E. Delpiazzo)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Excelencia y servicio

DOCTRINA

DE LEZICA, María de todos los Santos

Dialéctica y Derechos Humanos

OLASO MARTINS, Francisco

La obligación o prestación característica

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Para una bitácora de síndicos e interventores concursales

NOGUÉS DURÁN, Solange

GARCÍA PARODI, Carolina

MARTÍNEZ CAPPETTA, Edgardo

PÉREZ MALVEIRA, Germán

BUZÓ DA SILVEIRA, Mariana

"Sistema de compras centralizadas en el Uruguay"

MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés

Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, Alina

Instrumentos públicos económicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marco de la crisis energética mundial y del cambio climático

DELPIAZZO, Carlos E.

Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009 de 19 de octubre de 2009. Considerando III. 8.

FORMENTO, Augusto y DELPIAZZO, José Miguel

Primer reconocimiento jurisprudencial del

bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas

INFORMACIONES

III Jornadas de Derecho administrativo

iberoamericano

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

PEREIRA VECINO, Magdalena

Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

SANTO, Nicolás; DEVOTO, Matías;

GÓMEZ, Lucía; ETCHEBARNE,

María José; SORHUET, Sofía;

ETCHEVERRY, Pilar; SOLÉ, Paula;

PÍGOLA, Mauricio; FALCIONI,

Martín; FERRAGUT, Nicolás

Desafíos del procesalismo iberoamericano ante la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

El estatuto jurídico del cigoto: ¿persona o cosa?

(de Santiago Altieri por Carlos E. Delpiazzo)

Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

(por Carlos E. Delpiazzo)

El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica. Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

(por Carlos E. Delpiazzo)

Acceso a la información pública: pilar fundamental del buen gobierno

(de Laura Nahabetián por Carlos E. Delpiazzo)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Excelencia y servicio 7

DOCTRINA

DE LEZICA, María de todos los Santos

Dialéctica y Derechos Humanos 11

OLASO MARTINS, Francisco

La obligación o prestación característica 15

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo

Para una bitácora de síndicos e
interventores concursales 27

NOGUÉS DURÁN, Solange

GARCÍA PARODI, Carolina
MARTÍNEZ CAPPETTA, Edgardo
PÉREZ MALVEIRA, Germán
BUZÓ DA SILVEIRA, Mariana
"Sistema de compras centralizadas en
el Uruguay" 47

MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés

Legitimación activa por daños causados
por conductas anticompetitivas 67

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, Alina

Instrumentos públicos económicos para la
producción y el uso de biodiesel en Brasil,
en el marco de la crisis energética mundial
y del cambio climático 81

DELPIAZZO, Carlos E.

Nuevamente sobre soluciones posibles a los
problemas organizativos del contencioso
anulatorio 89

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N°
365/2009 de 19 de octubre de 2009. Considerando III. 8... 101

FORMENTO, Augusto y DELPIAZZO, José Miguel

Primer reconocimiento jurisprudencial del
bloque de constitucionalidad: concepto,
importancia, efectos jurídicos y perspectivas 101

INFORMACIONES

III Jornadas de Derecho administrativo
iberoamericano 117
Carreras de grado 119
Maestrías 119
Otras noticias de interés 120

TESINAS DE MASTERS

PEREIRA VECINO, Magdalena

Solución de controversias en la Asociación
Latinoamericana de Integración (aladi) 123

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

SANTO, Nicolás; DEVOTO, Matías;
GÓMEZ, Lucía; ETCHEBARNE, María José;
SORHUET, Sofía; ETCHEVERRY, Pilar; SOLÉ,
Paula; PÍGOLA, Mauricio; FALCIONI, Martín;
FERRAGUT, Nicolás

Desafíos del procesalismo iberoamericano
ante la judicialización de los derechos
económicos, sociales y culturales 151

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

El estatuto jurídico del cigoto:

¿persona o cosa? 175
(de Santiago Altieri por Carlos E. Delpiazzo)

Los principios en el Derecho

Administrativo Iberoamericano. Actas del
VII Foro Iberoamericano de Derecho
Administrativo 179
(por Carlos E. Delpiazzo)

El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica.

Actas del VIII Foro Iberoamericano de
Derecho Administrativo 181
(por Carlos E. Delpiazzo)

Acceso a la información pública:

pilar fundamental del buen gobierno 183
(de Laura Nahabetián por Carlos E. Delpiazzo)

MENSAJE DEL DECANO

Excelencia y servicio

Es común que en nuestros días y por estos lares, estas dos palabras se entiendan como enfrentadas y contrastables.

La excelencia suele interpretarse como síntoma de individualismo, insolidaridad, falta de juego en equipo, búsqueda personal de éxitos egoístas a costa de los demás.

El servicio, por oposición, sería para algunos, imagen de solidaridad, juego colectivo y conformismo con una impersonal insuficiencia que debe diluirse en un generalizado no destacarse demasiado y bajar las revoluciones para evitar problemas. Dentro de este marco la aspiración por la excelencia "no sirve" porque implica sobresalir, destacarse, hacer más y mejor las cosas, dejando en evidencia la chatura y la mediocridad.

En una hermenéutica más radical, se entiende al servicio como sinónimo de servilismo, al que nunca se debe tender, pues contradice nuestras raíces históricas más apreciadas, que nos identifican con el gaucho libre, rebelde y errante, sin ataduras ni límites geográficos, que no se ata ni se somete a ningún tipo de norma ni autoridad. Servir sería ser servil y serviles son los abyectos, los débiles y sometidos, los que soportan con pusilanimidad lo que los "excelentes" no deben soportar.

Y con este enfrentamiento de términos así estamos... Con estos enfoques dicotómicos se pierde de vista que la excelencia supone servicio y el servicio reclama la excelencia. El afán de superación y de mejoría constante no debe resignar el encuentro con el alter – el otro – en una permanente búsqueda de la complementación, de la cooperación y del servicio, base de una mínima convivencia que apunte a la solidaridad, la justicia y el bien común. Ser excelente por el mero hecho de sentirse satisfecho con uno mismo y colgarse simbólicas medallas en el pecho sería tan vacuo y fútil como hacerse trampas jugando al solitario. Tan absurdo como enamorarse del propio aplauso.

Por su lado, servir sin aspirar a lo mejor, a la excelencia, a la superación cotidiana y permanente sería tan pobre, mezquino y resignado como pretender hacer goles en arcos vacíos, desprovistos de arqueros y sin defensas que intenten evitarlos.

Lo que pretendo argumentar es que la excelencia implica una necesaria y bienvenida competencia. Las unificaciones, los monopolios sean del tipo que sean y las uniformidades sólo promueven conformidad, quietismo, resignación y son el primer estímulo para retroceder y rendirle culto a la mediocridad. La falta de competencia ahoga la necesidad de superarse y mejorar; sofoca y reprime la iniciativa y la creatividad tanto individual como colectiva. Induce a dejarse estar, hacer lo mínimo indispensable para "seguir tirando" y a no pensar en cambios ni mejoras; que esos cambios y mejoras los hagan otros, los que vengan después.



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
Teléfax: 2409 44 63 - 2409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 354.XXX / 10
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 IX (2010), Nº 18

No es posible entender el emprendimiento sin una indisoluble aspiración por la excelencia. Las iniciativas, los descubrimientos y las innovaciones son la lógica consecuencia de no aceptar el status quo, la grisura y la ley del "más o menos". Pero también conllevan y arrastran un sensato afán por servir a otros; una búsqueda de una mejoría personal combinada con una sensata y equilibrada aspiración por cooperar y complementarse con los demás.

Es por todo lo anterior que la fundamentación de los principios sustentados en el Código Iberoamericano de Ética Judicial recogidos en la Acordada 7688 de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país nos debería reconfortar y estimular significativamente. Porque recoge y combina los criterios de aspiración por la excelencia y el servicio por parte de los jueces y los demás auxiliares de la justicia sin excluirlos ni oponerlos. Los menciona en más de una oportunidad y los coloca como referentes imprescindibles para la inagotable y permanente búsqueda del bien común, entendido como conjunto de condiciones materiales e inmateriales que le permiten a un conjunto de personas, no sólo un mayor grado de bienestar - que sería algo - sino de felicidad, que es algo mucho mejor.

En realidad, esos principios no hacen más que reflejar lo que el sentido común debería mostrarnos todos los días; que la excelencia sin servicio sirve para poco y que el servicio, si no aspira a lo excelente, tampoco. Como decía C.S. Lewis, "no alcanza con hacer buenas obras; hay que hacer obras bien hechas". Esto es solidaridad bien conjugada y bien entendida; lo otro es solidarismo voluntarista...

Nicolás Etcheverry Estrázulas



DOCTRINA

DE LEZICA, María de todos los Santos
Dialéctica y derechos humanos

OLASO MARTINS, Francisco
La obligación o prestación característica

MARTÍNEZ BLANCO, Camilo
Para una bitácora de síndicos e interventores concursales

NOGUÉS DURÁN, Solange; GARCÍA PARODI, Carolina;
MARTÍNEZ CAPPETTA, Edgardo; PÉREZ MALVEIRA, Germán;
BUZÓ DA SILVEIRA, Mariana
“Sistema de compras centralizadas en el Uruguay”

MENDIVE DUBOURDIEU, Andrés
Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas

DIALÉCTICA Y DERECHOS HUMANOS*

MARÍA DE TODOS LOS SANTOS DE LEZICA^{1**}

Trataré acerca de los derechos humanos desde una perspectiva dialéctica atendiendo al uso que de ella hace un iusfilósofo italiano contemporáneo, Francesco Gentile, en especial para aludir a la fundamentación de estos derechos. Cabe aclarar que este método dialéctico exige partir de la consideración de las semejanzas y diferencias de las cosas que tienen entre sí algo en común, pero aquí nos limitaremos sólo a lo que nos parece más relevante y más fácil de poner en evidencia, porque el tema es muy amplio y exigiría mayores consideraciones de las que nos permite este apartado.

Comenzamos distinguiendo en este tema -central desde el punto del ordenamiento jurídico-político-, entre las modernas declaraciones² de los *derechos humanos* y los documentos como el Bill of Rights de 1689³ o la Carta Magna inglesa de 1215⁴. No deben ponerse en el mismo plano y mucho menos de la que constituyó una verdadera declaración con gran connotación jurídica, como fue la *Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América de 1776* que contenía la declaración de derechos de Virginia, primera declaración considerada moderna. Mientras la última denota una ruptura radical de la tradición inglesa y se sustancia con un protocolo que asume de modo arbitrario⁵, -el hombre en el hipotético estado de naturaleza- que considera evidente e irrefutable y, en la que los mismos derechos aparecen como protocolos evidentes en sí mismos a partir de los que se pretende deducir el ordenamiento de las relaciones entre los particulares; la *Carta Magna* o el *Bill of Rights* se limitaron a confirmar o -a lo sumo- a interpretar en la continuidad institucional un derecho preexistente radicado en la comunidad a través de la costumbre inveterada. Esta primera diferencia nos lleva a plantearnos el interrogante de si las declaraciones proclaman cosas que tienen valor en sí mismo y cuyo alcance va más allá de los límites por ellas establecidos o si, por el contrario, la obligación del respeto por los llamados *derechos humanos* se funda y surge del solo hecho de estar contemplados por dichas declaraciones. Recordemos que la Carta o Declaración de derechos, redactada en 1689 por el Parlamento inglés fue impuesta a Guillermo de Orange con el propósito principal de recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas o notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II), y lo que nos interesa destacar de ésta es lo que establecía: “*En realidad, todas las declaraciones de los derechos ingleses, aun cuando establecen derechos de los individuos, no tienen un carácter innovador o, más exactamente, creativo. Ellas se limitan a confirmar, o a lo sumo a interpretar en la continuidad institucional, un derecho preexistente radicado en el ámbito de la comunidad mediante la costumbre*”⁶. No es el caso de la Declaración de 1776⁷, a partir de la cual los derechos humanos parecen multiplicarse vertiginosamente y que parece más una declaración de guerra que otra cosa. Sin dudas, ésta como otras tantas declaraciones, como la de 1789, por ejemplo, tuvieron que

1 ** Abogada y Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de la Universidad Católica Argentina. Traductora Pública en idioma italiano.

2 Entre otras, la *Carta africana de derechos humanos y de los Pueblos*, proclamada en 1981 por la Organización para la unidad de África, que recogía principios de la Declaración Universal de 1948 de la ONU (como el derecho de libre determinación de los pueblos o del deber de los Estados de eliminar toda forma de explotación económica extranjera). Las *declaraciones de Túnez y de Bangkok* de 1993; la *Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam*, etc.

3 La Carta de derechos o Declaración de derechos (en inglés *Bill of Rights*) es un documento redactado en Inglaterra en 1689, que impuso el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo.

4 La Carta Magna inglesa fue redactada por primera vez en 1215, pero en 1225 pasa a ser ley de Inglaterra y a ser conocida con este nombre.

5 Sin reflexión filosófica o sin problematización.

6 Vid. FRANCESCO GENTILE: *Politica autonomía/et statistica*, op. cit., pág. 158.

7 Señala GENTILE que esta declaración evidencia la radical ruptura de los Estados Unidos con la tradición jurídica inglesa: “*Lamentablemente ellos (los ingleses) fueron sordos a la voz de la justicia y de la sangre y nosotros debemos resignarnos a la necesidad de proclamar nuestra separación*. Al lado de un reclamo natural de la sangre común -sostiene Gentile-, o sea de la comunión de estirpe y tradición, se expone la referencia a una justicia separada de toda tradición y de todo específico ligamen natural, que introduce un nuevo elemento político-jurídico, distinto y en ciertos aspectos extraño a la costumbre y a su reconocimiento institucional. Y por otra parte se enuncia una distinción particular, cargada de consecuencias imprevisibles, entre los hermanos de sangre, a quienes se dirige para un último entristecido abrazo, y por el contrario, el Parlamento, contra quien se impugna duramente su actuar; como si él, que personifica lo *público*, no tuviera nada que ver con aquellos, los hermanos ingleses, que personifican lo *privado*” (FRANCESCO GENTILE: *Politica aut/et statistica*, op. cit., pág. 159).

ver con una guerra⁸ de secesión o de independencia, mayormente ideológica. Pero –según lo señala Gentile–: “la novedad notable y fundamental de la declaración estadounidense es la de la fractura con la comunidad de origen, en tal sentido definible como *natural*, y para justificarla, se recurre a la referencia a un derecho absoluto, ilimitado pero virtual, como es el del hombre mismo, como individuo, en el hipotético estado de naturaleza. Allí encuentra su primera aplicación institucional el canon de Rousseau sobre la peculiar distinción entre *hombre* y *ciudadano*, inconscientemente, *privado* y *público* se encuentran enfrentados, extraños y en guerra, sobre la base de los protocolos de la moderna geometría político-legal”⁹.

Antes de seguir adelante, conviene señalar que el método utilizado por Francesco Gentile, la *Dialéctica*, supone una aporía, propia de todo argumento dialéctico. Ahora bien, esta aporía, más que a una tensión, lleva a la contradicción irresoluble en la que incurre el pensamiento que se analiza. De allí que *a-poría*, significa la *ausencia de la capacidad de salir de un camino engorroso, es estar en un callejón sin salida*. Es decir, la aporía misma se presenta como una *contradicción* de la que no es posible escapar. Contradicción que precisamente es la denuncia de estar encerrado en *aporía*. Pero la contradicción es siempre algo inherente a una posición lógicamente insanable. El carácter contradictorio no le viene de fuera, no es transitivo, no supone la oposición de dos opiniones contrarias ni el rechazo de una de ellas. Hay entonces dos cosas: la evidencia de la *contradicción* a la que se arriba o en la que se encierra y la necesidad de buscar otro *camino* para salir de ella¹⁰.

En el caso que nos ocupa, una primera contradicción se manifiesta claramente cuando en las declaraciones que buscan ‘crear’ derechos, el formalismo se extralimita y por ello mismo, pierde sentido. En efecto, se pretende definir por escrito el completo conjunto de derechos –inviolables, fundamentales, humanos- que posee el hombre. Al ponerlos por escrito se pretende darles un valor constitutivo de juridicidad. ¿Pero cómo puede “constituirse”, en el sentido de *dar nacimiento*, algo que se enumera o cataloga? Puesto que sólo se puede enumerar una cosa en la medida en que se la reconozca como ya existente en sí antes de su enumeración.

Pero si la contradicción se pone tan patentemente en evidencia con relación a la forma de las declaraciones de los derechos humanos, todavía más evidente resulta si consideramos su contenido, y su pretensión de tutela por parte del Estado. El problema es todavía más profundo...

Partiendo del carácter paradójico del nombre *derechos humanos*, como si pudieran existir derechos inhumanos, Gentile se propone analizar cuál es el sentido por lo que estos derechos son llamados *fundamentales*: ¿Por aquello sobre lo que se fundan? o ¿por aquello a lo que son llamados a fundar? Los derechos humanos son llamados *fundamentales* porque constituyen el fundamento del conflicto que surge en el pueblo con relación a su gobierno, cuando éste es ejercido por el Soberano cuya *auctoritas* se funda no en la verdad, sino en la ley entendida como mero acto de su voluntad, porque *auctoritas non veritas facit legem*. Los *derechos fundamentales* parecen surgir, entonces, a modo de defensa de los súbditos para sustraerse al abrazo sofocante del legislador soberano. Y se evidencia, entonces, que los llamados *derechos humanos*, no son tales por ser propiamente humanos, o mejor, por estar referidos a la naturaleza humana entendida como esencia del hombre y modelo orientativo del comportamiento de cada hombre, sino simplemente por tratarse de protocolos indiscutibles, dogmáticamente afirmados, a partir de los cuales se deducen con rigor matemático, un conjunto de reglas operativas, cuyo valor depende de su *efectiva obligatoriedad* y de estar encerrados o definidos en una declaración. Es decir que frente a la necesidad de los súbditos de impedir ser en todo avasallados, el soberano, maliciosamente los introduce en su sistema jurídico. Y de este modo no hace más que debilitar sus efectos y asegurarse poder disponer de ellos según su conveniencia, ya que toda ley puede ser modificada por voluntad del soberano. La tutela de los derechos del hombre no es otra cosa más que la contra cara de sus declaraciones.

A menudo se llama a estos derechos *inviolables*, una banalidad considerado desde el punto de vista de los súbditos porque para el súbdito todo derecho sancionado por la ley del estado es inviolable; una falacia considerado desde el punto de vista del soberano puesto que por su voluntad todo derecho puede ser alterado y, en consecuencia, ningún derecho es propiamente inviolable.

De modo que más allá de la ideología subyacente en cada una de estas declaraciones, ellas surgieron, paradójicamente como una oposición al absolutismo jurídico, al monopolio del Soberano, como la negación

8 “En un caso como en otro, haciendo referencia de modo ambiguo a los derechos definidos humanos porque se refieren al individuo en el hipotético estado de naturaleza, que *no existe, tal vez no ha existido jamás, probablemente no existirá nunca pero del que todavía es necesario tener una justa noción para juzgar convenientemente nuestro estado presente*” (Francesco Gentile, ídem, pág. 159).

9 Idem.

10 Cfr. mi trabajo sobre *La noción de aporía en Francesco Gentile. Mayéutica y Dialéctica*, de próxima publicación en la Revista *Intus-Legere*.

a aceptar que el derecho quede reducido a la ley del Soberano y a un instrumento de su poder, al punto de poner en duda la máxima hobbessiana de que *auctoritas non veritas facit legem*.

Pero revisemos tres puntos que señalan mejor la encrucijada a la que va a encerrarse el pensamiento jurídico-político *more geométrico* moderno, o *geometría político-jurídica* -como lo llama Francesco Gentile-, precisamente en el lugar donde ésta pretende tener operatividad, en la práctica. Estos puntos son: 1) quién es el titular de los derechos humanos; 2) quién está obligado a respetarlos y 3) quién es competente para dirimir en los eventuales conflictos suscitados entre los titulares de los derechos y los obligados a respetarlos.

Empezando por el final, dado que ya lo hemos adelantado, las declaraciones no son más que reivindicaciones de los particulares respecto de su gobierno, dada la relación conflictiva que surge entre el Estado y el individuo. Pero es precisamente el mismo Estado, gestor de poder y quien debe ser el Garante de los derechos de las personas, su potencial violador. En efecto, con la excusa de tutelarlos, el soberano les da un valor meramente formal -el texto preciso de la ley- al introducirlos en la normativa vigente y encierra en una única fuente de derecho todo lo relativo al patrimonio jurídico de los súbditos. El propio Garante de los derechos humanos aparece a la vez como su potencial violador. De nuevo, una contradicción. Y todavía más, atendiendo a la forma de gobierno adoptada, los obligados serían tanto el Gobernante, como el pueblo, dependiendo de quién gobierne.

Sucede que el verdadero problema es el de la *autoreferencialidad del poder político y jurídico del Estado*. Y para resolverlo, se pensó en la recurrerencia a un ente supranacional, distinto tanto de los titulares de los derechos como de quienes están obligados a respetarlos. Produciéndose de este modo la 'internacionalización' de los derechos humanos. Y así surgió, por ejemplo, un organismo como fue el de la Sociedad de las Naciones. Claro que para que este organismo tuviera jurisdicción sobre los estados 'soberanos' era necesario previamente acordar por parte de cada uno de ellos su voluntad de someterse a dicha jurisdicción. Con lo cual, bastaba que el Estado violador de los derechos humanos se negara a subordinarse a dicha jurisdicción para que quedara frustrada toda posibilidad de tutela.

Pero detengámonos un poco más en el primer punto, todavía más confuso, de la figura del titular de estos derechos. Puesto que si afirmamos sin más que es el *hombre*, dado que el nombre *-derechos humanos-*, pareciera indicar su titularidad de modo exclusivo, se nos presenta otro problema. La dificultad radica en que no todos entienden lo mismo por *hombre*. Para Hobbes, Locke y Rousseau no es lo mismo el hombre en el estado de naturaleza y el hombre en sociedad, a punto tal que aún cuando estos derechos reciben el nombre de *humanos*, no sabemos bien con referencia a qué son humanos, puesto que estos pensadores parten de postular una tajante separación entre *derecho* y *naturaleza*. Para ellos lo natural es tener derecho a todo, pero el vivir en sociedad que exige el respeto de los derechos de los demás que son también hombres, impone una limitación que atenta contra la naturaleza conflictiva del hombre y su insana destrucción. A simple vista tenemos dos hombres distintos, uno, el del estado de naturaleza; otro, el que habita en la comunidad política, el ciudadano. ¿Qué derechos hay que respetar entonces? y ¿cuáles son más humanos? o al menos ¿humanos? Y aquí se nos plantea otra aporía: ¿el titular de los derechos humanos es el hombre o el ciudadano?; ¿o el hombre pero el del estado de naturaleza? Si fuera el *citoyen* al que alude Rousseau, no se podría alegar la violación de los derechos a los que él mismo renunció en favor del Estado Soberano, única fuente del derecho.

Ahora bien, si el titular fuera el hombre del estado de naturaleza, el problema sería todavía mayor. Porque según los teóricos del estado de naturaleza, en esa instancia el hombre tenía derecho a todo, de modo que ¿cómo pretender que alguien ha lesionado un derecho si le está permitido hacerlo para granjearse su propio beneficio? ¿A quién acudir si todos tienen derecho a todo?

Y es que no basta con afirmar que el titular de los derechos del hombre sea el mismo hombre porque según se lo entienda en uno u otro modo tendrá derecho a algo; pero en otro sentido, carecería de lo que en otro estado poseía.

Ante esta circunstancia, sólo cabe afirmar que las declaraciones de los derechos humanos operan como instrumentos de propaganda para ocultar la "autoreferencialidad" del poder soberano.

Parece, a todas luces evidente, que la pretensión de enumerar los derechos humanos, de ponerlos por escrito, responde a una insatisfacción de la *geometría político-legal* moderna, o del pensamiento jurídico-político *more geométrico*, de que el soberano dispusiera libremente y sin ambages de los *derechos fundamentales* de los hombres. La necesidad de declarar ciertos derechos de alguna manera inviolables surge precisamente cuando se asume que el ordenamiento jurídico es el producto de la voluntad de aquel sujeto autorreferencial que es el soberano. Es decir, en el mismo momento en que se afirma que la única fuente del derecho es la voluntad del soberano que se impone, en ese mismo instante surge también la necesidad de garantizar los derechos de las personas que estarían o deberían estar sustraídos a la arbitraria disponibilidad del soberano. De modo

que paradójicamente, la referencia a los derechos humanos bajo este aspecto surge como algo positivo, dado que muestra su irrenunciable reducción a la voluntad del poder de turno y por ende, la reacción del hombre contra la pretensión de reducir el derecho a un mero instrumento de control del soberano y las normas a un acto de su voluntad.

De este modo, el mismo método dialéctico que nos ha permitido mostrar cómo el pensamiento geométrico queda encerrado en aporía, nos impulsa por último a recurrir a una instancia más profunda, a una instancia fuera del orden jurídico-político establecido, aquella instancia que precisamente es la más fundamental porque es la que le da verdadero sentido al ordenamiento.

Pero ¿dónde encontrar el fundamento de los derechos fundamentales? Porque si miramos al hombre del moderno ordenamiento jurídico-político, no hacemos más que ver a un hombre por todas partes vulnerado. Porque debiendo renunciar a su hipotético estado de naturaleza, se ve obligado a una vida parcial, a una vida con limitaciones y renunciadas, no obstante haber pretendido constituir al Estado sin el sacrificio de la libertad del individuo. Claro, entendiendo en sentido disgregante y excluyente la aparente oposición entre *autoridad y libertad*. Y con las declaraciones de los derechos humanos el Estado no ha hecho más que ahondar esta circunstancia, mostrando por un lado a un hombre por todas partes vulnerado y lleno de limitaciones y por otra a un soberano *legibus solutus*.

Creemos entonces evidente que no se puede comprender el significado de las llamadas *declaraciones de los derechos del hombre* sin reflexionar sobre su matriz cultural que parte de la más radical separación entre *derecho y naturaleza*. Y yendo todavía más lejos, pretende hacer valer en la sociedad, las condiciones del estado de naturaleza. Es evidente que estos “derechos” lejos de aludir o referirse a la naturaleza humana, entendida como esencia del hombre, constituyen la perspectiva operativa de la geometría político-legal y obran como *protocolos indiscutidos*, afirmados de modo dogmático y a partir de los que se deducen toda una serie de consecuencias en modo riguroso. Su valor radica en su efectividad para imponerse. Pero si los derechos del hombre son los derechos del estado de naturaleza, está claro que no puede ejercerlos en la sociedad civil, puesto que ésta *-geoméricamente hablando-* constituye un límite a esos *derechos* para hacer posible la convivencia humana. Porque si el hombre es librado al ejercicio de su libertad absoluta, teniendo derecho a todo, no podría vivir ya que es un ser incapaz de orden. De modo que con estas declaraciones, al mismo tiempo que el Estado moderno se obliga a garantizar los derechos del estado de naturaleza, se constituye en único árbitro de los límites y del goce de éstos por parte de los súbditos. De nuevo, un contrasentido.

Resulta entonces claro que el verdadero fundamento de los *derechos fundamentales* hay que buscarlo en el propio hombre. Tal como lo señalara su Santidad Benedicto XVI¹¹ en su diálogo con Habermas del 2004, cuando todavía no era Papa: “*Estos derechos, último elemento del derecho natural -; que en la actualidad se denominan derechos humanos, no pueden comprenderse sin el presupuesto de que el hombre como hombre, simplemente con motivo de su pertenencia a la especie humana, es sujeto de derecho, que su mismo ser porta consigo valores y normas, que deben encontrarse, pero no inventarse*”.

Con lo cual se termina de evidenciar que el equívoco en el que se fue a colocar la geometría legal se supera abandonando el presupuesto individualista. De este modo los fundamentos se los coloca en la naturaleza social del hombre. No por nada, -señala Gentile- “en el momento en que se establecen las bases teóricas para la afirmación del estado moderno, es decir, del estado libre de condicionamientos de naturaleza religiosa, moral o metafísica, del estado autosuficiente y autorreferencial, del Estado soberano, fuente única y exclusiva de la justicia y de la verdad, precisamente entonces se manifiesta de modo prepotente e irrefrenable la exigencia de aludir a un orden ulterior, a un derecho ‘del hombre’ o *derechos humanos*, para significar su ser, y su valer, anterior al derecho ‘del estado’. (...) Sería un error no evidenciar el significado profundo de la exigencia insatisfecha que está en el fondo de las declaraciones y de la intuición positiva que llevan implícita. Y para corresponder a ella de modo conveniente y fructífero es necesario abandonar las geometrías artificiales de la concepción científica del ordenamiento político y ocuparse más bien en la confrontación dialéctica de las razones por las cuales todos advierten la exigencia de reconocer y respetar el derecho del hombre en tanto hombre, razón que sólo una problematización radical de la experiencia, como es la propiciada por la filosofía, está en condición de iluminar”¹².

11 J.RATZINGER, *Ciò che tiene unito il mondo* in J.RATZINGER-J.HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Morcelliana, Brescia 2005, pp. 51-52.

12 FRANCESCO GENTILE: *Politica aut/et statistica*, op. cit., pág. 168.

LA OBLIGACIÓN O PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA

El Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales Financieros Con Especial Referencia al Mutuo Internacional y al Depósito a Plazo Fijo Bancario

FRANCISCO OLASO MARTINS

I

OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

El presente trabajo se propone analizar de cerca el concepto de “obligación tipificante”, también denominado “obligación o prestación característica” en los contratos internacionales financieros.

En nuestro país, al margen de regulaciones específicas, las normas madres sobre contratos internacionales se encuentran en los artículos 32 a 39 y en los artículos 36 a 43 de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 respectivamente. Dichos Tratados regulan la mayor parte de los contratos con elementos de extranjería que se resuelven desde la óptica del Derecho positivo uruguayo; en primer lugar, porque los Estados-Parte de dichos Tratados (Bolivia, Perú y Colombia -Tratado de 1889-, Argentina y Paraguay -Tratado de 1940-) mantienen una posición geográfica muy próxima con nuestro país, lo que naturalmente influye en los intercambios de bienes y servicios; y en segundo lugar -y esta razón es sensiblemente más relevante que la primera-, porque nuestra principal norma de conflicto interna que regula la materia, **el artículo 2399 del Código Civil**,¹ se remite a las soluciones previstas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889. Por esa remisión, el contenido de los artículos 34 a 38 del Tratado de 1889 opera como fuente material de nuestro principal sistema de conflicto interno en sede de contratos internacionales.

De acuerdo al artículo 2399 del Código Civil “*Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.*” Si bien la categorización del Legislador del Código Civil es más amplia (“acto jurídico”), es claro y pacíficamente admitido que es ésta la norma aplicable a los contratos internacionales (“*Los contratos internacionales están regulados en forma general dentro de una categoría más amplia, ‘actos jurídicos’, prevista en el artículo 2399 del Apéndice del Cód. Civ...*”).²

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 (en adelante, también denominado, el “Tratado del 89”), consagra en los artículos 34 a 38 una serie de criterios que permiten determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales. El “lugar de cumplimiento” de los contratos se deberá identificar utilizando los criterios en cascada que se enuncian a partir del artículo 34 del mencionado Tratado. Los artículos aludidos prevén que: “*los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados. Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración. Los que versen sobre prestación de servicios: (i) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; (ii) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos; (iii) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato [subrayado nuestro]*”.

Como se habrá podido apreciar en la lectura de las normas transcritas parcialmente, el tratadista utiliza en reiteradas ocasiones el concepto “*domicilio del deudor*” como punto de conexión -para las categorías “bienes fungibles” y “determinados por su género” y como criterio residual en sede de servicios-. Cabe preguntarse entonces, a qué deudor se está refiriendo cuando se está ante un contrato sinalagmático en el que, natural-

1 Artículo 2399.- Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.

2 Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Diego Fernández Arroyo (Coordinador) y AAVV, Ed. Zavalia 2003, pág. 1018.

mente, existen dos obligaciones que integran la causa funcional del contrato, y en consecuencia, existieren también dos partes deudoras cada una de su prestación correspondiente.

La doctrina y jurisprudencia son unánimes en sostener que cuando la norma se refiere a “deudor” se está refiriendo al deudor de la prestación “tipificante”, “característica” o “caracterizante” del contrato. Dicha conclusión posee sus orígenes en la cátedra del Dr. Gonzalo Ramírez y fue desarrollada, también, por la jurisprudencia Suiza habiéndose instalado -a la fecha- en forma incuestionada en la conciencia de la doctrina y jurisprudencia nacional. En el proyecto-ley (artículo 9º) de lo que luego derivó en el actual artículo 2399 Cod Civ, el Dr. Vargas Guillemette había propuesto como redacción original la siguiente: “*Los actos jurídicos se rigen en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de cumplimiento. (...) En el caso de contratos con distinto lugar de cumplimiento, rige la ley del lugar donde se cumple la obligación que lo caracteriza.*”. Si bien es cierto que dicha redacción no es idéntica a la del Tratado del 89 ni a la del 2399 del código, no es menos cierto que la intención de Vargas Guillemette era la de reflejar lo más fielmente posible en las normas internas, la filosofía y política que reinaba en el ámbito académico. Pues Vargas Guillemette tomó las enseñanzas de los catedráticos Varela y Ramírez -decisivas en la elaboración de los “Tratado de Derecho Civil de Montevideo”- con el objetivo de mantener la homogeneidad entre las normas de Derecho Internacional Privado internas y supranacionales. Lo manifestó de esta manera: “*Cuando el suscrito presentó su programa de trabajo para optar a la Cátedra de Derecho Internacional Privado, sostuvo que debía ser tarea del que la regenteara, la de propiciar y obtener la modificación de nuestra legislación particular, en la parte que dice referencia con las soluciones de aquella rama del derecho.*

“*Constituyó evidentemente una laguna en la obra admirable del doctor Gonzalo Ramírez, que orientó la redacción de los Tratados de Montevideo de 1889, la de no haber pugnado porque los principios en ellos sustentados se incorporasen como solución de los problemas de carácter internacional que la vida de relación universal plantea, a la legislación particular de nuestro Estado. (...)*

“*Es pues, necesario que nuestra legislación local contenga los principios sustanciales para resolver los conflictos de leyes, ajustándose al criterio que orienta nuestra doctrina de Derecho Internacional Privado*”).³ Luego, en el avatar de la discusión parlamentaria, se optó por la redacción de la norma vigente, pero ello no fue obstáculo para que uniformemente doctrina y jurisprudencia interpreten que cuando el Tratado del 89 refiere a “domicilio del deudor”, está aludiendo al deudor de la prestación u obligación característica (“*En materia de contratos o actos jurídicos, el proyecto, tomando también la sustancia del ordenamiento contenido en los artículos 32 y siguientes del Tratado de Montevideo, establece que ellos se rigen por el lugar de cumplimiento, por la ley del lugar en que se cumple la obligación que lo caracteriza.*”).⁴

Constantemente el profesional del Derecho se enfrenta a la tarea de indagar cuál es la prestación característica en tal o cual contrato. Muchas veces la cuestión se resuelve recurriendo al sentido común; por ejemplo, no existe duda que cuando se trata de una compraventa, la prestación característica o tipificante es la de entregar la posesión de la cosa objeto del contrato; a dicha conclusión se arriba hasta por la senda de la “intuición jurídica”. Pero, la forma intuitiva en el conocimiento jurídico, si bien puede resultar muy útil como un primer paso no verificado del saber, no puede servir de argumentación y fundamentación de premisas o juicios. En un ejemplo tan trillado y superado como el del contrato de compraventa puede que la disertación pierda interés práctico. Sin embargo, cuando se intenta buscar un criterio general en entramados contractuales modernos y complejos se suele flaquear si se vale exclusivamente del saber intuitivo. Ese titubeo o precariedad de técnica, naturalmente posee el riesgo de derivar en conclusiones arbitrarias -inseguridad-, intolerable en la ciencia del Derecho por ser la arbitrariedad el anti-valor de lo jurídico por antonomasia.⁵

Planteamos, pues, como hipótesis de trabajo en este breve artículo, el analizar si existe un patrón o patrones objetivos que permitan identificar en un contrato cuál constituye la prestación característica o tipificante. Obviamente, para que dicho patrón de trabajo sea *objetivo* deberá estar dotado de su correspondiente fundamentación teórica.

3 Exposición del Dr. Álvaro Vargas Guillemette; en Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado; Casa de Barreiro y ramos SA 1943; pág. 9 y ss.

4 Informe de la Comisión de la Cámara de Representantes de fecha 2 de junio de 1941 en Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado; Casa de Barreiro y ramos SA 1943; pág. 20

5 Recasens Siches; Vida humana, Sociedad y Derecho, México Fondo de Cultura Económica 1945, Págs. 201 y ss.

II LA PRESTACIÓN TIPIFICANTE

Retomando el tema, como señalamos más arriba, los contratos sobre *cosas determinadas por su género o cosas fungibles* y sobre *servicios criterio residual* (o sea, que la prestación del servicio no recae sobre cosas específicamente determinadas ni se relaciona con un lugar específicamente determinado), se regularán por el ordenamiento del *domicilio del deudor* al momento de la celebración del contrato. Y reiteramos, la doctrina y la jurisprudencia son implacables al entender que el deudor a tomarse en cuenta cuando el contrato es sinalagmático es *el deudor de la prestación tipificante* del contrato.

¿Y, cuál es la obligación típica del contrato? Se interpreta también por los mismos profesionales (jueces y juristas) que la prestación que tipifica al contrato como tal no puede ser el precio.⁶ Los contratos se tipifican por su causa funcional, entendida ésta como la función económica que cumple el contrato en el mundo del Derecho, por ejemplo, la causa económica de la compraventa es una cosa a cambio de un precio, la de el arrendamiento es el uso y goce de una cosa a cambio del precio, la del mutuo es una suma de dinero a cambio de un precio, y así podremos seguir nombrando una innumerable serie de tipologías contractuales. Como se desprende de lo anterior, el precio nunca puede llegar a ser la prestación típica de los contratos onerosos, ya que es la prestación que está presente en la conformación de las causas de todos los contratos onerosos. Lo que hace que un contrato sea un arrendamiento y no una compraventa, es que del otro lado de la prestación *precio* se coloque como correlativa la prestación ‘entrega de la tenencia de la cosa para su uso y goce’ y no ‘la entrega de la posesión’. En ambos existe un precio, pero en el primero de los casos, el precio es la contra-cara de la prestación ‘entrega de derechos de uso y goce’ sobre la cosa arrendada; mientras que en el segundo de los casos, el precio es la contraprestación de ‘la entrega de la posesión’ (o de la propiedad si quien entrega la posesión es el dueño). Por ende, la prestación “*precio*” nunca es la prestación tipificante del contrato. Lo decisivo para que un contrato determinado no encaje dentro de la tipología de la compraventa y sí en la del arrendamiento es la prestación que se ubica en el otro polo de la entrega del precio, aquélla prestación imprime la identidad al contrato y define la causa funcional del mismo, es decir, la función que cumple el contrato en la vida jurídica. De esa manera, el contrato tendrá una función de *trasiego de propiedad* si la contraprestación al precio es ‘la entrega de la posesión’, o por el contrario, tendrá una función de *trasiego de un derecho de goce* si la contraprestación al precio es ‘la entrega de un bien en arrendamiento’ por ejemplo.

Con lo expuesto hasta acá no se piense que se está haciendo un uso promiscuo de la causa contractual manejando terminología propia de la doctrina objetiva italiana y de la doctrina subjetiva-abstracta francesa. Repárese que tanto se conciba la causa de los contratos como *causa final- inmediata y abstracta* (el vendedor se obliga a entregar la cosa para recibir el precio, de ahí, la conocida frase ‘cosa x precio’), como que se adopte una tesis clásica italiana funcionalista de la causa (la función económica del contrato en la vida, *trasiego*, garantía, crédito, etc), a los efectos de lo que aquí interesa ambas concepciones no son contradictorias sino, por el contrario, complementarias. Así un contrato cuya causa final sea: ‘posesión de la cosa por precio’, se traduce en una causa funcional *trasiego* de la propiedad.

Por consiguiente, a los efectos de identificar la prestación tipificante del contrato, es imprescindible investigar y analizar la causa abstracta-final así como la función económica de los contratos. En otras palabras, diseccionar e identificar todas las prestaciones que componen la estructura comercial para así poder arribar a aquélla que le brinda una tipología determinada al contrato gracias a la cual ese contrato es tal tipo comercial y no otro diferente. Se sea partidario de la concepción objetiva italiana o de la subjetiva abstracta de los franceses, a los efectos de este trabajo y del profesional ante un caso de DIPr, es lo mismo. Gamarra, incluso, ha reconocido que ambas concepciones no serían frontalmente opuestas: “*La Teoría de Domat sobre la causa se construye en base a la clasificación de los contratos. Recientemente Terré ha subrayado acertadamente el lazo que une la determinación de la causa de un contrato y su calificación jurídica. Y agrega que, por ello se ha podido deducir del pensamiento de Domat, además de la concepción subjetiva, una concepción objetiva, según la cual la causa residiría en ‘los datos objetivos del contrato’.*”

“*Esta consideración es importante porque como acaba de decirse, permite vincular la doctrina clásica de la causa, que fue creada por los autores franceses, con la doctrina objetiva italiana. La aproximación señalada obliga a investigar*

6 “*Para Ramírez la ley competente nunca será la del País donde deba pagarse el precio.*” (Derecho Comercial Internacional; Ruben Santos Belandro, AEU 2008, pág. 193);

“*Para éste [haciéndose referencia al Dr. Gonzalo Ramírez] no será nunca la sociedad donde debe pagarse el precio sino aquella donde debe cumplirse con la obligación típica (...). El pago del precio pasará entonces, a ser regulado por la ley del lugar donde se entrega la cosa...*” (El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; Ruben Santos Belandro; FCU 1998, págs. 59 y ss.).

*si es posible o no conciliar ambas tendencias. Más concretamente: si no se trata de dos puntos vista distintos (pero no incompatibles) desde los cuales se ha enfocado el mismo elemento”.*⁷

Por lo expuesto, parece claro que la prestación precio no puede nunca ser la prestación que tipifica un contrato. Como se dijo, el precio está presente en todo contrato oneroso (salvo la permuta, pero en esa especie contractual no es necesario identificar la prestación característica) y oficia siempre como unidad de medida abstracta del valor de la contraprestación correlativa

Seguramente puede decirse que la prestación ‘precio’ en cierta medida, también incide en la tipificación de un contrato. Ya que su presencia o no en un negocio por el que se entrega la propiedad o posesión de una cosa, determinará que la figura contractual sea o bien una compraventa o bien una donación.

Consideramos que esa apreciación, si bien es superficialmente correcta, **no contradice lo anterior**. Si bien es cierto que la existencia o no de un precio *puede* en algunos casos cambiar la tipología del contrato (ejemplo: si existe precio será compraventa de lo contrario, será donación), no es menos cierto, que **la prestación ‘precio’ no es suficiente por sí sola ni imprescindible para tipificar o caracterizar un contrato**. Es decir, para lograr teñir el contrato haciéndolo ser tal tipo contractual y no otro, la prestación ‘precio’ es: (i) **contingente**; e (ii) **insuficiente**. (i) Es contingente, porque existen figuras contractuales que tanto admiten la modalidad gratuita como la onerosa sin abandonar su tipología por la existencia o no del precio. Son ejemplo de esto en nuestro Derecho: el depósito (art. 2242 Código Civil); el mandato (art. 2052 del Código Civil); la fianza (art. 2104 del Código Civil), entre otros. (ii) Es insuficiente, por el rol que cumple la prestación ‘precio’ en la conformación de una causa contractual. El precio por naturaleza es una medida abstracta necesaria para medir la riqueza de otra cosa. En tanto unidad de medida abstracta, no posee elementos propios que permitan deducir conclusión alguna. ‘Precio’ se define por el Diccionario de la Real Academia Española como: “(Del lat. *pretium*).- (1) *m*. Valor pecuniario en que se estima algo; (...) (4) *m*. Der. Contraprestación dineraria. (...)”.⁸ En nuestro ordenamiento, el ‘precio’, como regla general, se compone en dinero; en algunas excepciones el Derecho admite también que el precio se componga parte en dinero y parte en otra forma de pago (arts. 1490, 1661, 1662, 1663, 1778 del Código Civil), pero el dinero está presente en la conformación del precio a fin de cuentas.

Un trabajo del Dr. Daniel Ferrere (h) lo explica exhaustivamente, el dinero en el mundo jurídico cumple una doble función: (i) en tanto medida (o unidad) de valor abstracta; y (ii) en tanto instrumento de cambio. Ferrere citando a Mann define el dinero como: “...*todos los instrumentos que, emitidos bajo la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, están destinados a servir como medios universales de cambio en el Estado de emisión* (...)”

“[Refiriéndose a la primera de las funciones o elementos sostiene:] ...*elemento característico de la moneda lo constituye su denominación con referencia a una **unidad de cuenta**. Es esencial a la moneda que su valor se separe de su sustancia física, y se refiera a una **unidad ideal** cuya realidad constituye un fenómeno de psicología social.* (...)”

“*Esta unidad de valor, con referencia a la cual se define por esencia la moneda, no debe naturalmente estar constituida por otra moneda.* (...)”

“*Tal vez esta definición [refiriéndose a la función ‘unidad de medida’ del dinero] sea uno de los más arduos problemas del Derecho monetario. Knapp, en su ‘Teoría Estatal de la Moneda’, suministra nuevamente una interesante solución al afirmar que esta definición sólo puede encontrarse por el análisis histórico. La unidad de valor en virtud de la cual se define la moneda recibe su significado por su vinculación a la moneda que sucede o suplanta... (...*”

“*La ‘unidad ideal’ respecto de la cual se fija el valor de la moneda siempre constituye un concepto abstracto,...* (...)”

“[Aludiendo a la segunda función:] *No puede hablarse de moneda sino ante un instrumento apto para servir universal y obligatoriamente como instrumento de intercambio... entendemos que la aptitud de la moneda de servir como medio universal de cambio es calidad esencial de la misma, y es la sustancia de la que emana su utilidad en el comercio.* (...)”

“***La moneda interviene en los contratos no como un bien económico, sino como una unidad representativa y portadora de un valor, y como tal no es equiparable a cualquier otro bien. La moneda interviene en función instrumental, no directa, y esto es una verdad que no puede ser desconocida... (...*”**

“*Savigny pretendía llegar a este punto diciendo: ‘en primer lugar el dinero aparece en la función de un mero instrumento para medir el valor de las partes individuales de la riqueza. En cuanto a esa función la moneda se mantiene en igual base que las otras unidades de medida... Pero en el dinero también aparece una segunda y más elevada función; asume el valor mismo que es medido por ella, y así representa el valor de todas las demás manifestaciones de riqueza. La*

7 Ver: Jorge Gamarra. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Ed. FCU, año 2008, 3ª reimpresión, tomo XIV, págs. 26 y ss.

8 “Precio” en www.rae.es

tenencia del dinero confiere el mismo poder que las cosas medidas por él son capaces de dar, y así la moneda se presenta como un medio abstracto de transformar toda propiedad en meras cantidades...’’⁹

Consecuentemente, el precio ocupa un rol funcional en la conformación de las causas contractuales onerosas. Oficia en un doble sentido, en tanto unidad de medida de valor de la otra prestación y en tanto medio de pago, es por ese rol instrumental del precio que el mismo no es suficiente por sí solo para teñir al tipo contractual con una identidad determinada.

En consecuencia, a modo de conclusión provisoria dejamos sentada la premisa: **la prestación “precio” no puede ser la prestación (u obligación) tipificante o característica de los contratos.**

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando ambas prestaciones son dinerarias, como acontece en los contratos financieros? ¿Cómo se identifica la prestación ‘precio’ en esos casos?

Apuntamos a resolver esas preguntas, cuando párrafos más arriba, explicamos las teorías sobre la causa. En los entramados contractuales financieros modernos para identificar el precio es necesario calar en el análisis de la causa de los contratos, en un doble sentido: (i) desde una perspectiva subjetiva abstracta (qué busca abstractamente cada parte cuando recurre a tal o cual figura contractual); y (ii) en tanto, causa funcional, es decir, la función que cumple en la vida un tipo contractual determinado (una análisis de su estructura funcional). Dicho análisis facilitará la respuesta a la pregunta, qué prestación es más contundente a la hora de imprimir una tipología determinada al contrato del caso. Es decir, qué prestación no contiene el precio.

Pasamos a analizar algunos casos específicos que nos parecen dignos de estudio:

III

PARTICULARIDADES QUE PRESENTAN LOS CONTRATOS MUTUO INTERNACIONAL

Partiendo de la base anterior, vale la pena reparar en el contrato de mutuo de dinero, tipología que presenta una serie de peculiaridades que amerita se investigación independiente.

En el caso se trata de un contrato sobre cosa fungible, al decir, el dinero. Aquí el dinero oficia en un doble papel, como unidad objeto de las prestaciones, como mercancía, y como medio de pago de esa misma mercancía. La causa funcional del contrato de mutuo o préstamo de dinero, consiste en que una parte entrega a su co-contratante una suma de dinero y la otra se obliga a devolverla en la forma pactada en el contrato. Hay una prestación de entregar dinero, y la contraparte se obliga a pagar restituyendo dicha suma de dinero en la forma acordada en el contrato.

En conclusión, tenemos una parte que da una suma de dinero y otra que paga restituyendo dicha suma de dinero.

Repárese que la obligación de devolver el capital prestado *puede* estar aparejada, a su vez, a la prestación de abonar intereses por la suma prestada. En esos casos la estructura comercial sería la siguiente: una parte entrega una suma de dinero a otra, en dicho instante *nace* la obligación de restituir el capital más los intereses en la forma acordada en el contrato.

En el mutuo la prestación tipificante no puede ser nunca la de restituir el préstamo y los intereses por las razones antes esgrimidas. **El interés es el precio del dinero** por definición (*“Hasta ahora se ha hecho referencia en varias oportunidades a la tasa de interés. Una definición de ella sería que es el precio pagado por un prestatario o deudor a un prestamista o acreedor por el uso de recursos durante un determinado intervalo.”*).¹⁰

Si analizamos las obligaciones del mutuario (quien recibe el préstamo) las mismas se componen de: (i) la restituir el capital prestado (necesariamente) y (ii) la de pagar intereses (prestación contingente art. 2205 Cód. Civ., aunque en la práctica sea la hipótesis más común). La obligación del mutuario no puede ser la que caracteriza al contrato de mutuo, ya que, ella consiste en el pago del precio (devolución de capital más pago de intereses). Ocasionalmente, la prestación del mutuario podrá consistir en la restitución del capital exclusivamente sin intereses, pero tampoco en este caso la obligación del mutuario puede ser la obligación característica, por la sencilla razón de que la obligación de restituir lo prestado no integra la causa sino la forma natural de extinguir el contrato de mutuo. Enseña Gamarra que la obligación de *restituir* no puede ser elevada nunca a la categoría de obligación característica: *“La doctrina Tradicional entendió que el mutuo era*

⁹ El Dinero en la Teoría Jurídica, un estudio de las obligaciones pecuniarias en el derecho interno, internacional y comparado. Daniel Ferrere (h), Ed. Amalio Fernández 1974, págs. 13 – 23.

¹⁰ Ricardo Pascale; Decisiones Financieras; 3ª Ed. Macchi 1999; pág. 45.

siempre un contrato unilateral, ya fuere gratuito u oneroso; obligado resultaba únicamente el mutuario (a restituir; y a además, a pagar intereses en el mutuo oneroso). Se funda en la naturaleza real del contrato y en una sobrevaloración de la obligación de restituir, la cual se consideraba como principal. Actualmente esta doctrina fue sometida a intensa crítica, en sede de contratos reales (...)

*“Como resultado de estas investigaciones, la doctrina tradicional resulta definitivamente superada. El nuevo enfoque cambia el sujeto obligado; en lugar del mutuario, se considera obligado al mutuante. Esta impostación está ratificada por la presencia de una obligación de entregar, a cargo del mutuante, si se acepta mi tesis (...) Pero aún dentro de la doctrina tradicional del contrato real, es posible reputar obligado al mutuante, a dejar gozar al mutuario de las cosas mutuadas (...)”*¹¹

En consecuencia ni el pago del precio (devolución de capital más intereses), ni la restitución del capital sin intereses, serán las prestaciones que caracterizan al mutuo. Por el contrario, lo será la prestación de ‘prestar una cantidad de dinero’ (y no reclamar su restitución hasta el vencimiento del plazo) a cambio de un precio (intereses) o no (mutuo gratuito), esto es, **la prestación del prestamista**. En definitiva, una vez determinado que el prestamista es el deudor de la prestación característica del mutuo; afirmamos por transitiva, que el domicilio del deudor de la prestación típica en el mutuo, es el domicilio del sujeto que entrega el dinero, el domicilio del prestamista.

Sin embargo, puede advertirse (si se afilia a la doctrina tradicional) que el contrato de mutuo en el Derecho uruguayo de cuño romano reviste una peculiaridad que no se ve en otros ordenamientos. Al margen de muy prestigiosa doctrina que sostiene lo contrario,¹² la doctrina tradicional sostiene que en Uruguay el mutuo integra la categoría de los “contratos reales” en el sentido que el contrato se perfecciona al momento de la entrega de la suma de dinero (Art. 2197 Código Civil). En el mutuo uruguayo, el contrato nace cuando se entrega materialmente el dinero (reitero, siguiendo la línea tradicional), recién ahí nace la obligación correlativa del deudor de pagar el precio por dicho dinero (capital más intereses). Esto hace que en el contrato de mutuo uruguayo existan dos prestaciones y dos gravámenes económicos pero una sola obligación. Sería el caso de contrato oneroso pero unilateral.

Esto significa, que en el contrato de mutuo uruguayo quien entrega el dinero, no es técnicamente un ‘deudor’, dado que antes de que entregue el dinero no hay contrato. El contrato (y consecuentemente las obligaciones que él produce) nacen con la entrega del dinero por parte del prestamista, por ello, sólo hay un solo deudor, quien debe pagar el precio.

Sin perjuicio de que en lo personal preferimos la tesis moderna, la que interpreta que en el contrato de mutuo, el obligado principal es siempre el mutuante (a *entregar el dinero*, según Gamarra, y a *no perturbar* al mutuario) y eventualmente, además, el mutuario (a *pagar intereses* en el mutuo fructífero); **entendemos que aún bajo la tesis de la doctrina más tradicional, no puede nunca calificarse a la obligación de restituir (y eventualmente la de pagar intereses) a la altura de prestación característica. Lo fundamos en los motivos que ya expusimos: ‘restituir el capital más sus intereses’ en el contrato de mutuo es la prestación pagar el ‘precio’, la que nunca puede tipificar al tipo contractual.**

No queda otra interpretación razonable que sostener que el “deudor de la obligación típica” en el contrato de mutuo internacional es el prestamista. Si bien éste, de acuerdo al Derecho uruguayo -doctrina tradicional- no es un “deudor” en sentido estricto, sí es quien realiza la prestación típica (aunque técnicamente no sea el cumplimiento de una obligación), en consecuencia, aunque el prestamista no sea deudor, es la Ley de su domicilio la que deberá regular el contrato de mutuo internacional conforme a las normas de conflicto uruguayas interpretadas a la luz de los artículos 34 a 38 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889.

No se piense con esto que se está incurriendo en arbitrariedad ni en ignorancia de las normas que fijan los criterios de interpretación. Todo lo contrario: (i) en primer lugar, esta interpretación sigue la línea de las doctrinas modernas que defienden que el mutuante es técnicamente un deudor; (ii) en segundo lugar, -y aún bajo la concepción tradicional- interpretar el concepto ‘deudor de la obligación típica’ contenida en los Tratados de Montevideo como referente a ‘prestador de la prestación típica’ sea o no el cumplimiento de una obligación, es una solución absolutamente ajustada a las normas de Derecho positivo vigente (Art. 9 CIDIPr sobre Normas Generales). Las categorías y los conceptos que consagran las normas de conflicto uruguayas son internacionales, por ende, no pueden ser definidas exclusivamente por la *lex fori* (Uruguay) porque estaríamos contrariando las políticas que las inspiraron. Las normas de conflicto contenidas en el apéndice del Código Civil Uruguayo, cuando elípticamente regulan el mutuo, no regulan el mutuo uruguayo, sino que regulan

11 Gamarra, Jorge: Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo I; Montevideo, FCU 2008;; pág.163.

12

Arturo Caumont y Emma Stipanovic; Revista del Colegio de Abogados del Uruguay; setiembre 1990; tomo XVI. Ver también: Jorge Gamarra; Tratado de Derecho Civil Uruguayo; FCU 2003; tomo IX, pág. 39.

al mutuo internacional (entre los que está comprendido el mutuo uruguayo) con vocación a confrontarse con otras categorías de mutuo consagradas por ordenamientos foráneos. Por ende, no se debe que calificar al “mutuo internacional” consagrado en las normas de conflicto uruguayas pura y exclusivamente conforme a las normas internas del Uruguay, sino que se debe calificar con un criterio teleológico-funcionalista más amplio contemplando que se está ante categorías internacionales, y que en otras partes del mundo el mutuo no es un contrato real, sino que es un contrato bilateral de perfeccionamiento consensual como muchos otros tipos. Para una calificación teleológica-funcionalista es elemental no perder de vista la causa funcional del contrato, la que en definitiva establece objetivamente la función que cumple el tipo contractual en el mundo del Derecho. En ese sentido, se trata de un contrato por el que una parte entrega dinero a la otra, y ésta se compromete a pagar un precio (devolver capital más intereses) por la financiación recibida. Analizando la causa, y bajo la premisa de que el precio no tipifica el contrato, es claro quién tipifica al contrato de mutuo, el prestamista.

En conclusión, por lo expuesto, consideramos que a efectos de lo previsto en las normas de conflicto nacionales y supranacionales vigentes, el “*deudor de la obligación tipificante*” de un contrato de mutuo internacional, es la persona del prestamista, independientemente de que debido a las peculiaridades del perfeccionamiento de dicho contrato en el Derecho nacional, el prestamista pueda no ser considerado un *deudor* técnicamente hablando, sino una persona que con el cumplimiento de su prestación perfecciona el contrato de mutuo.

IV CONTRATOS BANCARIOS CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA

Las contrataciones bancarias, son figuras que merecen un comentario específico. Se encuentra totalmente cerrada la discusión de que en los contratos en los que interviene un banco, su participación en tanto organización profesional bancaria, es de una trascendencia tal, que *tiñe* la tipología del contrato, pasando a ser dicho negocio, un contrato bancario. Así lo explicó la Dra. Rodríguez Mascardi en una sentencia que reiteradamente citada en la profesión: “...*Los espacios bancarios se definen en definitiva según el grado de dependencia recíproca de las partes, no obstante en todos los niveles es notoria la penetración del banco sobre el contenido jurídico y económico del vínculo contractual.*”

“*Así puede concluirse que de igual modo que la empresa bancaria califica al tipo contractual bancario es doble admitir que la otra parte de la relación no es indiferente para identificar los subtipos de la contratación bancaria.*”¹³ En otras palabras, es lo mismo que decir que el deudor de la prestación tipificante, es la institución bancaria. Si el contrato deja de ser tal o cual tipo contractual y pasa a ser un contrato bancario por la mera participación de un banco, es igual a decir, que quien tipifica al contrato es la institución bancaria.

No cuestionaremos dicha conjetura, por cuanto entendemos que ella es acertada. Es acertada por la secularización misma del Derecho Bancario dentro del Derecho Comercial (por la mera intervención de un banco); es acertada por la trascendencia que pasan a tener las prácticas y usos bancarios en la contratación (por la mera participación de un banco); es acertada por un sin fin más de razones. Sin embargo, cabe analizar si ello contradice o confirma lo que sostuvimos como criterio general en el capítulo II de este trabajo -es decir, que la prestación típica es la que se contrapone al precio-. Adelantamos nuestra respuesta y, desde ya, afirmamos que no existe contradicción entre ambos enunciados, no obstante ello, es de orden exponer las argumentaciones que nos llevaron a tal conclusión.

Como aclaración preliminar corresponde recordar que han quedado totalmente obsoletas las teorías que clasificaban los contratos bancarios dentro de las tipologías del mutuo o del depósito que consagra el Código Civil.¹⁴ En ese sentido, la doctrina es unánime que las contrataciones que celebran los bancos con sus clientes tienen ya una fisonomía propia que no obedece a la misma espiritualidad funcional de los contratos clásicos de mutuo y depósito en sus formas puras. Naturalmente, ello no obsta a que existan ciertas similitudes estructurales o incluso funcionales.

En segundo lugar, no abordaremos en este trabajo el tema de las relaciones de consumo bancarias. Como lo explica la Dra. Rodríguez Mascardi en la sentencia citada, se debe diferenciar si el cliente bancario es un consumidor o no. Entendemos que el derecho de las relaciones de consumo podría influir a la hora

13 Sentencia N° 29 de 16 de julio de 2003; Juez Letrado de Concursos de 1° turno, Dra. Teresita Rodríguez Mascardi, publicada en LJU tomo 128; caso 14752; considerando 3°.

14 Sagunto Pérez Fontana, Cuadernos de Derecho Bancario, tomo II, FCU 1988, págs. 14 y 15.

de determinar el derecho aplicable a un contrato por tocar temas vinculados al orden público internacional. Desarrollar el aquí las relaciones de consumo bancarias con elementos de extranjería, excedería totalmente el objeto de este breve artículo, mereciendo ser investigado en otro trabajo de igual o mayor extensión que este. Postergaremos ese estudio -que además nos parece de sumo interés y aplicación práctica- para próximas oportunidades.

Tomaremos dos ejemplos clásicos de contratos bancarios a efectos de analizar si se confirma el criterio general aquí sustentado (la prestación precio no puede tipificar el contrato).

a - Contrato de Cuenta Corriente

La presente figura, a nuestro criterio, es la que deja menos lugar a la discusión y la comentaremos solamente como hall de ingreso a la siguiente.

El cliente bancario abre en una institución de intermediación financiera una cuenta corriente con la finalidad de obtener un servicio de caja operativo por medio del libramiento de cheques y recepción de depósitos. A cambio de dicho servicio de caja que le presta el banco, deberá abonar un *precio* que consiste en los costos de la cuenta corriente bancaria, los costos de operar por ventanilla, los costos de chequera, los costos de bajo promedio, entre otros. En conclusión, no existe contradicción con el criterio que sostenemos en el capítulo II dado que quien paga el precio es el cliente bancario y consecuentemente, la prestación que tipifica o caracteriza el contrato es la de la institución bancaria, es decir, la que no contiene el pago del precio.

b – Depósito a Plazo Fijo Bancario

Sin embargo, en el depósito a plazo fijo, es donde se presenta el gran desafío.

En el contrato a plazo fijo, el cliente entrega al banco una suma de dinero a cambio de recuperar el capital y la renta que le otorgue una tasa de interés determinada ofrecida por el banco al momento de la contratación.

Cuando nos detuvimos a analizar el contrato de mutuo internacional, sostuvimos que el interés era el *precio* del dinero. Nos parece que esa definición es acertada, sin embargo, una transitiva ciega de esa definición la figura del depósito a plazo fijo podría llevar a la conclusión -a nuestro juicio- errónea, de que el pago de los intereses por parte del banco es el pago del precio en el contrato de depósito a plazo fijo. ¿Es realmente eso así? Creemos que esa conclusión es desacertada respondiendo a una visión fraccionada de la contratación bancaria fuera de su esquema general. Lo pasamos a explicar a continuación:

En primer lugar, cuando un cliente accede a la contratación de depósito a plazo fijo en una institución bancaria, ésta última *ofrece* una tasa de interés determinada. El cliente en dicho sentido es un *tomador* no cuenta con poder de negociación para conseguir una tasa más beneficiosa que la que le ofrece el banco. Ello es así porque el banco antes de determinar tal o cual tasa de interés consideró las tasas de colocación de dichos fondos en otras inversiones, le aplicó un determinado margen de riesgo y calculó sus propios costos operativos y el margen de rentabilidad que espera obtener. Surge así, lo que se denomina en la jerga bancaria el *spread bancario*. El *spread bancario* consiste en el margen diferencial existente entre las operaciones bancarias activas (las que el banco es acreedor) y las operaciones bancarias pasivas (las que el banco es deudor). El banco capta ahorro público (se convierte en deudor del mismo para con sus clientes) ofreciendo una tasa de interés determinada y, a su vez, coloca dicho dinero en inversiones (presta a otros clientes o lo invierte en entidades colegas convirtiéndose en acreedor del dinero invertido) obteniendo un interés a cambio. Restando la tasa activa (la que el banco es acreedor) menos la tasa pasiva (la que el banco es deudor) se obtiene el margen (*spread bancario*) que le permite al banco cubrir costos operativos, contingencias y, a su vez, obtener un margen de utilidades.

Alienados con estudiar siempre la causa funcional de los contratos, opinamos que al analizar los depósitos a plazo fijo, es imprescindible no perder de vista el contexto de su ubicación dentro de la actividad de intermediación financiera inherente a las entidades bancarias. Se podrá decir que el cliente bancario que coloca su dinero a plazo fijo, es un tercero ajeno (por el principio de relatividad de los contratos) a las eventuales relaciones jurídicas que integre el banco colocando su dinero en inversiones ulteriores. Eso es acertado si nos limitamos determinar el efecto vinculante del contrato de depósito a plazo fijo, pero no lo es, si lo que nos proponemos es caracterizar y definir la tipología de ese contrato.

No es posible realizar un análisis auténtico de la contratación 'depósito bancario a plazo fijo' de espaldas al rol que cumple el banco en la vida financiera como intermediador de recursos financieros. Es inherente a la calidad de banco el papel de ser agente de captación de ahorro público, a efectos de reinvertirlo, sea en nuevos clientes, sea en entidades colegas nacionales o extranjeras para obtener con ello un rédito. De ahí, los exigentes controles bancocentralistas; de ahí, el riesgo inherente a las operaciones bancarias; de ahí, el elemento 'confianza' es concebido como un activo bancario; de ahí, el sentido de ser propio de los bancos. Como lo sostuvo

Supervielle Saavedra en cita de Mario Bonfanti: "...con respecto al banco las sumas recibidas tienen como destino la realización de operaciones de crédito y la institución funciona como un organismo que recibe dinero para redistribuirlo en forma de préstamo a sus clientes donde resulta que el contrato de depósito es para el depositante un fin en sí mismo, mientras que para la institución de crédito es un medio tendiente a un fin ulterior".¹⁵

Si bien es cierto que para el depositante el depósito es un fin en sí mismo que no trasciende la etapa del banco; no es menos cierto, que a efectos que de *calificar o describir* la fisonomía del contrato no se puede ignorar el destino particular de esos fondos (volver a la red financiera mediante una operación bancaria activa). El depósito a plazo fijo bancario, es tal tipo negocial y no otro diferente, porque interviene un banco; y el hecho que intervenga un banco implica necesariamente que esos fondos depositados serán reinvertidos, por eso los controles y aplicación de los usos y prácticas bancarias. Todo ello tiñe al depósito a plazo fijo de una fisonomía particular que el depositante no ignora.

Debemos depurar tres elementos que hemos desarrollado: (i) el banco *ofrece* al cliente una tasa de interés que éste *toma*; (ii) el banco para calcular esa tasa, estimó un margen (spread bancario) que le permita cubrir costos, contingencias y, a su vez, le deje un rédito; (iii) el cliente que deposita conoce que el banco redistribuirá los fondos intermediando entre el depositante y los tomadores de financiación reteniendo un margen de utilidades. Analizando estos tres elementos se comprende como el banco *cobra* los frutos del dinero reinvertido *retiene* una parte del precio y vuelca al cliente un *excedente* de lo obtenido. En otras palabras, desde la perspectiva de lo que es la intermediación financiera en su integridad, se comprende como el banco cuando paga los intereses al depositante, *no paga un precio al cliente*, sino que el *precio ya lo soportó el depositante* fruto del descuento, retención, o previsión (como se le quiera llamar) por parte del banco del margen de spread bancario. En definitiva, ni siquiera en el depósito a plazo fijo, el banco *paga* un precio, sino que lo *cobra* (soportándolo el cliente depositante) en el *spread bancario* que el banco calculó entre la diferencia de la tasa activa y pasiva.

Es cierto que ocasionalmente la operativa de reinversión de los fondos depositados fracasa, debiendo el Banco soportar el costo y pagar al cliente depositante el capital depositado más los intereses acordados. Sin embargo, esta es una faceta patológica del contrato que atañe a la responsabilidad profesional del banco como entidad autorizada a la intermediación de instrumentos financieros a efectos de generar confianza. Esta faceta de responsabilidad en escenarios patológicos, no objeta la finalidad o funcionalidad del contrato de depósito bancario a plazo fijo; estructuralmente el cliente que deposita su dinero a plazo fijo en un banco, sabe que el banco lo reinvertirá, sabe que con dicha colocación el banco obtendrá un resultado económico mayor, sabe que retendrá el excedente y le pagará los intereses pactados. Ningún depositante a plazo fijo pretende que el banco guarde en un cofre de seguridad su dinero por la totalidad del plazo y al vencimiento encima pague un *precio*, no se necesita ser un especialista en la materia para constatar que el banco obtiene un margen de utilidad mayor que el que les paga a los clientes.

Redondeando el punto desarrollaremos dos ejemplos groseramente simples que servirán para ilustrar mejor lo que se pretende describir. El cliente "A" desea colocar a plazo fijo por 2 años 100 pesos en el banco "X". El banco antes de ofrecer una tasa de interés determinada, calcula sus costos, el margen de utilidad y de contingencia, a efectos de reinvertir los fondos en plaza. En consecuencia ofrece pagar a "A" una tasa de interés simple anual del 4%. Hagamos la ficción de que concurre el cliente "B" el mismo día que "A" concretó el depósito a solicitar un crédito de 100 pesos a devolver en 2 años al mismo banco. El banco "X" ofrecerá prestar los 100 pesos a devolver en 2 años a una tasa de interés simple anual del 10%. Vemos cómo queda un margen de 6 puntos porcentuales a favor del banco. Supongamos, ahora, que se suprime la entidad de intermediación financiera, banco "X"; y que "A" y "B" se encuentran y desea el primero prestar 100 pesos a 2 años y "B" necesita el mismo capital al mismo plazo. Luego de intercambiar información cierran el negocio prestándole "A" 100 pesos a devolver en 2 años a "B", debiendo pagar éste último una tasa de interés simple anual del 7%. ¿Si comparamos el escenario con intermediación financiera del escenario sin el banco, quiénes soportan el precio de la intermediación? Claramente lo soportan tanto "A" como "B".

Pese a la simplicidad del ejemplo, reiteramos, y a las ventajas que naturalmente tiene la intermediación financiera (existe una entidad sería que responde en caso de incumplimientos de A o B), el ejemplo es de utilidad para describir cómo el depositante a plazo fijo *también soporta o "paga" un precio* por operar con una entidad de intermediación financiera.

En conclusión, opinamos que es perfectamente compatible sostener que en el depósito a plazo fijo el "prestador" de la prestación tipificante o característica es el banco, y que éste **no es quien paga el precio de la operación**, aunque pague al depositante una tasa de interés. Sino que quienes realmente soportan ("pagan") el precio son: (i) el propio depositante a plazo fijo, que recibe intereses sensiblemente inferiores a los que arrojaron sus fondos; y (ii) los destinatarios de los fondos reinvertidos, quienes deberán abonar

15 Mario A. Bonfanti; Contratos Bancarios; Abeledo Perrot 1993, pág. 139.

al banco una tasa de interés más elevada por el dinero prestado. El precio sigue siendo, pues, la prestación no-característica o no-tipificante.

V

PRESTACIÓN TIPIFICANTE Y PROYECTO-LEY DE DIPR

Un proyecto de ley elaborado por prestigiosos internacionalistas está siendo estudiado por una comisión del parlamento para su aprobación. En lo que concierne al objeto de este breve trabajo, el proyecto posee un artículo número 45 que reza de la siguiente manera: “Art. 45. (*Ley aplicable sin acuerdo de partes*).- En defecto de elección del derecho aplicable (...), los contratos internacionales se regirán en cuanto a su existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos, por la ley que resulte de aplicar los siguientes criterios: (...); (2) Los que recaigan sobre cosa fungible o cosas determinadas por su género, por la **ley del domicilio del deudor de la obligación característica del contrato**, al tiempo en que fueron celebrados; (3) Los que versen sobre prestación de servicios: (...); (c) fuera de estos casos, por la **ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato** al tiempo de la celebración del mismo.”

Se puede apreciar en el texto parcialmente transcrito, que se parte del mismo criterio que el de los Tratados de Montevideo perfeccionado por la mención expresa de que el deudor al que se refiere la norma de conflicto, es el deudor de la prestación característica del contrato.

Nótese que en el numeral 3° literal C habla de “prestación característica” y no de “obligación característica”, como sí lo hace en el numeral anterior. Se sigue, sin embargo, con la mención al “deudor”. Creemos, de todas formas que las reflexiones de este breve trabajo son de aplicación igualmente a este nuevo proyecto de norma de conflicto. Pues, no siempre la prestación característica del contrato es una obligación y en consecuencia, no siempre el prestador de la misma es un *deudor* en el sentido técnico del término.

VI

CONSIDERACIONES FINALES

En consecuencia, dejamos sentada la reflexión: la prestación “precio” no puede ser la prestación (u obligación) tipificante o característica de los contratos. Cuando se está ante un contrato financiero en el que ambas prestaciones del sinalagma son pecuniarias, se genera la dificultad de hallar la prestación que no es el precio para poder determinar la ley que regulará el contrato. Para poder dar con la prestación característica en esos casos es imprescindible calar en el análisis de la causa de los contratos, en un doble sentido: (i) desde una perspectiva subjetiva abstracta (qué busca abstractamente cada parte cuando recurre a tal o cual figura contractual); y (ii) en tanto, causa funcional, es decir, la función económica que cumple en la vida un tipo contractual determinado (una análisis de su estructura funcional). Dicho análisis facilitará la respuesta a la pregunta, qué prestación es más contundente a la hora de imprimir una tipología determinada al contrato del caso, es decir, qué prestación no es el precio.

Aunque las normas de conflicto se refieran al “deudor” de la “obligación” característica o tipificante, una interpretación funcional y teleológica de los tipos contractuales nos lleva a aplicar el término “deudor” y “obligación” con un criterio flexible que se traduciría en el concepto de *prestación* tipificante o característica. De esa manera es posible identificar la prestación que tipifica una serie de contratos, que de ser mirados desde una óptica rigurosamente territorialista no encuadrarían dentro del concepto estrictamente técnico de “obligación”

En efecto, consideramos que en lo que concierne a lo previsto en las normas de conflicto nacionales y supranacionales vigentes, el “deudor de la prestación tipificante” de un contrato de mutuo internacional, es la persona del prestamista, independientemente de que debido a las peculiaridades del perfeccionamiento de dicho contrato en el Derecho nacional, el prestamista no sea un *deudor* técnicamente hablando, sino una persona que con el cumplimiento de su prestación perfecciona el contrato de mutuo.

Asimismo, en lo que atañe a las contrataciones bancarias; opinamos que es perfectamente coherente sostener que en el depósito a plazo fijo el “prestador” de la prestación tipificante o característica es el banco,

y, a su vez, que éste **no es quien paga el precio de la operación**, aunque pague al depositante un tasa de interés. Sino que quienes realmente soportan (“pagan”) el precio son: (i) el propio depositante a plazo fijo, que recibe intereses sensiblemente inferiores a los que arrojaron sus fondos; y (ii) los destinatarios de los fondos reinvertidos quienes deberán abonar al banco una tasa de interés más elevada por el dinero prestado. El precio sigue siendo, la prestación no-característica o no-tipificante.

Por último, en lo que respecta al proyecto-ley de norma de conflicto; creemos que las reflexiones de este breve trabajo son de aplicación igualmente a dicho proyecto. Pues, no siempre la prestación característica del contrato es una obligación y en consecuencia, no siempre el prestador de la misma es un *deudor* en el sentido técnico del término.

PARA UNA BITÁCORA DE SINDICOS E INTERVENTORES CONCURSALES

DR. CAMILO MARTÍNEZ BLANCO ^{1(*)}

1.-CONVENIENCIA DE UNA GUÍA:

Una de las acepciones del término náutico bitácora es *el registro escrito de las acciones, tareas o actividades que se deben llevar a cabo en una determinada actividad, o trabajo.*

En el caso, hemos considerado necesario confeccionar esta guía, pues mientras el Registro de Síndicos e Interventores Concursales (art.42 de la ley 18.387) no esté reglamentado, completado y en funciones, las más de las veces, las designaciones de profesionales contables y letrados en materia concursal, recaen de modo tan abrupto, que no dan tiempo a una toma de conciencia real acerca de la labor a desempeñar, ni de las responsabilidades que ella acarrea. Es que además todos los Síndicos e Interventores de hoy día, fueron formados en las leyes concursales del anciano régimen.

Por eso, aún siendo muy concientes de las particularidades que cada designación acarrea, predicamos una mínima estandarización de las tareas labores. Pero para que este trabajo encuentre su verdadero sentido, sugiero además que cada profesional una vez designado haga su aporte propio a esta bitácora abierta, desde su particular puesto de labor. De ese enriquecimiento con las peculiaridades de la casuística, saldrán después procedimientos reglados aplicables en la práctica y no sólo meras disquisiciones teóricas.

Para acreditar la necesidad de arbitrar esquemas operativos estandarizados, basta recordar que la labor del Síndico o Interventor fijada por la la Ley 18.387, está regulada mediante plazos escuetos, siempre ajenos a la magnitud o complejidad del Concurso, pues la ley no atiende a situaciones especiales, tales como:

- El número de acreedores afectados por el concurso, ni el consiguiente incremento en la cantidad de denuncias e insinuaciones de créditos que deberán atender Síndicos o Interventores.
- La creciente complejidad de temas "especializados" donde se plantean las dificultades concursales, ligados casi siempre a ramas especiales del mercado y del Derecho (salud, procesos fabriles o manufactureros, mercados financieros, producción agropecuaria, etc.)
- La escasa o nula infraestructura organizativa de que dispone quien es designado para llevar a cabo la tarea, sumado muchas veces a la falta de experiencia anterior en el desempeño del cargo de síndico o interventor concursal. Es que la ley concursal mide con igual regla, la labor de verificación de créditos a cumplir en el concurso de un quiosco que el de una empresa compleja como Metzen y Sena S.A. o el CASMU. Pero también el tiempo de que dispondrá un síndico o interventor "free lance" es el mismo que el que se adjudica a una sociedad de profesionales o a una institución especializada que desempeñe el cargo, en forma "más profesional, contando con mayor infraestructura y acreditada expertise".
- Lo fundamental es recordar que las tareas de armado, elaboración y control de los informes (digitación, fotocopias, control de insinuaciones, formación de legajos, etc.) llevan un tiempo considerable y lo más probable es que ninguno de los profesionales designados Síndicos o Interventores, se dedique sólo a ese tema en exclusividad, abandonando sus otros menesteres. Pero además esos otros asuntos a su cargo exigen y demandan atención, tienen plazos, etc.

A todas las funciones que debe cumplir la Sindicatura o Intervención, se adiciona el hecho que no existe posibilidad legal, aún en caso de concursos con multitudes de acreedores, de solicitar al Juzgado una extensión en el plazo otorgado por la Ley 18.387.

Por ello, si no practicamos un método reglado de trabajo, es improbable que pueda cumplirse en tiempo - y en forma profesional - con todas las tareas necesarias inherentes a la labor de Síndico o Interventor. Para lograrlo es necesario capitalizar la experiencia aportada por las actuaciones cumplidas en los asuntos

1 (*) Catedrático de Derecho Concursal.

concursoales donde nos desempeñamos e intentar desarrollar un esquema reglado capaz de poner orden y agilidad a la gestión del Síndico o Interventor.

No olvidamos destacar que hemos recurrido en la parte teórica de esta bitácora a nuestro *Manual del Nuevo Derecho Concursal* (FCU.Mdeo.2009), así como a las imprescindibles lecturas complementarias tanto del Volumen 6 del *Manual de Derecho Comercial Uruguayo* (FCU.Mdeo.2009) de la Profesora Dra. Nuri Rodríguez Olivera como de “*Reorganización Empresarial y Concursos*” (FCU.Mdeo.2009) de los Profs. Eva Holz y Siegbert Rippe.

2.-DESIGNACIÓN Y ACEPTACIÓN DEL CARGO:

La Ley 18.387 en su art.26, establece que “El síndico o el interventor será designado por el Juez en la sentencia que declare el concurso, de entre aquellos profesionales universitarios o sociedades de profesionales o instituciones gremiales representativas con actuación en materia concursal con personería jurídica inscriptos en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales que llevará la Suprema Corte de Justicia. Las mismas personas elegibles como síndicos lo serán como interventores”.

Y el art. 29 dispone que el nombramiento le será comunicado al designado “por el medio más rápido”. La mayoría de las veces, esa designación es comunicada telefónicamente por el Juez personalmente o por el Actuario, debiendo concurrir el profesional al Tribunal a aceptar formalmente el cargo. La ley dispone que una vez designados, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación, deberá “comparecer ante el Juzgado para aceptar el cargo. No podrá rehusar el cargo, salvo que medie causa grave, la cual será apreciada por el Juez con criterio estricto, o que renuncie además a su inscripción en el Registro de Síndicos o Interventores Concursales”.

Existe pues la necesidad de adoptar decisiones en plazos cortos y perentorios, manifestando la voluntad de aceptación (*¿qué otra decisión es posible adoptar?*) en el escaso tiempo que dispone la ley. Al pasar recordamos que quien renunció una vez, no podrá ser designado nuevamente para ejercer el cargo.

Pero concomitantemente con esa aceptación es necesario (hacia la interna del ejercicio del cargo) adoptar otras decisiones:

- **a.-¿Cuántos y qué profesionales se encargan del asunto?** Dentro de una sociedad de profesionales o de una institución gremial representativa con actuación en materia concursal, es de orden la asignación del asunto a un equipo profesional. **La complejidad de la labor de Síndico/Interventor hacen impensable su desempeño por un profesional actuando individualmente y sobre todo sin ayuda y colaboración.** Por eso, compartimos aquellas posiciones que predicen la actuación multidisciplinaria en la especie, ya que resulta muy difícil encontrar quien pueda desempeñarse con solvencia en todos los frentes.
- **b.- ¿A qué colaboradores externos se recurre?** Otra vez dependerá del tipo de asunto concursal la selección del auxiliar a nombrar. Está previsto en el art. 30 que “Cuando la complejidad del concurso así lo exija, el síndico o el interventor podrá solicitar del Juez autorización para nombrar auxiliares. La resolución judicial que conceda la autorización especificará las funciones a desarrollar por dichos auxiliares, así como la retribución que les corresponda, la cual será de cargo del síndico o del interventor, salvo casos de gran complejidad a juicio del Juez. El nombramiento y la aceptación de los auxiliares serán puestos en conocimiento del Juez del Concurso. Hasta que esta comunicación tenga lugar, los auxiliares no podrán comenzar el ejercicio de las funciones encomendadas”.
- **¿Cuán cuidadoso hay que ser respecto de estas designaciones?** El quid del artículo 30, está centrado, no en si el Síndico o Interventor puede nombrar auxiliares administrativos (siempre podrá hacerlo, porque suya es la responsabilidad por la tarea delegada), sino el grado de responsabilidad que pretenden asumir y a cargo de quien correrá la retribución de colaboradores y profesionales subcontratados. Si actuando como Síndico o Interventor, comisionamos a un funcionario (un auxiliar contable del estudio o institución gremial) a retirar y procesar contabilidad del concursado, entiendo que no se requiere para ello una autorización especial del Juzgado, ya que por interpósita persona somos nosotros quienes estamos cumpliendo (bien o mal) la tarea y en consecuencia asumiendo la responsabilidad. **Ahora, si pretendemos contratar alguien (por ej. un Contador Público, un Abogado, un Tasador y sus respectivos ayudantes) para realizar funciones contables, de contralor, de auditoría o de tasación, y que la retribución de ese equipo subcontratado, sea de cargo**

de la masa, es lógico y razonable que deberemos someter tales extremos a la decisión judicial. Recordamos que una vez designado el auxiliar, asume por sí y ante sí responsabilidad autónoma. Así lo establece el **art. 35 cuando hace a los auxiliares (designados expresamente como tales) sujetos pasivos de responsabilidad por la mala praxis de su desempeño.**

Sobre la necesidad de recurrir a tales colaboradores, creo que deberá estarse siempre al caso concreto, que no depende exclusivamente del formato empresarial del concursado. La experiencia nos indica que no siempre las grandes organizaciones serán las que demandarán más controles por parte del Interventor y por ende más personal auxiliar o profesionales colaboradores para practicarlo. Intervenir un gran emprendimiento u organización, que dispone en la interna de adecuada registración, correctos controles, procesos definidos y responsables en la jerarquía funcional, es muchas veces más sencillo (en la medida en que funcionen adecuadamente), que intervenir un comercio de pequeño formato, donde el deudor está a la vez en la caja, en la venta, en la cobranza, y en el manejo de los inventarios. Las posibilidades de fugas de dinero y las tentaciones son mayores en este último caso que en el primero y su necesaria marcación "cuerpo a cuerpo", exigirá incluso más personal de control, externo al emprendimiento y de confianza del Interventor.

Ocurrió en el reciente concurso de una peluquera de Ciudad de la Costa, constatando que se trataba de una labor personalísima y francamente incontrolable, salvo por la impracticable presencia personal del Interventor durante todas las horas en que el salón de peluquería estuviera abierta. El mismo (o más dramático) razonamiento podemos hacer cuando el Síndico desplaza a los titulares de la empresa. En este caso debemos apreciar la seriedad y confianza que despierta el personal existente y los mecanismos de control que presentan, a efectos de respaldarse en ellos para su tarea. A vía de ejemplo, no siempre se necesita desplazar al cajero actual del concursado por otro de confianza del Síndico o Interventor, para obtener los mismos resultados. El Síndico o Interventor en esos casos ingresa a una empresa que ya existe, se inserta en la cúspide jerárquica de dirección y evalúa el funcionamiento de la organización concursada. Si parte de la jerarquía funcional no responde a nuestras expectativas de confianza, ni son idóneos para el cargo, deberemos hacerlo notar al Juez con las sugerencias de los cambios necesarios (y mínimos) a implementar. Digo mínimos pues, por un principio elemental de economía y en la tarea de controlar no se puede gastar más que lo que realmente se genera o lo que está en juego. **Recordamos que la retribución de esos controles siempre será de cargo del Síndico o Interventor, salvo casos de gran complejidad al arbitrio del Juez. Con esto lo que se pretende es que la función no se convierta en una "industria" que posibilite el empleo, con cargo a la masa de una innecesaria cohorte de profesionales, auxiliares, colaboradores y afines.** Es que directa (porque así lo dispuso el Juez) o indirectamente (porque sirve para justificar los gastos de los que tuvo que hacerse cargo y acrecienta la retribución final del Síndico o Interventor) será la masa quien deba afrontar tantos dispendios.

3.-LAS FUNCIONES DE SINDICOS O INTERVENTORES:

Las funciones que cumplen Síndicos e Interventores, están consagradas a lo largo de la ley 18.387 en forma dispersa por lo que en esta guía, las hemos agrupado y ponderado, para intentar limar contradicciones e inconsistencias.

3.A.- FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN:

El **art. 32 de la ley 18.387**, que encabeza el Capítulo II "Estatuto Jurídico" del Síndico o Interventor, define las pautas de conducta que se deben seguir en el ejercicio del cargo. Allí exige: *"El síndico o el interventor deberá desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal"*.

Cuando expresa que deberá desempeñarse como un *representante leal*, suponemos que la ley está implícitamente refiriéndose, a la misión encomendada por el **art.55** cuando dispone que *"Todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso, siendo representados por el síndico o el interventor..."*. Pero también se está refiriendo al **art. 120** cuando expresa, que *"Los pequeños acreedores ordinarios que no asisten a la Junta serán representados legalmente por el síndico o interventor a los solos efectos de la consideración y votación de la propuesta de convenio presentada por el deudor"*. Éstas son algunas de las expresiones que formula la ley acerca de la representación de acreedores por parte del síndico o del interventor. Existen otras para **no perder de vista (caso del art. 75) ya que Síndico o Interventor, deben " administrar la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores"**.- Y esta prioridad deberá ser tenida muy en cuenta, ya que la

ley por encima de otros principios (*"conservación de la empresa"*, por ejemplo) posiciona a los acreedores y su satisfacción.

Un tema no menor es compaginar nuestra misión genérica de "representación de la masa pasiva", con algunas otras más específicas respecto de acreedores del concurso, que son a la vez clientes en nuestra habitual actividad profesional contable o letrada.. Si bien, en un abordaje ético del tema, nunca deberían producirse enfrentamientos entre ambas representaciones (la genérica y la específica), en caso de que se produzcan, deberíamos resignar la representación concreta y así hacérselo saber a nuestros clientes (y a propia la Sede). **Resulta obvio, que aunque nuestro cliente particular así lo pretenda, nunca podremos acordar ni admitir ventajas o tratamientos particulares para él, sacrificando al resto de la masa acreedora.**

3.B.- FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN:

De acuerdo al art. 32, el rol de Síndicos o Interventores, deberá ser desempeñado con la *"diligencia de un ordenado administrador"*.

Recurre la ley a un estándar jurídico como los que se aprecian en otras ramas del derecho: *"buen padre de familia"*, *"buen hombre de negocios"*, etc. **Ahora bien para ser "administrador" hay que tener patrimonio para "administrar"**.

La ley prevé la **continuidad empresarial o societaria, bajo la dirección del deudor, en coadministración con el Interventor**. Hasta aquí no hay nada nuevo, pues en el antiguo régimen concursal, con similar limitación de su capacidad (o *"legitimación"* como afirma la actual ley) para disponer y obligar a la masa, esa era la realidad de quien promovía un concordato preventivo o gestionaba una moratoria judicial.

Ahora bien, lo más complejo, es cuando **la ley dispone la administración exclusiva por parte del Síndico, ya que en las hipótesis de concurso necesario (o de voluntario insolvente) el deudor o el administrador anterior, son separados de la dirección, al serles suspendida la legitimación para disponer y obligar a la empresa concursada.**

En ese caso el art. 46 nal. 2 dispone que solamente el síndico estará legitimado para realizar actos de administración y disposición sobre los bienes y derechos que forman la masa activa del concurso.

Por otra parte el art. 44, bajo el título *"Continuación de la actividad del deudor"* establece que *"La declaración judicial de concurso no implica el cese o clausura de la actividad del deudor, salvo que el Juez disponga lo contrario, lo que podrá hacer en cualquier momento durante el concurso, a solicitud del deudor, de los acreedores, del Síndico o Interventor, o de oficio"*.

a.- ¿Es posible predicar siempre la *"continuidad empresarial"*?

Decíamos que la regla general es que el concurso no supone el cese de la actividad comercial del deudor, lo cual nos parece muy bien, cuando aún hay empresario (caso del concurso voluntario solvente). En esa hipótesis la ley parte de la compartida búsqueda de intentar una solución que no implique necesariamente la liquidación de los bienes de la masa. Según el caso, podrá haber concurso voluntario con o sin continuación del giro, dependiendo de si el deudor solicitó conjuntamente con la declaración voluntaria del concurso, el cese o clausura de su actividad. En este último caso nadie mejor que el propio concursado para apreciar el agotamiento de su modelo empresarial, su imposibilidad de continuación o su falta de voluntad y deseos de permanecer. **Existen recientes casos concretos donde voluntariamente el concursado pidió la liquidación de giro, por agotamiento del propio esquema comercial.**

Tampoco visualizamos mayores resistencias al **concurso necesario sin continuación del giro**, porque a nuestro entender respeta el sentido general que tienen estos procesos: cesada la actividad, hay que liquidar (prioritariamente vendiendo en bloque) y repartir el producido.

Lo polémico es cuando la ley impone como regla general la existencia de concursos necesarios con continuidad de giro. ¿Cómo debe reaccionar el Síndico cuando se le confiere esa misión de administrar una empresa en concurso necesario?

b.- ¿Cese de actividad o continuidad empresarial a cargo de un síndico?:

En una primera lectura de la ley, parecen primar las hipótesis que en un concurso necesario, el punto de partida es la continuidad de la actividad, bajo la administración exclusiva del Síndico, a quien en forma

(desmedida, a nuestro entender) la ley le exige poseer una actitud empresarial, sumado a una condición de administrador cauteloso, amén de cumplir en forma eficaz todas las funciones propias de la sindicatura.

Pero a ello se suma que el art. 75 dispone que *“El Síndico o el deudor, con la autorización y control del Interventor, deberán administrar la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores”*. Es decir que no sólo debemos revistar como un *“ordenado administrador”* de una empresa llena de dificultades (no en vano está en donde se encuentra) sino que tenemos que serlo, intentando dejar satisfechos a los acreedores con nuestra actuación y bajo la amenaza de ser responsabilizados por omisión.

Por mi parte, entiendo que existen argumentos en contra de la insistente prédica a favor de la actividad empresarial de la concursada. Enfrentadas a la última gran crisis global, los gigantes automotrices norteamericanos (Ford, GM y Chrysler) afirmaban que necesitaban la subvención estatal, pues *“acogerse a la bancarrota para reestructurar pasivos podría desembocar en su liquidación ya que las personas no comprarían los autos de una empresa en bancarrota”* (Wall Street Journal Américas.9/12/2008).

Si bien después y por imperio de la crisis, GM y Chrysler terminaron utilizando el Chapter 11, creo que correspondería plantearnos el mismo cuestionamiento respecto de todos los rubros, pues ¿alguien (pudiendo tener la opción) va a contratar servicios médicos de una mutualista en dificultades? ¿Teniendo la opción de elegir y cambiar, alguien va a continuar contratando servicios de cualquier índole, que por demás exigen la existencia de un prestador solvente y con permanencia, cuando se sabe que éste tiene dificultades serias que amenazan su continuidad? ¿Va a continuar dejando señas o anticipos en manos de una empresa en concurso, cuya suerte futura ni siquiera los acreedores conocen?

Pero aún comprando al contado ¿el público va a continuar adquiriendo bienes que desconoce si después tienen quien los garantice, o siga fabricando? O en el caso de un fabricante en concurso ¿seguirá comprando productos que al estar discontinuados en su fabricación, si luego existen faltantes serán imposibles de conseguir? En la otra punta de la comercialización: ¿Quién va a subcontratar a una empresa que está en serias dificultades? ¿Quién le adjudicará una licitación? ¿Quién le va a financiar la actividad ya que seguramente la concursada estará calificada a nivel de Central de Riesgos del Banco Central del Uruguay, en una categoría de riesgo, que siempre encarece su crédito por el nivel de encaje que requiere su financiamiento?

Pero voy más allá. Amén de la corrección ¿qué otras garantías sobre su capacidad empresarial puede aportar a proveedores del giro, un Síndico sin los años de trato comercial necesarios para cimentar confianzas recíprocas? ¿Quién le va a vender a crédito a un emprendimiento que ostensiblemente está en dificultades? ¿Vamos como Síndicos a utilizar cuentas corrientes bancarias propias para librar cheques de pago diferido documentando créditos de proveeduría, como es de estilo en plaza? ¿O solo se recurrirá a estos medios de pago, librando cheques comunes, para no movilizar efectivo y poder controlar la regularidad de los pagos ordinarios del giro?

A propósito de esto último, la ley posibilita que el Síndico administre las cuentas corrientes bancarias del deudor en dificultades, ya que según el art.76: *“El Síndico y el Interventor... tendrán la facultad de administrar ... las cuentas bancarias del deudor, sin que les sea oponible el secreto profesional de las entidades de intermediación financiera”*.

Pero lo que no dice la ley es como hará para administrarlas. Por lo pronto parte del improbable supuesto, que las cuentas corrientes permanecen vigentes, y no fueron suspendidas ni clausuradas.

Y esto es una hipótesis bastante remota si atendemos a las serias dificultades por las que atravesó el deudor (titular de las cuentas corrientes bancarias) antes de ser declarado el concurso. Deberíamos pues como Síndicos ingeniarnos para rehabilitar cuentas corrientes bancarias (lo cual no está previsto ni en la ley concursal, ni en el D. Ley 14.412, ni en las circulares bancocentralistas) o lo más probable, abrir otras, convirtiéndose en un verdadero problema la forma transparente de hacerlo.

c.-¿Debe el Síndico jugar a empresario?

Por eso a nuestro entender en la mayoría de los casos, recomendamos que Síndicos o Interventores sensatamente recurran al art. 44, y promuevan el cierre o clausura de la actividad concursada, ya que este planteo puede ser formulado *“en cualquier momento durante el concurso”*, a solicitud del propio *“deudor, de los acreedores, del Síndico o Interventor, o de oficio”*. Incluso para solicitar el cierre o clausura, el art. 44 no exige a los acreedores que reúnan determinado número o mayoría como sí lo hace en el art. 168 nal. 5 para obligar al Juez a decretar la liquidación de la masa activa.

Y como tampoco se requiere invocar determinadas razones o causas a texto expreso, *concluimos que el espectro de fundamentos de cierre a que se puede recurrir es bien amplio.*

A mi entender con algunas de las dificultades expuestas, sobran los argumentos para invocar el cierre del art.44. **Alejandro Miller (XI Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, donde desarrolló el tema "Actuación del Síndico como Administrador") en forma muy acertada, definió al Síndico como "capitán del Titanic" por ser un administrador sin crédito, como seguramente es el caso de toda empresa en concurso.** En consecuencia reclama que no se mida su responsabilidad con la misma vara que se le aplica a un administrador societario ordinario. Nosotros vamos más allá y predicamos que el Síndico intente (no siempre es posible) abstenerse de experimentar con patrimonios e intereses ajenos y pretenda reflotar emprendimientos que se fueron a pique, jugando al empresario.-

3.C.-FUNCIONES DE INFORMANTE:

La misión como Síndicos o Interventores, requiere elaborar en forma extenuante, continua y sucesiva informes y comunicaciones en cascada, a saber:

a.- Comunicar el Concurso a los acreedores:

De acuerdo al art. 93, tenemos 15 días a contar de la *designación* (no de la aceptación) para comunicar "por carta u otro medio fehaciente" a los acreedores, que el concurso se ha decretado, donde, etc. En este sentido deben sopesarse vías de comunicación no tradicionales, siempre que reúnan las categorías de "medio fehaciente", caso de e-mails, comunicaciones por medios audiovisuales, SMS, etc.. Sobre el tema volveremos.

b.- Presentar el Informe general:

Debe el Síndico o Interventor, presentar a la Junta de Acreedores (art. 122, nal.1) con una antelación mínima de 30 días a su celebración, el informe preceptuado por el art. 123 con el extenso contenido allí detallado:

- 1.- Memoria explicativa de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se dedica o hubiera dedicado y de las oficinas, establecimientos y explotaciones de que fuera titular, así como de las causas del estado en que se encuentra.
- 2.- Estado de la contabilidad del deudor, con expresión de las infracciones legales y reglamentarias en que hubiera incurrido.
- 3.- Memoria de la tramitación del concurso de acreedores, con expresión de las principales resoluciones y actuaciones realizadas por el síndico o el interventor.
- 4.- En caso de que, en el momento de la declaración de concurso, el activo fuera inferior al pasivo, el informe contendrá la relación de los bienes y derechos que deban ser objeto de reintegración a la masa activa, con expresión de la causa y de la persona o personas a las que afecte o pueda afectar la revocación. Si ya se hubiesen ejercitado acciones de integración de la masa activa, así se indicará expresamente.
- 5.- La forma más conveniente de proceder a la liquidación de la masa activa, para el caso de que no se apruebe un convenio entre el deudor y sus acreedores ni se logre realizar la venta en bloque de la empresa en funcionamiento.
- 6.- La tasación a valor de liquidación de la empresa en partes. Dicha tasación deberá ser realizada por el síndico con el asesoramiento de un experto independiente, aprobado por el Tribunal del concurso, a su costo. La tasación deberá expresarse en unidades indexadas.

c.- Confeccionar la lista de acreedores:

Gran parte del tiempo dedicado a la labor informativa de Síndicos e Interventores se la lleva la realización de las listas de acreedores verificados e excluidos que dispone el art. 102. Se trata de un informe que contiene la nómina de los acreedores que forman la masa pasiva, hayan solicitado o no la verificación de sus créditos, en orden alfabético, indicando fecha, causa, cuantía, vencimiento, garantías personales o reales, y calificación jurídica, distinguiendo la parte correspondiente al capital y a los intereses. También sobre este tema volveremos al desarrollar la labor de verificación de créditos.

d.- Inventario de activos:

Con la confección del **inventario de los activos**, cumplen los Síndicos e Interventores otra de sus labores informativas para la Sede y para los acreedores. Esa tarea, también es importante para su misión de conservador de bienes e incluso de investigación de faltantes que permitan acometer su recuperación. El **art. 77, ordena en consecuencia que el Síndico o el Interventor deberá elaborar el inventario de la masa activa, con valoración de los bienes y derechos de que se compone a la fecha de la declaración del concurso y de presentación del inventario, indicando las variaciones que hubiera experimentado entre ambos momentos.**

Para esa clara tarea informativa dirigida a la masa acreedora *“Deberán recurrir al asesoramiento de expertos independientes para la valoración de los elementos de la masa activa, solicitando previamente la autorización del Juez del concurso.*

El inventario será presentado al Juez del concurso, conjuntamente con la nómina de acreedores, y quedará de manifiesto en el Juzgado a disposición de los acreedores”.

Sucede que ese inventario, según dispone el **art.78**, puede ser impugnado por *“cualquier interesado”*, dentro del plazo de 15 días a contar desde su puesta de manifiesto (conjuntamente con la lista de acreedores verificados) *“solicitando la inclusión o la exclusión de bienes y derechos, así como la modificación de la valoración de los elementos de la masa activa”*. Si no hay impugnación, el Juez aprobará el inventario según dispone el **art. 105**. A propósito de esto, lo que no aclara la ley es que **sucede si se acepta la impugnación impetrada. ¿El mismo perito designado anteriormente es quien debe revalorar los elementos impugnados, o el Juez designa otro perito para esos efectos? De ser así ¿los gastos del nuevo peritaje también serán créditos contra la masa (art. 91 nal. 3), o deberá afrontarlos el Síndico o Interventor que lo designó?**

e.-Informe especial sobre viabilidad del plan de continuidad.

Pero la misión informativa del Síndico o Interventor no tiene descanso, ya que de acuerdo al **art. 142**, si se presenta una propuesta de convenio *“el síndico o el interventor deberá emitir un informe especial sobre la viabilidad del plan de continuación o de liquidación, el cual deberá ser presentado al Juzgado y puesto a disposición de los acreedores con una anticipación mínima de quince días a la fecha prevista para la celebración de la Junta de Acreedores”.*

f.- Ampliación del informe especial:

Y si por ventura se modifica la propuesta de convenio, el inc. 2 de este **art. 142** dispone que *“el síndico o el interventor deberá ampliar su informe, el cual deberá ser puesto a disposición de los acreedores con una anticipación mínima de cinco días a la fecha fijada para la celebración de la Junta”.*

g.- Informe de calificación:

También en esa labor informativa de Síndicos e Interventores está comprendida la presentación al Juez del Concurso de *“un informe documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso de acreedores” (art. 198).*

h.- Informe de la liquidación:

Si se entra en la etapa de liquidación, cada seis meses, deberá el Síndico (no hay Interventor en la liquidación) emitir un *“informe sobre el estado de la liquidación, que entregará al Juez del concurso y la Comisión de Acreedores” (art. 178).*

i.-Informe sobre actos susceptibles de revocación:

También, cuando exista causa de suspensión o conclusión del concurso (**art. 206**) deberá producir el Síndico *“un informe sobre la existencia de actos del deudor anteriores a la declaración judicial de concurso que sean susceptibles de Revocación”*

j.-Rendición de cuentas:

De acuerdo a los arts. 38 y ss, a lo largo de todo el proceso, tanto Síndicos como Interventores deberán rendir cuentas en las variadas oportunidades en que se les pida esa información.

3.D.- FUNCIONES DE CONSERVACIÓN:

La conservación de la masa activa forma parte de la labor **sólo del Síndico**, pues únicamente se entiende en caso de suspensión de la legitimación del deudor. Por eso el **art.74** no menciona al Interventor, cuando dispone: *el síndico deberá conservar los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso*".

Sucede que muchas veces practicar las medidas de conservación de los bienes se presenta como muy caro y desmedido con relación al valor intrínseco de los bienes. **Sobretudo cuando no es posible en el corto plazo proceder a la venta en bloque de la empresa del art. 172, que recordamos es la prioridad número uno del concurso cuando se entra en la etapa de liquidación.**

Aún tratándose de bienes no perecederos, descartada por inconveniente la venta en bloque de la empresa (por falta de interés en plaza, porque no hay activos atractivos, están desactualizados tecnológicamente, el rubro de actividad está en declive en el mercado, etc.) y la masa posee por ejemplo, inmuebles aislados, las reglas de una buena administración desaconsejan proceder a contratar custodias y guardias que a la larga se lleven el posible resultado.

Para evitar problemas de vecindad, deterioro del inmueble, irrupción de intrusos, etc. lo más aconsejable es rematar en forma inmediata para volver a poner el inmueble en el "comercio de los hombres". Lo mismo sucede con bienes muebles, maquinarias y mercaderías cuyo pronto retorno al mercado transable es lo más indicado, pues en caso contrario los gastos de depósito consumirán el producido final. Por eso a nuestro entender, el Síndico debe recurrir siempre y con presteza a este mecanismo de venta anticipada, y en caso de existir discordias acerca del destino final del producido es preferible continuarlas sobre los resultados netos obtenidos y no sobre ilusorios activos que van perdiendo valor.

Es que **los gastos de conservación, según dispone el nal. 3 del art. 91 son créditos contra la masa y su pago de acuerdo al art. 92 "se realizará con cargo a los bienes de la masa que no estén gravados con prenda o hipoteca"**. El punto de quienes sufragan los gastos, es ajeno a este trabajo, pero hacemos saber nuestra posición contraria a la prescindencia de cooperación de los acreedores hipotecarios y prendarios, cuando los gastos de conservación benefician también a los bienes con gravamen real. No cooperar en ese caso implica un enriquecimiento sin causa con su respectivo empobrecimiento de aquellos acreedores sin privilegio especial.

La máxima de actuación en esta materia es que deben procurarse reducir las erogaciones por concepto de conservación. Máxime con una disposición tan contemplativa como la actual que permite que si existen *"bienes de fácil deterioro o de difícil o costosa conservación podrán ser enajenados de inmediato mediante la modalidad que disponga el Tribunal a propuesta del síndico"* (inc. 2 del art. 74).

Esta facultad de disponer de esos bienes para su enajenación inmediata, es mucho más permisiva que la existente en la anterior normativa concursal. El derogado art. 1639 facultaba al Juez de la quiebra para disponer la venta, pero *"en remate público de las existencias que fueran de fácil deterioro o de conservación dispendiosa o difícil, nombrando el martillero que debe realizarla"*.

Aquella disposición estaba en consonancia con el actual y vigente **art. 317.2 del CGP,**

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

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

Repetimos que la actual ley, si bien el remate podrá ser dispuesto por el Tribunal, no es obligatorio hacerlo por ese medio, pues el **art. 74** **posibilita que "podrán ser enajenados de inmediato mediante la modalidad que disponga el Tribunal a propuesta del síndico"**. **De todas formas deberán adoptarse medidas que transparenten y salvaguarden la objetividad de los procedimientos de enajenación**, por ejemplo: llamados públicos, presentación de ofertas en sobre cerrado, concurso de precios, etc., en especial cuando el volumen o monto de los bienes así lo aconsejen.

Agregamos que **dentro de las funciones de un conservador eficaz, también puede el síndico o interventor "restaurar"**. Es el caso de la rehabilitación de contratos del concursado que hubieran caducado o ya hubieran sido resueltos. Por el **art. 79** se otorga al síndico o interventor la facultad de rehabilitar diversos contratos: de Mutuo pagaderos en cuotas de capital o de intereses, de Compraventas a crédito de bienes muebles o inmuebles, de Promesas de enajenación de inmuebles a plazos, de Arrendamientos y leasings caducados por incumplimiento del concursado de la obligación de pagar el precio y/o de realizar los pagos periódicos comprometidos.

3.E.-FUNCIONES DE INVESTIGACIÓN:

El art. 74 al final comete al Síndico (se trata de hipótesis de concursos necesarios), una clara labor investigadora, para lo cual *“Deberá realizar además todos los actos necesarios para entrar en posesión de los libros legales y de los documentos relativos a la masa activa y a la actividad profesional o empresarial del deudor”*.

Es que sin esa labor de pesquisa documental, pocas novedades podrá aportar a su misión informativa y menos éxito aún cosechará cuando pretenda reintegrar a la masa bienes o revocar actos (caso del art. 81).

De ahí la importancia de disponer de la información contable y si no llega a entrar en posesión de la misma, el Síndico o el Interventor tienen la obligación (art. 249) de denunciar al deudor en caso de que éste sustraiga o esconda los libros sociales según el artículo 248 de la ley.

La labor investigativa de Síndicos e Interventores se complementa con una actitud de denunciadores comprometidos.

Reiteramos que en esa labor de investigación, el Síndico o el Interventor, pueden obtener información *“sobre las cuentas bancarias del deudor, sin que les sea oponible el secreto profesional de las entidades de intermediación financiera”*.

Así lo dispone el art. 76 que también lo faculta para *“administrar”* las cuentas corrientes bancarias del deudor, como ya analizamos. Es importante este artículo, porque ya no le será oponible al Síndico o Interventor, en su misión de investigación el tan invocado y manido art. 25 del D.Ley 15.322. De esta forma, accediendo y analizando los resúmenes y conciliando los estados de cuentas, le será posible indagar el paradero de determinadas partidas de dinero, movimientos, giros, acreditaciones, etc.

Quizá la labor de investigación mayor del Síndico o Interventor, sea la atinente al proceso de verificación de créditos (arts. 95 y ss.). Ya lo analizaremos con mayor detalle, pero a nadie escapa que menuda tarea les espera a Síndicos e Interventores, que deberán verificar cientos de créditos que se le presentan y realizar con cada uno de ellos un detallado proceso de indagación acerca de la veracidad de su causa, cuantía y naturaleza.

3.F.-FUNCIONES PROCESALES:

El Síndico o el Interventor tienen una actuación procesal preponderante a lo largo (desde el inicio hasta su conclusión) y a lo ancho (no sólo interviene en el expediente principal, sino en todas sus piezas, incidentes y expedientes atraídos) de todo el proceso del concurso, con facultades continuas y preponderantes.

En especial les corresponde:

- Al Síndico, concretamente, sustituir al concursado, que tiene suspendida su legitimación para disponer y obligar a la masa, en *“todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en curso en que éste sea parte, con excepción de aquellos fundados en relaciones de familia que no tengan contenido patrimonial”* (art. 46 nal. 3).
- A Síndicos o Interventores : entablar las demandas contra los deudores del concurso renuentes al pago o que no cumplan y comparecerán procesalmente para conservar los derechos de la masa, promoviendo para ello las acciones revocatorias, paulianas, reivindicatorias y posesorias que fueren menester.
- Siendo la concursada persona jurídica, corresponderá al Síndico o al Interventor entablar en forma diligente las acciones contra los socios y administradores previstas en los arts. 51 y 52 de la Ley 18.387.
- Síndicos e Interventores tienen la obligación de denunciar ante la Justicia Penal competente todos los hechos y circunstancias que puedan configurar los delitos previstos en el artículo 248 o cualquier otra figura delictiva, de que tuvieran conocimiento según dispone el art. 249.
- Como disposición residual y por imperio de práctica judicial constante, Síndicos e Interventores intervienen preceptivamente en todo el proceso concursal, pues nada del concurso les es ajeno. Síndicos e interventores son los referentes procesales del concurso y por lo tanto no es de extrañar que no exista actuación dentro del proceso que los tenga como partes, citados, notificados, o de cualquier forma (con razón o “por las dudas”)anoticiado. Verificaciones de créditos, oposiciones, incidentes de calificación, recursos de reposición o apelación, revocación, acciones sociales de responsabilidad, clausuras o suspensiones del

concurso, son una pequeña muestra de las innumerables veces que deberán comparecer en juicio o de las múltiples oportunidades en que se les dará vista de cualquier escrito que se presente en obrados.

3.G.-FUNCIONES DE ENAJENACIÓN:

Hemos visto que anticipadamente el Síndico puede vender los bienes de conservación dispendiosa o fácil deterioro (inc. 2 del art. 74), para lo cual debe proponer al Tribunal la mejor "modalidad" para hacerlo.

Pero además de acuerdo al inc. 2 del art. 75 el Síndico (y el deudor con el control del Interventor) pueden vender sin autorización judicial, bienes de uso o derechos de cualquier clase cuyo valor no sea superior al 5% del valor total de la masa activa. Para operaciones (enajenación o gravamen) de bienes cuyo valor exceda ese valor, requerirán autorización del juez del concurso.

Relacionados ambos artículos, resulta que los "bienes de fácil deterioro o de difícil o costosa conservación" cuyo valor no exceda del 5% del valor de la masa activa, no requieren autorización judicial.

Es indudable que la responsabilidad por la necesidad de estas operaciones y su corrección recaen sobretodo en el Síndico, porque en las situaciones de concurso voluntario, el planteo lo realizará el deudor y el papel del Interventor se limitará a controlar. Por eso entendemos que además debe ser el Síndico un vendedor eficiente, y por supuesto, también capacitado, ya que en las etapas de liquidación le corresponderá al Síndico (si había Interventor, allí se trasmutó en Síndico) proceder a la venta de todos los bienes de la masa, para lo cual tiene amplios poderes de proposición. Un ejemplo de ello es el art. 169 nal. 2 donde deberá elevar en 90 días al Juez una propuesta conteniendo el pliego de las bases del llamado a licitación para la venta en bloque de la empresa concursada.

También debe el Síndico estar preparado para que en caso de no lograrse la venta en bloque de la empresa, presentar en 30 días a la Comisión de Acreedores un proyecto actualizado de liquidación por partes de la masa activa, según dispone el art. 174. La habilidad vendedora del Síndico, se verá sometida a prueba.

4.- LA VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS EN EL CONCURSO:

4.A.- LA TAREA PASO A PASO:

Es indudable, que se trata de la labor que insume más tiempo a Síndicos e Interventores, de ahí la necesidad de actuar en forma ordenada y sistemática.

En un intento de simplificar tan engorrosa tarea, no sólo para Síndicos e Interventores, sino también para asesores y acreedores enfrentados a instancias fuera de sus habituales escenarios, hemos elaborado una serie de pasos sistematizados. Recomendamos además al Síndico o Interventor formar desde el comienzo carpetas electrónicas, con un archivo por cada acreedor, donde consten, la solicitud de verificación, las personas de contacto, las casillas de correo electrónico donde citarlas, cursarles novedades, requerirles pruebas complementarias o formularles preguntas sobre los documentos presentados. Y en caso de dudas exigir certificados contables emitidos por el Contador Público del propio acreedor, donde se relacionen los asientos en que se registraron las operaciones que dieron origen al crédito. El tener toda la información escaneada y digitalizada, permitirá ordenar la lista de acreedores, facilitar su búsqueda y sobre todo relacionar la lista con su referencia.

1er. Paso:

- **Organizar el tiempo que requiere la verificación:** Para poder cumplir con los inexorables plazos concursales, es recomendable realizar un "estudio previo de situación". Recordamos que el art. 101 establece el plazo para que el Síndico o Interventor presenten la lista de acreedores. Son 30 días a partir de la fecha de cierre de recepción de las insinuaciones. Por lo tanto, en condiciones normales esta tarea de verificación, deberá ser efectuada en menos de 150 horas (son 30 días según el art. 101, o sea 25 días hábiles a seis horas diarias), después de terminar el plazo de recepción de insinuaciones. Tarea, además, donde generalmente se concentra la mayor cantidad de denuncias en los últimos días, próximos al vencimiento. - Deberá tenerse en cuenta que existen situaciones que retrasan el análisis de los casos complejos, por ejemplo aquellos donde existen grandes disparidades entre lo denunciado por la concursada y lo solicitado por el insinuante. Pero además, si estamos

trabajando en planillas electrónicas como recomendamos, y asignamos tiempo a la simple tarea de cargar datos sin análisis, sólo los créditos menos complejos (aunque no por ello menos importantes), demandan un promedio de 5 minutos por acreedor insinuante, lo que suma 25 horas de trabajo para 300 insinuaciones de créditos. Acotamos al pasar, que hoy en día hay se están tramitando concursos con más de 2000 acreedores.

- A partir de ese análisis, estimar, tomando el número de acreedores denunciados, el tiempo destinado a la recepción de denuncias e insinuaciones de créditos, carga de datos, análisis de las denuncias, calificación de los acreedores insinuantes en Fiscales, Laborales, Proveedores Comerciales, Financieros (bancos o prestamistas), Subordinados. De ahí la recomendación de planificar la estructura destinada a ese concurso de acuerdo a la envergadura y/o complejidad del caso (mayor cantidad de asistentes y auxiliares, necesidad de recurrir a especialistas en algún tema muy específico, contables encargados de las tareas de campo, etc.).
- Entonces para mejor planificar es recomendable confeccionar:
- **un cronograma** para que los tiempos no ahoguen la capacidad de respuesta, asignando además funciones para casos específicos (Ej.: acreedores insinuantes mayores a XX \$ serán atendidos por el profesional NN, en cambio la recepción de insinuaciones menores serán asumidas por los auxiliares NN o XX).
- **Una "Check list"**, para que la recepción de insinuaciones se uniformice, sin importar el profesional, el asistente o colaborador del equipo que realice la tarea. Esa *Check List*, debe contener:
 - Control de la documentación presentada por los acreedores (original con copia)
 - Sellado de originales (Facturas, conformes, cheques) presentados
 - Registrar al insinuante (Razón Social, Apellido y Nombre, persona de contacto y sobre todo **email**) y **asentar el monto reclamado** y la calidad del crédito.

3er.Paso:

- **Reuniones con el concursado:**
También las reuniones con el (la) concursado(a) deben ser planificadas, a efectos de abarcar todos los puntos pendientes, pero además para poder actuar con resultados positivos. En tal sentido, es importante:
 - Solicitar **POR ESCRITO (en acta formal)** a la concursada copia de todos los archivos magnéticos, que hayan servido para generar los escritos y documentos presentados en el Concurso. Ello redundará en ahorro de tiempos en el tipeado y digitación para formar las planillas con las nóminas de acreedores denunciados.
 - Se deberá requerir **además del nombre de los acreedores (o razón social), su domicilio (calle, número, localidad, código postal, email) y el saldo de deuda reconocido por la concursada (e incluso, la confirmación de dicha deuda, si ya se hubiera realizado por la concursada o por sus auditores).**
 - Es obvio que además se le solicitará a la deudora, información periódica post-presentación concursal, pues es necesaria para seguir la gestión económico-financiera, y son insumos necesarios para elaborar en forma posterior el **informe de viabilidad del art.142.-**
 - **Pero además, resulta primordial fijarle un plazo al concursado (24 o 48 hs. a lo sumo) para que esos elementos o archivos le sean suministrados a Síndico o Interventor. Y en caso de falta de respuesta o conductas omisivas, elusivas o de falta de cooperación, hacerlo notar por escrito a la sede. En realidad el problema de la inexistencia de un deudor interlocutor engrosa las dificultades de la labor del Síndico, ya que no imaginamos a alguien que promueva un concurso voluntario y se desentienda de prestarle al Interventor la cooperación a que está obligado.**

4to.Paso

Comunicación a los Acreedores Denunciados:

- **A priori, para cumplir con esta obligación, es importante diseñar un modelo de carta a ser dirigida a los acreedores, teniendo en cuenta toda su labor conexas (sobres, impresión de etiquetas, envío de la correspondencia, control de recepción). Generalmente las circunstancias pueden determinar apartamientos de este criterio, por ejemplo en aquellos casos en se puedan librar las comunicaciones desde la concursada, con sus propias hojas membretadas, personal, etc..**

- Contenido de la comunicación: Tiene que dar cuenta del concurso, individualizar al concursado (RUT y Cédula de Identidad), los autos judiciales, la fecha de declaración del concurso, la designación del Síndico o Interventor, su domicilio, teléfono, email, dar a conocer la fecha hasta la que pueden presentarse ante el Juzgado insinuando su crédito, la necesidad de aportar una dirección electrónica (para agilizar las comunicaciones), los documentos que deberán presentar, etc.etc.

5to.Paso

De los créditos insinuados a la *lista de acreedores*:

- Como ya expresamos lo ideal (a veces lo mejor es enemigo de lo bueno) es distribuir el trabajo de análisis entre profesionales o auxiliares respetando el tipo de créditos: uno para bancos, otro para proveedores, otro para prestamistas, otro para trabajadores; intentando de esa forma homogeneizar los criterios que se utilicen. Para ello se recomienda una reunión previa al trabajo para fijar criterios ante casos similares que se planteen: entrega de mercaderías prepagas, cobro de documentos prendados, exigencias uniformes de documentación a los insinuantes, mercadería en tránsito, etc..
- Confeccionar una planilla electrónica con el listado de acreedores y campos a ser completados e instrucciones para su llenado. Al ir recepcionando las insinuaciones, se ingresan los datos requeridos y suministrados en las planillas y se reservan campos "especiales" para el análisis (Ej.: Facturas post-concursales, facturas omitidas o no denunciadas, etc.) que facilitarán la conciliación entre lo insinuado y lo denunciado. **Recordamos que el art.95 exige presentar los documentos originales. Nuestra propuesta de actuación es que se presenten original y fotocopias bien legibles, y dejar constancia en una vía fotocopiada que se presentó el original para su verificación, o escanear los originales y trabajar sobre ellos. Por razones de simplicidad, deberían escanearse todos los documentos que cada acreedor presente en forma complementaria a lo largo del proceso.**
- Cotejo individual de la documentación del insinuante, cruzándola con la denunciada. En este estado, se debe aplicar a los créditos a moneda nacional (cuando corresponda), el reajuste del DLey 14.500 y recalcular intereses ya facturados (arts.63 y 64). Para ello es necesario contar desde el inicio del "*tipo de cambio comprador interbancario de la fecha de declaración del concurso*", la variación del IPC desde la fecha de declaración del concurso y tener en cuenta el criterio temporal y tasa de intereses aplicada y devengada por cada crédito. Por eso lo ideal en casos complejos es realizar todos estos cálculos en una hoja electrónica por cada acreedor insinuante.
- La terminación del informe es la etapa final de un proceso que se inicia al diseñar el modelo de planilla, con la inclusión de todas las condiciones y variables que vamos a contemplar. Y para que todo esto sea viable es necesario utilizar la herramienta informática en forma tal que permita obtener rendimientos aceptables, definiendo modelos de cartas-comunicaciones, diagramando el "*check list*", predefiniendo campos en planillas electrónicas. Esto permitirá, no sólo ahorrar tiempo de proceso, sino que posibilita uniformar la presentación de los informes.

6.-Paso

Elaborando la "*lista de acreedores*":

- Es posible encontrar en Internet distintas monografías sobre el tema verificación de créditos, donde se describen modelos para la elaboración de la lista de acreedores. Lo aconsejable es trabajar sobre una lista resumida complementada con informes individuales (uno por cada acreedor verificado). Procurando obtener homogeneidad en la presentación de esos informes por cada crédito individual insinuado, se debe definir su formato, respetando las exigencias (páginas, márgenes, encabezados, pie, tamaño de tipografía, sangrías) de las acordadas de la SCJ para la presentación de escritos en el expediente judicial.
- Es interesante destacar además, que algunas de esas monografías que estuve repasando, proponen incluso que tanto en la Lista de acreedores (art.101), como en los informes individuales se adopte una estructura uniforme, con determinado orden y respeto de una semántica predefinida. Un ejemplo: "*Se aconseja verificar el crédito (si no hay diferencias entre*

reclamo y denunciado, y no se rechaza nada de lo solicitado), declararlo admisible (si hay diferencias o se rechaza algo), o inadmisible (rechazo completo)".

- Dejando de lado los aspectos formales, lo importante de esta tarea es que Síndico o Interventor no pueden dejar de expedirse sobre el crédito insinuado, describiendo el reclamo, mencionando la causa u origen del crédito, los privilegios invocados, las monedas y montos, y el desglose detallado de los conceptos o rubros que incrementan el capital, si los hubiera. Entiendo que también deben referirse a la acreditación de la entrega de bienes, provisión de servicios o contraprestación, así como la emisión de documentación acorde. En esta etapa, aunque la carga de la legitimidad del crédito corresponde al acreedor, entiendo que debe aclararse si la insinuación fue denunciada o no por la concursada al inicio de la gestión (art.7 de la ley 18.387), si surge claramente el reconocimiento del crédito a favor del insinuante, por que importe y en que grado coincide o no con el reclamado, así como si se acredita la entrega de cheques o documentos no cancelados. Pero además existen determinados casos (Ej.: DGI, BPS, Bancos, etc.) que ameritan un tipo de informe más detallado y personalizado.
- En aquellos casos, en que se hubiera requerido ampliación de información (al deudor o al insinuante) antes de expedirse por la admisión, el rechazo y la categorización del crédito insinuado, hay que consignarlo y dejar constancia del grado de cooperación recibido por ambas partes.
- La lista de acreedores, debe ser presentada en orden alfabético (art.101), pero aconsejamos que también se generen listados ordenados por monto de mayor a menor y por clase de créditos. Y dentro de cada clase de créditos, ordenarlos tanto por orden alfabético, como por monto de mayor a menor, como forma de ubicar al acreedor en forma rápida cuando ello sea requerido (Junta de Acreedores, cotejo de adhesiones o firmas, etc.). Por su parte los informes individuales sobre cada acreedor (con el detalle del monto de créditos, fecha, causa, cuantía, vencimiento, garantías, calificación, capital e intereses) son muy importantes, pues en caso que después de elaborada la lista, un crédito haya sido impugnado u observado dentro del plazo de 15 días (art.104) la documentación servirá al Síndico o Interventor, para expedirse acerca de la pertinencia de la impugnación o reclamo.

4.B.DIFICULTADES EN LA TAREA DE VERIFICACIÓN:

La importancia de la verificación es tal que se constituye en el mecanismo que posibilita el tránsito de los acreedores "concursoales" (meramente declarados o denunciados por el concursado) en acreedores "concurrentes" (aquellos que intervienen en el reparto del concurso). Y bien en ese tránsito que implica la verificación, hemos detectado que los puntos más conflictivos, o al menos los que aparejan mayores quebraderos de cabeza a Síndicos e Interventores, son :

- Las tasas de intereses contrarias a derecho o abusivas, y los intereses calculados más allá de la fecha de suspensión de su devengamiento (art.64).
- Los privilegios de carácter general (arts.110) en especial los originados en materia laboral y tributaria, por sus dispares fechas de prescripción, topes, montos de multas y recargos, etc.
- La individualización, calidad y entidad de los acreedores subordinados. Forma parte de las labores detectivescas del Síndico o Interventor, identificar aquellas "*personas especialmente relacionadas con el deudor*" (art.112).
- Los acreedores prendarios e hipotecarios, y el cuestionamiento del alcance del gravámen, fecha de constitución de la garantía, etc.
- La falta de denuncia (total o parcial) por el concursado de un crédito o los errores numéricos en los saldos y estados de cuenta.
- Las facturaciones producidas en estado de definición concursal (¿son con causa anterior, o son postconcursoales y deben ser considerados "*créditos contra la masa*" art.92?), lo mismo que las notas de crédito o notas de débito emitidas recíprocamente por insinuante y/o concursado.
- La falta de causalidad en reclamos sustentados en títulos valores, en especial facturas canceladas por la deudora con cheques descontados/ endosados/ cedidos a terceros por el propio insinuante.

- **El libramiento o endoso de títulos valores por parte del concursado.** A su vez estos títulos valores, luego circularon mediante endoso, o peor aún, mediante cesiones, endosos irregulares o sin endoso.

Estos dos últimos puntos están íntimamente relacionados. Nosotros en forma enfática sostenemos que no procede admitir sin más, ni más la presentación única de los títulos valores, ya que ellos no prueban la "causa". Estamos inmersos en la materia concursal y no en el ámbito circulatorio de esos títulos, los que por otra parte están ya incumplidos o en vías de estarlo. La dificultad es que en su mayoría esos títulos valores circularon. Han sido descontados, o entregados en pago a terceros, por lo que presumiblemente el acreedor (proveedor o prestador de un servicio) tenga los documentos de la relación fundamental (arrendamiento de obra o servicios, facturas de compraventa o de servicios) y en ese momento no tenga en su poder los cheques de pago diferido, conformes o vales. Como está comprometido con el descontante a honrar su pago, pues está obligado por el endoso a hacerlo, lo más seguro es que no coincidan los plazos (60 días) para verificar, con el tiempo que necesita para solucionar el adeudo con el tenedor actual del documento y "hacerse" del mismo. De ahí que la labor más importante del Síndico en esta etapa, es relacionar operaciones para que no se terminen duplicando los créditos. En el caso de créditos civiles (préstamos fundamentalmente) deberá exigirse mucha más documentación probatoria acreditante que la mera tenencia de cheques de pago diferido (que documenta el compromiso de pago del mutuo) al portador. Será fundamental en estas operaciones rastrear la existencia de créditos subordinados, cuya labor de detección forma parte de las tareas del Síndico.

5.-¿QUÉ NO PUEDEN HACER SINDICOS E INTERVENTORES?:

Hemos pasado revista a un repertorio de tareas que el Síndico o Interventor están obligados (con mayor o menor complejidad) a realizar, pero también es importante resaltar las prohibiciones y responsabilidades a que se enfrentan a lo largo del desempeño de sus cargos.

5.A.-PROHIBICIONES:

Por lo pronto, en lo atinente a las prohibiciones, tanto el Síndico como el Interventor "no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta bienes y derechos que integren la masa activa del concurso". Así lo dispone el art. 33 que replica la solución del hoy derogado art. 1765 del Código de Comercio.

En realidad en la antigua quiebra la prohibición también abarcaba al Juez, al actuario y a "subalternos del Juzgado". La prohibición no distingue la modalidad de enajenación en que se practique la contravención, por lo que no pueden adquirir ni bienes ni derechos hayan sido enajenados éstos mediante venta privada, remate o licitación.

El inc. 2 del art. 33 dispone que en caso que violen esa prohibición, tanto síndicos como interventores quedarán inhabilitados "y deberán reintegrar a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieran adquirido".

La inhabilitación entendemos que no es sólo para este proceso concursal, sino para el desempeño de toda la actividad de Síndico o Interventor, por lo que deberá ser comunicada en cumplimiento del art. 43 por el Juzgado, tanto a la Unidad de Evaluación de Síndicos (art. 260) como inscrita en el Registro de Síndicos e Interventores concursales del art. 42. Ambos organismos al día de hoy aún no existen.

5.B.-RESPONSABILIDADES :

Respecto de las responsabilidades por el desempeño del cargo, nos remitimos al art. 35. Comprende como sujetos responsables, además de los Síndicos e Interventores a "los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el Juez del Concurso".

¿Qué sucede con los auxiliares sin nombramiento autorizado? En ese caso entiendo que responden a través del Síndico o del Interventor que los contrató (responsabilidad del dependiente), y no responden por sí, como cuando fueron autorizados por el Juez del concurso. Recordamos que si bien el art. 32 obligaba a Síndicos e Interventores a desempeñar su cargo con la diligencia de un "ordenado administrador y representante leal", ese estándar de conducta no es exigido al auxiliar (lo haya autorizado el Juez o no), por lo que sólo podrá ser demandado por la responsabilidad aquiliana propia del fuero común.

Según el art. 33, Síndicos, Interventores y auxiliares, responderán frente al deudor y frente a los acreedores, pero no por daños causados a éstos, sino por los daños y perjuicios que hayan causado *“a la masa del concurso por los actos y omisiones contrarios a la ley o por los realizados sin la debida diligencia”*. Como se observa el espectro de comportamientos generadores de responsabilidad es muy amplio y de peligrosa interpretación.

Analizar la *“debida diligencia”*, aún aplicando el estándar del art. 32 supone una lógica carga de subjetivismo que tiene mucho que ver con los resultados finales del concurso. Y como sucede que siempre el concurso reparte escasez, los insatisfechos que serán muchos enfilarán baterías hacia la cara visible del concurso (el Síndico o el Interventor).

Sobre el particular, nos autocitamos pues el tema fue abordado en forma harto extensa en nuestro *“Manual del Nuevo Derecho Concursal”* (ob.cit.) en los siguientes términos: *“Un deudor dolorido, porque con certeza al vadear el concurso dejó en él, todo o parte de su esfuerzo empresarial sumado a muchos acreedores insatisfechos por no poder cobrar la integridad de créditos en su mayoría mal otorgados, es caldo de cultivo propicio para futuros reclamos. “La culpa es del otro, que no hizo tal cosa”, o “que la hizo mal”, o “que no la hizo a tiempo”, serán seguramente parte de las imputaciones que se erigirán contra el agente visible del concurso.*

Es que las expectativas que muchas veces se depositan en el concurso no son las correctas. El deudor pues pretende con su acceso, salvar (y mejorar si es posible) un emprendimiento ruinoso. Pasado el primer susto de los cheques devueltos por falta de fondos, de las denuncias penales y de la proliferación de juicios, empieza a reconsiderar su posición, y a dictar cátedra de comportamiento empresarial. Sus sueños alimentan todo lo que no hizo con la empresa “in bonis” y que considera que puede hacer en esta instancia. Y como no lo puede llevar a la práctica, pues los acreedores no le llevan el apunte o las circunstancias lo impiden, entonces la culpa es del Interventor que no lo deja actuar. Eso cuando el deudor no está desplazado del gobierno empresarial. Cuando observa el “partido desde las tribunas” las imputaciones se dirigen al Síndico por hacer cosas, o por no hacerlas, de ahí el peligro de las omisiones como fuente de responsabilidades. Los acreedores “idem de lienzo” (con perdón del casticismo), son arrastrados involuntariamente a un concurso que no entienden ni quieren entender.

Sucede que todo concurso es en el fondo un fracaso y no sólo de un deudor, sino también de un crédito mal otorgado. En materia crediticia siempre se dice que “no hay créditos impagos, hay créditos mal dados”. Con mejor información, el proveedor o financista no hubiera sido tan generoso o desaprensivo. Después del concurso los acreedores se interrogan como pudieron darle tanto crédito a un deudor tan poco confiable.

Pasado el primer trago amargo, pretenden que el concurso recomponga la ecuación crediticia y pretenden cobrar íntegramente su crédito. Y como si no compartieran ningunas culpas, inflan las expectativas del concurso, por lo que los resultados finales no serán de su agrado. ¿A quién direccionar entonces las baterías de las frustradas expectativas de deudor y acreedores? Nadie mejor que un Síndico o Interventor, erigido por la ley en improvisado empresario de un ramo del que nunca oyó hablar en su vida, y que fracasa en su alquimista búsqueda de transmutar el plomo en oro. Y si todavía dio motivos para ello, mejor.

Lo importante: El inciso 2do del art. 33 que atribuye competencia para la acción de responsabilidad al Juez del concurso, que se supone habrá sido testigo privilegiado de la razón (o sinrazón) del reclamo: *“La acción se promoverá, en vía ordinaria, ante el Juez del Concurso y prescribirá a los dos años a partir del momento en que, por cualquier causa, el síndico o el interventor hubiera cesado en su cargo”*.

Lo innovador: La parte final del art. 33, que establece un incentivo al acreedor litigante (y al letrado patrocinante), ya que *“Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa, tendrá derecho a que, con cargo a esa indemnización, se le reembolsen los gastos del proceso y se le satisfaga hasta el cincuenta por ciento del crédito que no hubiera percibido en el concurso”*.

El punto de quienes pueden entablar demanda por daños y perjuicios contra el Síndico, interventores y auxiliares, presenta alguna inconsistencia, ya que por su contexto y analizado este art. 35 con el siguiente que regula su cese o separación del cargo, no vemos la razón por la cual se limita sólo a deudor y acreedores. En efecto, pueden pedir el cese, todos los legitimados del art. 6, según dispone el art. 36, en cambio la demanda de daños y perjuicios sólo queda acotada a deudor y acreedores.

Pero la realidad es que la responsabilidad del Síndico o del Interventor no se detiene en el art. 33. Los casos de ceses y separación del cargo que analizaremos, obviamente pueden también dar mérito a reclamos puntuales por inconductas y mala praxis.

Una disposición interesante en materia de responsabilidad de Síndicos e Interventores es la previsión tributaria del nal. 4 del art. 254. En efecto, tratándose de una materia guiada por criterios objetivos de responsabilidad, es importante que: *“No serán aplicables a los síndicos o interventores las normas sobre responsabilidad de los administradores representantes por obligaciones tributarias, salvo que hubieran actuado con dolo”*.

6.-¿CUÁNDO Y A QUIENES DEBEN RENDIR CUENTAS?

La ley 18.387 dedica todo el capítulo III, a la tarea de rendición de cuentas tanto de Síndicos como de Interventores, distinguiendo en esta oportunidad ambas funciones.

Así el art. 38, obliga a al Síndico a rendir cuentas de su gestión:

"1. Cuando lo solicite la Comisión de Acreedores.

2. Al solicitar la suspensión o conclusión del concurso.

3. En caso de cese antes de la conclusión del concurso y si lo solicitara el nuevo síndico o la Comisión de Acreedores. El plazo para la presentación de esta solicitud será de un mes a contar desde la fecha en que el cese se hubiera producido".

La obligación del Síndico es rendir cuentas si lo solicita la Comisión de Acreedores, (art. 130 y ss), pero también cuando se solicite la "suspensión o conclusión del concurso".

La hipótesis de solicitud de suspensión o conclusión está regulada por el art. 180, pero también está prevista en los arts. 207, 208 y 212. El principio general es que siempre que ha existido separación del deudor de la administración de la masa activa, el Síndico deberá rendir cuentas. Lo que vemos innecesario en este último numeral es que nuevamente se repita la facultad de solicitar la rendición de cuentas a la "Comisión de Acreedores".

Distinta es la misma situación que se plantea con el Interventor, ya que sólo debe rendir cuentas, cuando según el art. 39, " lo acuerde el Juez del Concurso a solicitud de la Comisión de Acreedores". Recordamos que la Comisión de Acreedores es un órgano de creación facultativa, no preceptiva, por lo tanto es posible (así sucede en la mayoría de los concursos actuales) que no exista Comisión que inste al Interventor a rendir cuentas.

Desafortunadamente la ley no obliga (entendemos que igual el Juez lo podrá hacer, en uso de su poder de dirección del proceso concursal, instado por el nuevo Interventor o la Comisión de Acreedores, si es que ésta existe) **al Interventor a rendir cuentas cuando ha sido cesado en su cargo "antes de la conclusión del concurso" como se lo impone al Síndico (art. 38 in fine).**

Como veremos, el art. 36 posibilita el cese o separación del cargo tanto del Síndico como del Interventor y en este caso se justifica plenamente la rendición de cuentas ya que existe una "justa causa" que lo motivó.

Detalla el art. 40 el procedimiento que sigue la rendición de cuentas, y que finaliza con la aprobación o el rechazo de las cuentas presentadas.

La rendición de cuentas por parte del síndico o interventor se debe acompañar de la documentación respaldante y quedarán de manifiesto en el Juzgado por un plazo de quince días. "Durante este plazo el deudor, la Comisión de Acreedores y los demás interesados que hubieran comparecido en el procedimiento podrán formular observaciones.

En caso de que no se formularan observaciones el Juez aprobará las cuentas presentadas, no admitiéndose contra el auto de aprobación recurso alguno.

En caso de que se formularan observaciones la sentencia que recaiga en este procedimiento podrá ser recurrida con efecto suspensivo"(art.40).

Por su parte el art. 41, prevé las sanciones al Síndico o Interventor a quienes las cuentas no le fueron aprobadas. En ese caso quedarán inhabilitados para actuar como Síndicos o interventores "en cualquier otro concurso de acreedores durante el período que fije el Juez del Concurso, que no podrá ser inferior a cinco ni superior a veinte años".

Pero además esta sanción es "sin perjuicio de las acciones de responsabilidad patrimonial y criminal que su actuación pueda haber generado."

7.-¿CÓMO FINALIZA LA LABOR?

La labor tanto del Síndico como del Interventor finaliza por diversas circunstancias:

a.- Por renuncia

El art. 29 de la Ley 18.387 plantea varias hipótesis sobre el comportamiento del Síndico o Interventor. Una se da, cuando es designado y rehusa aceptar, lo que fue analizado al tratar la designación y aceptación

del cargo. Nos interesa ahora tratar el inciso final de ese art. 29, cuando dispone que una vez que el Síndico o el Interventor, haya *“Aceptado el cargo, el nombrado sólo podrá renunciar por causa grave”*.

Otra vez la ley omite definir que entiende por causa grave, sumergiéndonos en un mar de conjeturas. Queda claro que es el Juez quien la aprecia y aunque el artículo no se explaya sobre este punto, deducimos que el Tribunal puede aceptar la renuncia y exonerarlo del cargo si es que entiende que media causa grave.

No queda claro que sucede en caso contrario, aunque es de prever que se dispondrá su cese y baja del Registro si la causal invocada no revistiera a juicio del Juez la gravedad requerida.

Para que nos sirva de guía, en el antiguo régimen concursal, el derogado art.1618 del Código de Comercio disponía: *“El cargo de Síndico es renunciable por las siguientes causas:*

1º Enfermedad que impida el desempeño de las funciones de Síndico.

2º Urgente necesidad de ausentarse.

3º Haber sido Síndico el año anterior.

4º Por cualquier otro motivo justificado a juicio del Juez.

Declarándose injustificada la renuncia y resistiéndose el nombrado a ejercer el cargo, incurrirá en la multa de doscientos pesos”.

b.- Por separación del cargo

Una de las formas de finalizar la labor es por cese anticipado o separación del cargo dispuesto por el Juez del concurso, de oficio o a petición de cualquier de las personas legitimadas para instar el concurso enumeradas en el art. 6. Así lo prevé el art.36 que exige que para que este cese anticipado se produzca es menester que concurra *“justa causa”*. Si bien las causas consideradas justas que deben concurrir, para disponer el cese anticipado o la separación del cargo de Síndicos e Interventores, no están detalladas, debe interpretarse este artículo 36 conjuntamente con el artículo 35 anterior, que regula el tema de la responsabilidad por daños y perjuicios.

En el régimen anterior el Código de Comercio en su derogado art. 1621, disponía las causas de separación del cargo del síndico, a pedido de la Junta de Vigilancia o de cualquiera de los acreedores o aún de oficio por el Juez: mala administración, omisiones o retardos en el cumplimiento de sus deberes, ausencia prolongada u otras causas graves.

El cese anticipado que deberá ser comunicado por la Sede al Registro de Síndicos e Interventores concursales del art. 42, obliga al Juez del concurso a proceder *“de inmediato a un nuevo nombramiento”* (art. 37).

Pero otra hipótesis de cese anticipado sin que haya cesado su labor, es la prevista únicamente para el Síndico en el art. 179. Allí se regula la separación del síndico por prolongación indebida del tiempo de la liquidación.

Ello presupone que se ordenó la liquidación de la masa activa y en consecuencia se convirtió al Interventor en Síndico, si es que ya no estaba decretada la suspensión de la legitimación del deudor, en cuyo caso se confirma al Síndico que venía actuando (art. 169). La ley estima que un trámite de liquidación no tiene porque durar más de dos años y en consecuencia el art. 179 preceptúa que *“Transcurridos dos años desde la fecha de la resolución judicial ordenando la liquidación de la masa activa, sin que ésta hubiera finalizado, cualquier interesado podrá solicitar al Juez del Concurso la separación del Síndico y el nombramiento de uno nuevo”*. No nos parece un buen mensaje el que da la ley, pues a lo largo de nuestra experiencia en la materia con actuación en cientos de expedientes, no hemos asistido a expedientes liquidatorios que presentaran plazos menores a los dos años, a pesar de una actuación diligente (o al menos *“no negligente”*) del Síndico.

El trámite tendiente a la separación del Síndico, que dispone este artículo es muy sencillo: el Juez, previa audiencia del Síndico y de la Comisión de Acreedores, decretará la separación y el nombramiento de nuevo Síndico *“si el informe de la Comisión de Acreedores fuera favorable a la separación y, aunque no lo fuera, si no existiera justa causa para la dilación”*.

Es posible incluso que no exista Comisión de Acreedores (órgano no preceptivo)

por lo que la decisión del Juez será adoptada sin mayores elementos de consulta

objetiva que permitan indagar la *“justa causa”*. Aclaremos que a nuestro juicio también es posible cesar anticipadamente al Síndico sin que medie la dilación de dos años, pero ello por aplicación del criterio general previsto en el art. 36, que ya analizamos *“ut supra”*.

Un efecto preceptivo de la separación está en el inciso final del art. 179 cuando dispone: *“El síndico separado por prolongación indebida de la liquidación perderá el derecho a percibir las retribuciones devengadas,debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que, en concepto de retribución, hubiera percibido desde la resolución judicial de su designación”*.

Nos preguntamos si es únicamente esta sanción la que se le aplica al Síndico que dilata los procedimientos. Y respondemos que no, ya que es posible que con su retardo u omisión temporal el Síndico incurra en la responsabilidad genérica prevista en el art. 35.

c.- Por sustitución

El art. 50, dispone con carácter general, trátase de un concurso voluntario o necesario, que los acreedores puedan nombrar un sustituto del Síndico o del deudor.

Sucede que este planteo puede realizarse en cualquier "estado de los procedimientos, en audiencia o mediante acta notarial".

Sólo se necesita que estén de acuerdo "acreedores quirografarios con derecho de voto, que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario con derecho de voto, podrán nominar un administrador del patrimonio y del giro del deudor durante el concurso".

Como para identificar los acreedores con derecho a voto (art. 126 de la ley 18.387) debemos haber superado la instancia de verificación y calificación de créditos, me queda la razonable duda de si el "cualquier estado de los procedimientos" puede ser anterior al proceso de verificación. Intuitivamente afirmo que sí, que es en cualquier momento, pues el uso de la terminología "pasivo quirografario con derecho a voto" no necesariamente requiere su pasaje por la verificación para ser individualizado como tal. Es más, similares términos se utilizan para elegir la Comisión de Acreedores (que en su descargo encuentra el fundamento en el mismo art. 50), pero también cuando el art. 214 faculta a suscribir un acuerdo privado de reorganización con acreedores representativos del 75% del "pasivo quirografario con derecho a voto" y el APR se plantea "antes de la declaración judicial del concurso", por lo que de la verificación ni miras de plantearse.

Lo más importante a nuestros efectos, es que "el administrador designado por los acreedores sustituirá al Síndico o al deudor, según los casos, en la función de conservación o administración del patrimonio y del giro del deudor".

La disposición del inciso 2do del art. 50, presupone el cese del Síndico, y aunque se omitió nombrarlo, al operarse la sustitución del "deudor" por ende cesa su Interventor. Recordamos que la norma se aplica tanto para los casos de suspensión como de limitación, según su primer inciso.

d.- Por finalización del proceso

La labor de los Síndicos e Interventores cesa naturalmente al culminar su misión, una vez que finalizan los procedimientos del concurso, ya sea por celebrarse un convenio o por haberse procedido a la liquidación del activo en cualesquiera de sus formas y repartido su producido a los acreedores. El título X de la ley 18.387, a través de sus tres capítulos regula la forma en que finaliza el concurso y por ende la forma en que terminan su labor Síndicos e Interventores .

8.-¿CÓMO SE REMUNERA A SINDICOS E INTERVENTORES?

Cuando el dinero alcanza (las menos de las veces), la etapa de la remuneración constituye la parte más gratificante de la labor de Síndicos e Interventores , y está regulada en el art. 34 que con carácter general dispone que "Los síndicos e interventores tendrán derecho a ser retribuidos con cargo a la masa".

En su inciso 2do el mismo art.34 anuncia que "La reglamentación aprobará el arancel aplicable a la actividad de los síndicos e interventores atendiendo a la cuantía del activo, a la complejidad del concurso, a la duración de sus funciones y al resultado de su gestión".

Esa disposición estaba en sintonía con el art.259 que acordó un plazo máximo de 180 días a partir de la promulgación de la Ley, para que el Poder Ejecutivo dicte un decreto reglamentario fijando el "arancel de honorarios aplicable a los síndicos, interventores, auxiliares, expertos en valoración y rematadores que actúen en los procedimientos concursales."

Como ocurrencia extraña en nuestra historia normativa, destacamos que dentro de esa fecha, se dictó el Decreto 180/2009 del 23 de abril de 2009, fijando el Arancel aplicable a la actividad de Síndicos, Interventores y auxiliares. Este decreto pone énfasis (art.2) en que síndicos e interventores únicamente pueden ser retribuidos por sus funciones en el monto que se determine de conformidad a este arancel, impidiéndose que reciban cualquier otra suma o compensación de ninguna naturaleza, sean o no con cargo a la masa, ni del concursado ni de los acreedores ni de terceros.

De acuerdo al art.4 del Decreto reglamentario la retribución será fijada separadamente por las funciones prestadas en la etapa de convenio y en la etapa de liquidación. Como es lógico la retribución en esta última es superior a la primera,pero además el monto asignado a Síndicos e Interventores podrá ser modificado (art. 11), en función del cambio en las circunstancias (dedicación, complejidad, derivaciones, etc.). La retribución de otros expertos que intervengan en el concurso, se fijará en función de los activos sujetos a valoración o remate, de acuerdo a la complejidad de la tarea y teniendo como máximo el 50% y como mínimo el 10% del monto que surge de la escala básica para el interventor concursal (art. 13 del decreto reglamentario).

El procedimiento a seguir para la fijación de la cuantía de la retribución (“y la forma en que deba ser pagada”) está establecido en el art.34, que lo pone en manos del Juez “previo informe del síndico o del interventor” aunque suponemos que se refiere a la solicitud y estimación por su parte y no a un informe propiamente dicho. El artículo 34 finaliza disponiendo que la decisión judicial que fija la retribución del síndico o del interventor podrá ser recurrida, y “el recurso tendrá efecto suspensivo respecto del importe por el que exista controversia.”:

- Por el propio Síndico o Interventor
- Por las personas legitimadas para solicitar la declaración judicial del concurso (art.6), quienes deberán expresar la suma que consideran corresponde pagar.

En el régimen anterior el tema de la retribución de la sindicatura y de los pagos a cuenta, era tratado por el art.469.4 del CGP ,al establecer que *“El Síndico y sus asesores podrán percibir a cuenta de sus honorarios y gastos, sumas que determinará el tribunal, sujetas a la liquidación final”*.

Un dato no menor es que así como el art.34 dispone que la retribución de Síndicos e Interventores será con cargo a la masa, el art.91 nal.2 los considera propiamente “créditos contra la masa”. Por lo tanto se pagarán a medida que venzan y por fuera del procedimiento de concurso, como lo establece el art. 92 de la ley 18.387. Se trata de una diferencia no menor con relación al antiguo régimen concursal, pues el derogado art.1732 del Código de Comercio los calificaba como créditos privilegiados de primer grado, o sea “créditos en la masa” y no “de la masa” como en la actual normativa.

También como dato atinente al aspecto retributivo, señalamos que el art.95, contiene una disposición acerca de gratuidad de la tarea de verificación. Esa disposición era necesaria, pues es abiertamente contraria al art.32 de la Ley argentina de concursos y quiebras, que faculta al Síndico a cobrar un arancel a cada acreedor para verificar su crédito. “Art 32 [Arancel] Por cada solicitud de verificación de crédito que se presente, el acreedor pagará al síndico un arancel de cincuenta pesos que se sumará a dicho crédito. El síndico afectará la suma referida a los gastos que le demande el proceso de verificación y confección de los informes, con cargo de oportuna rendición de cuentas al juzgado, quedando el remanente como suma a cuenta de honorarios a regularse por su actuación. Exclúyese del arancel a los créditos de causa laboral, y a los menores ,de mil pesos, sin necesidad de declaración judicial”. Evitar el pago de un “peaje” para verificar es lo que nuestro legislador quiso dejar bien en claro en el último inciso del art.95.-

Para finalizar, nos damos por muy satisfechos si nuevas anotaciones se van asentado en esta bitácora recién abierta. Ese es el desafío planteado a quienes navegan en las procelosas aguas concursales.

“SISTEMA DE COMPRAS CENTRALIZADAS EN EL URUGUAY”

CRA. SOLANGE NOGUÉS DURÁN¹
CRA. CAROLINA GARCÍA PARODI²
ESC. EDGARDO MARTÍNEZ CAPPETTA³
DR. GERMÁN PÉREZ MALVEIRA⁴
DRA. MARIANA BUZÓ DA SILVEIRA⁵

I) INTRODUCCIÓN.

A nivel de Derecho comparado, en los últimos años, la mayoría de los países comenzaron a implementar sistemas de compras estatales centralizadas y de adquisiciones en masa.

En nuestro país, mediante la Ley N° 18.172 de fecha 31 de agosto de 2007, se creó la Unidad Centralizada de Adquisiciones (en adelante, UCA), como un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo que funciona en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas.

Como se explicará más adelante, dicha Unidad fusiona las Unidades de Adquisiciones creadas mediante Decretos del Poder Ejecutivo, para atender las compras y contrataciones de insumos médicos, de alimentos y servicios alimentarios, en los años 2002 y 2003, respectivamente.

En consecuencia, la centralización de adquisiciones por parte del Estado Uruguayo tiene, a la fecha, ocho años de aplicación y por lo tanto ha generado una vasta experiencia en la materia.

Dicha experiencia ha reafirmado el concepto de que una adecuada gestión de compra centralizada, requiere en primer lugar, un análisis profundo del sector de bienes y servicios a contratar, no solamente referida a la oferta sino a la demanda de esos bienes y servicios; en segundo lugar, la revisión y adecuación de la normativa específica referida a los procedimientos administrativos y en tercer lugar, el diseño, desarrollo e implementación de las herramientas informáticas que sostengan ese proceso.

El sistema de las compras estatales centralizadas es un fenómeno que incide en tres elementos básicos de la actividad administrativa: en la organización institucional, en el procedimiento de adopción de decisiones en materia de contratación y en la finalidad de la actividad.

La centralización de las compras públicas requiere concentrar los procesos de decisión reduciendo los órganos de compra. Dicha concentración debe ser compatible con una gestión eficaz de los procesos de contratación, de modo que satisfaga en el menor tiempo posible, las necesidades de los distintos órganos componentes de la Administración, o en una perspectiva institucional más amplia, del Estado en general.

La finalidad de implementar las compras estatales en forma centralizada es la de obtener productos y servicios de calidad, reducir gastos de gestión y obtener mejores precios de adquisición que se traduzcan en un considerable ahorro público.

En definitiva, se identifican tres tipos de razones fundamentales para que el Estado implemente dicho sistema:

- a) razones que inciden en la organización interna de las entidades estatales.
- b) razones que afectan la simplificación y celeridad de los procedimientos contractuales.

1 Contadora Pública. Universidad de la República. Directora Ejecutiva, Unidad Centralizada de Adquisiciones, Ministerio de Economía y Finanzas.

2 Contadora Pública. Universidad de la República. Certificado en Docencia Universitaria, Universidad ORT. Sub Directora Ejecutiva, Unidad Centralizada de Adquisiciones, Ministerio de Economía y Finanzas. Coordinadora Académica Adjunta Contador Público, Universidad ORT.

3 Escribano Público. Universidad de la República. Asesor Notarial de la Unidad Centralizada de Adquisiciones, Ministerio de Economía y Finanzas.

4 Doctor en Derecho. Universidad Católica del Uruguay. Master en Derecho de Empresa, Universidad de Navarra, España. Aspirante a Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo. Asesor Jurídico de la Unidad Centralizada de Adquisiciones, Ministerio de Economía y Finanzas.

5 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de la República. Aspirante a Profesor Adjunto de Derecho Administrativo, Universidad de la República.

c) razones que refuerzan la posición de la Administración contratante como comprador.

Las mismas se alinean para colocar en primer lugar el criterio de eficacia, como un principio de funcionamiento de la Administración Pública, que demanda una coordinación entre los órganos de la Administración.

En el presente trabajo, analizaremos específicamente el sistema de centralización de compras en el Uruguay, en particular, la experiencia de la UCA y las razones fundamentales para seguir reforzando el sistema de compra centralizada en nuestro país.

II) CARACTERIZACIÓN DE LA COMPRA CENTRALIZADA.

La compra centralizada consiste en la adquisición de determinados bienes y servicios por una unidad de compras estatal especializada. Dicha adquisición se realiza por cuenta y orden de organismos del Estado, de acuerdo a las cantidades y calidades requeridas por éstos y con el fin de posibilitar el aprovisionamiento necesario para el adecuado cumplimiento de sus cometidos.

Al tratarse de la adquisición de bienes así como de la contratación de servicios, adquiere relevancia la determinación de la canasta de esos bienes y servicios a incluir en el sistema de compra centralizada, los que deben tener algunas características específicas: aquellos que el Estado demanda en grandes cantidades y en forma periódica; aquellos que tienen especificaciones técnicas que pueden estandarizarse, a partir de las demandas individuales y que efectivamente permiten utilizar el poder negociador del Estado para obtener los mejores precios, de acuerdo a las calidades requeridas.

La gestión de compra centralizada es cumplida por un órgano estatal especializado, denominado UCA, que actúa por cuenta y orden de los denominados usuarios del sistema. Por lo tanto, las adquisiciones que realiza la UCA, están determinadas, en cuanto a su cantidad y al estándar mínimo de calidad, por los requerimientos formulados por los usuarios del sistema.

De esta manera, el sistema de centralización de las compras públicas busca asegurar el suministro de bienes y servicios en forma homogénea en la calidad requerida y a mejores precios para todos los organismos estatales. De este modo, se logra la mejor utilización de los recursos, no sólo alcanzando mejores precios de adquisición y suministro, sino evitando la repetición de procedimientos de contratación, todo lo cual propende a lograr una Administración eficaz y eficiente.

Ello, sin desmedro del esfuerzo que debe realizarse para el necesario contralor, en la etapa contractual, del ajuste de los bienes y servicios adjudicados a las especificaciones técnicas licitadas, así como a la demanda de las cantidades efectivamente necesarias para el cumplimiento eficiente de los distintos servicios públicos, lo que permitirá medir si el gasto se adecua a las reales necesidades de esos servicios y si efectivamente, los proveedores cumplen, a cabalidad, con sus compromisos asumidos en su calidad de adjudicatarios.

III) RAÍCES HISTÓRICAS DE LA CONTRATACIÓN EN MASA.

La palabra "suministrar" significa proporcionar lo necesario, abastecer, proveer, surtir, equipar, aprovisionar; en síntesis nos remite a la idea de un intercambio entre dos sujetos, uno que necesita un bien o servicio para poder desempeñar sus funciones y cumplir sus fines y otro que lo posee o fabrica y se encuentra en condiciones de aportárselo al primero. Esta función de intercambio, cuya concreción más típica y rudimentaria se representa en el Derecho Privado por medio de la compraventa, se ha cubierto tradicionalmente en el derecho Administrativo a través de uno de los contratos típicos, el de suministro.

El origen de la noción de suministro se encuentra en el ámbito del Derecho Público y desde tiempos remotos, en el aprovisionamiento de alimentos a los Ejércitos y en el aporte de materiales para la construcción de grandes obras de infraestructura. Esta nueva modalidad se explicaba por la complicación que iba adquiriendo el nuevo tráfico comercial y la aparición de grandes empresas de naturaleza estatal que, para su desarrollo y sustentación, necesitaban una serie de grandes prestaciones periódicas. De esta manera, se rompe el estrecho marco de la compraventa tradicional, la cual resultaba insuficiente para cubrir tales necesidades, por la multiplicidad de contratos que obligaría a celebrar y el consiguiente derroche de medios y tiempo y la pérdida de eficacia que dichos contratos, en reiteración, entrañarían.

Los historiadores nos cuentan cómo los romanos proveían a su ejército por medio de contratos que hacía el Pretor en las provincias. Se trataba de contratos de matiz público, por el fin, que era mantener al Ejército y a partir de la intervención del Pretor. También podemos citar como origen del contrato de suministro, las importaciones de trigo que hacía Roma de sus Provincias y en la ejecución y mantenimiento de las grandes obras públicas, como calzadas y acueductos, los cuales motivaban contratos semejantes a los que hoy se celebran. Por lo tanto, las necesidades de abastecimiento de los ejércitos y la ejecución de las grandes obras públicas han sido el origen del suministro en el ámbito público.

En nuestros tiempos, los organismos estatales precisan adquirir en forma regular una serie de bienes y servicios idénticos, sin tener que recurrir a la realización de múltiples contratos de compraventa. Fue así que se rompió el estrecho marco de la compraventa tradicional, que no resultaba eficaz para colmar tales necesidades y se abrió camino a este nuevo tipo contractual denominado “de suministro”.

Destacamos que las razones de ser del contrato de suministro son, tanto la adquisición de grandes cantidades de bienes y servicios en el mercado, como la seguridad en el abastecimiento. Por lo tanto, la finalidad de este tipo de contratación es la de conferir a los Organismos Estatales la seguridad de estar suministrados por los bienes y servicios que se requieren en grandes cantidades y en forma periódica; así el suministrado logra la certeza de que los bienes y servicios que precise en su desenvolvimiento, van a ser puntualmente entregados cuando los pida, no dependiendo de las reglas del mercado para su obtención.⁶

IV) RAZONES PARA LA ADQUISICIÓN CENTRALIZADA DE LOS BIENES Y SERVICIOS.

Como ya se mencionara, existen tres razones fundamentales para que el Estado implemente dicho sistema⁷:

- a. Razones que inciden en la organización interna de las entidades estatales y en la relación con otras administraciones.
- b. Razones que afectan la simplicidad y agilidad de los procedimientos de contratación administrativa.
- c. Razones que refuerzan la posición de la Administración en el mercado, obteniendo mejores precios.

a. Las razones que inciden sobre la organización interna de la Administración y en su relación con otras Administraciones Públicas.

Los distintos organismos de la Administración, en el cumplimiento de sus asuntos ordinarios, generan una serie de necesidades idénticas, respecto de los suministros de bienes y servicios que precisan, lo que deriva en la existencia de múltiples órganos de contratación y numerosas unidades de compra. Esto implica que existan muchos órganos administrativos que deban dedicarse a la adquisición de productos similares, lo cual representa un dispendio de tiempo, de recursos humanos y materiales.

La multiplicidad de unidades de compra genera descoordinación, reflejándose básicamente en que las diferencias entre los bienes y servicios que utilizan un órgano y otro órgano son muy notables, aun cuando las necesidades que tengan esos órganos sean idénticas. También surgen diferencias entre los órganos de la Administración en cuanto al control posterior del suministro de los bienes y servicios adquiridos; no es práctica corriente que los diferentes órganos conozcan exactamente lo que adquieren otros órganos, ni tampoco el precio al que han adquirido.

La dispersión orgánica de unidades de compra no facilita la programación de las necesidades globales de la Administración, lo que puede determinar que un órgano realice un procedimiento de contratación administrativo para adquirir un bien o servicio que a otro órgano de la Administración le resulta definitivamente excedentario.

⁶ López Benítez, Mariano, “Contrato Administrativo de suministro y centralización de las compras públicas”, *Altier Administrativo*. Barcelona 2000, Pág. 27 y ss.

⁷ López Benítez, Mariano, “Contrato Administrativo de suministro y centralización de las compras públicas”, *Altier Administrativo*. Barcelona 2000, Pág. 88 y ss.

Todos estos inconvenientes expuestos, se acentúan cuando se proyectan sobre administraciones escasamente jerarquizadas, desconcentradas, descentralizadas o autónomas, lo que muchas veces, al momento de contratar, hace perder la conciencia de su pertenencia a la Administración Pública, contratando cada una de ellas según sus recursos presupuestales y no de acuerdo a las necesidades de su servicio. Esta dispersión de unidades de compras tiene como resultado, que la mayoría de las veces los procedimientos de contratación no cuentan con la debida publicidad, pudiendo afectar la concurrencia de oferentes, generar derroche de recursos económicos al existir funcionarios públicos de distintos órganos de la Administración dedicados a adquirir bienes o servicios similares y a que los suministradores cobren sus créditos en diferentes plazos, dependiendo de la Administración contratante.

Por otra parte, se complejiza el control que pueda prevenir la corrupción, en los actores que participan en el proceso de compra.

La Administración tiene la obligación de ser eficaz, esta obligación es prioritaria con respecto a la organización misma. La falta de coordinación entre los órganos de la administración causa balances francamente contradictorios en cuanto a las calidades, cantidades y precios de los bienes y servicios adquiridos. La centralización de las compras estatales impone que ocupe un primerísimo plano el criterio de la eficacia, resaltando la misma como principio de funcionamiento de la Administración Pública, lo que demanda una adecuación entre los fines perseguidos por cada organismo y los medios que emplean cada uno de ellos para conseguir tales.

b. Las razones que afectan la simplicidad y agilidad de los procedimientos de contratación administrativa.

La multiplicidad de unidades de compra, que a su vez produce una multiplicidad de contratos de suministro para colmar necesidades de la misma índole de los distintos órganos estatales y el tiempo que deben invertir estos órganos en el trámite de los distintos expedientes administrativos, así como la diversidad de controles internos y externos, choca abiertamente contra la eficacia y eficiencia de la Administración Pública, la que debería cumplir con aquel postulado referido a que las diversas partes del todo aparezcan como integradas y conformen un conjunto armónico.

La centralización de la contratación incrementa la eficacia de la Administración, diferenciándose dos momentos en el proceso negocial, el que prefigura la necesidad y el contenido de los futuros contratos, y el que se concreta únicamente en los contratos de ejecución del negocio.

La separación de estos dos momentos conlleva una división del trabajo y una consiguiente especialización técnica de los distintos órganos. Por un lado se identifican los órganos que se dedican a prefigurar la necesidad y a disponer las características y condiciones de los bienes que se adecuan a esa necesidad, mediante la elaboración de las especificaciones técnicas a incluir en los correspondientes pliegos de condiciones particulares, liberando a los restantes órganos de estas actividades y ofreciéndoles un resultado ya formulado, al que ellos únicamente deben adherir participando de la licitación llevada a cabo por la Unidad de Compras.

A su vez, la existencia de una Unidad de Compras Centralizada asegura una mejor elección dentro de los productos ofertados, ya que es conveniente que en la primera fase negocial, en la elaboración del pliego de condiciones particulares y en el estudio de la ofertas presentadas, participen especialistas de diversas disciplinas, los que por lo general, son funcionarios de los distintos órganos de la Administración, situación difícilmente alcanzable cuando los órganos de contratación están dispersos.

La programación de las necesidades comunes se encuentra presente en todo el procedimiento de adquisición de los bienes y servicios requeridos.

c. Las razones que refuerzan la posición de la Administración en el mercado, obteniendo mejores precios.

La compra centralizada involucra un importante volumen de bienes y servicios, reforzando la posición de la Administración contratante como comprador. Esto es así porque la Administración obtiene un mayor poder de negociación, aspecto esencial a la hora de determinar mejores condiciones de compra, en la medida en que las firmas encuentran una mayor competencia al momento de hacer sus ofertas.

Esta demanda de grandes cantidades de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades de los Organismos públicos, representa en muchos casos, un alto porcentaje del mercado total de esos bienes y servicios, colocando al Estado como el principal demandante en el mercado, brindando la posibilidad, como ya se mencionara, de lograr mejores términos en sus compras.

Asimismo, el sistema de compra centralizada asegura una homogeneidad final de las calidades, características y precios de los bienes y servicios suministrados, así como el ahorro de medios y mejora de resultados, todo lo cual, en definitiva, postula los principios de una Administración Pública eficaz y eficiente.

De este modo, a través de estos dos principios mencionados, entran en consideración factores de índole económico, como es la economía en la ejecución del gasto público, tanto en la obtención de mejores precios en el mercado, como en el ahorro de costos fijos propios de las compras estatales.

Por otra parte, también la adopción de estos modos de adquisición centralizada de suministros facilita la información. La Unidad de Compras debe mantener permanentemente informados a los órganos participantes del sistema sobre los acontecimientos que vayan surgiendo en la ejecución del contrato. Dicha información se complementa, cuando los órganos consumidores o usuarios de los bienes y servicios adquiridos, tienen la posibilidad de realizar informes sobre la idoneidad de los bienes escogidos, información que luego puede ser utilizada en procedimientos posteriores, por ejemplo para la aplicación de sanciones por incumplimiento, la reformulación de los pliegos de condiciones particulares, etc.

V) CONCRECIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO A TRAVÉS DE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN.

Aunque los contratos administrativos tienen una causa cierta que es el interés público, al que se orienta el ejercicio de todas las potestades administrativas, este interés resulta determinado en el caso concreto del contrato de suministro, por las necesidades que tiene la Administración y que es necesario satisfacer.

Esto no es otorgarle relevancia causal a todos los motivos que pueda ostentar la Administración, ya que como enseña García de Enterría⁸, ni la Administración actúa a impulsos de motivaciones psicológicas, porque no las puede tener, ni tampoco en el ámbito del Derecho Público despliega virtualidad alguna el principio de autonomía de la voluntad, como sí ocurre en el ámbito del Derecho Privado.

Lo que sucede en estos casos, es que la causa del contrato de suministro se encuentra imbuida por una situación de necesidad, que afecta a un sujeto concreto, la Administración, pero que no es en sí misma subjetiva. Por el contrario, esta situación de necesidad está en la base de los contratos administrativos y constituye un hecho objetivo, que teleológicamente se conecta con la razón de ser de la Administración, que es la de colmar las aspiraciones colectivas de la sociedad.

En los suministros de bienes o servicios de uso o consumo tradicional en el Estado, lo que se desconoce con certeza es el quantum, aunque incluso éste puede ser determinado estimativamente sobre la base de experiencias pasadas.

Cabe recordar, que la Administración procura satisfacer los intereses generales, no conformando éstos una realidad estática y definida. La misión de la Administración debe anticiparse a las realidades futuras y previsible, mediante la actividad de planificación y programación.⁹

En nuestro país, la utilización del sistema centralizado de compras por parte de todos los órganos de la Administración, incluyendo a las Personas Públicas Menores, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, podría incrementar las virtudes de este sistema, cuestión que debería analizarse caso a caso. Las bondades de la centralización deben apoyarse en un compromiso formal por parte de los entes antes referidos, con la UCA, que quieran participar del sistema como adquirentes, con la finalidad de lograr una adecuada gestión de compras.

VI) ANTECEDENTES DE LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA CENTRALIZADO DE COMPRAS EN OTRAS ADMINISTRACIONES.

La práctica de centralizar las compras surgió en Francia con el Decreto N° 58-1369 de 23 de octubre de 1958, cuyo artículo 5° invita a los Servicios del Estado dotados de autonomía financiera y a los establecimientos públicos nacionales, cualquiera sea su carácter, así como a los Departamentos, Municipios y sus

⁸ García de Enterría, E. "Curso Derecho Administrativo" Madrid 1997, Tomo I, Pág. 546 y ss.

⁹ López Benítez, Mariano, "Contrato Administrativo de suministro y centralización de las compras públicas", Altier Administrativo. Barcelona 2000, Pág 130 y ss.

establecimientos, a solicitar que sus compras se efectúen en las mismas condiciones que se establecen para el Estado central.

En el derecho comparado, el mejor ejemplo lo tenemos en España, donde la Ley N° 30/2007 de 30 de octubre de 2007, publicada en el BOE el 31/10/2007 establece en el artículo 187, Capítulo IV "Centrales de Contratación", que la entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados. Las centrales de contratación podrán actuar para otros órganos, adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.

En la mencionada Ley, el artículo 189 dispone que las Comunidades Autónomas y las Entidades locales (Personas Públicas Estatales) así como los organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas, podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal para la totalidad de los suministros, servicios u obras, o sólo para determinadas categorías de ellos.

Se destaca que esta ley tiene un carácter amplio ya que permite la posibilidad de adherirse al sistema de compras centralizadas también a las sociedades, fundaciones y a los restantes entes, organismos y entidades del sector público, mediante la celebración de acuerdos marco.

En la legislación chilena, la Ley N° 19.886 de fecha 20 de junio de 2003, sobre contratos administrativos y prestación de servicios, crea la Dirección de Compras y Contratación Pública, como servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, entre cuyas funciones se encuentra la de licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, actuando de oficio o a petición de uno o más organismos públicos. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de la ley, estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En dicho caso, deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Asimismo, el artículo 12 centraliza la información referida a las compras públicas, disponiendo que: "*Cada institución deberá elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, cuyos contenidos mínimos será definidos en el reglamento. Cada institución establecerá una metodología para evaluar anualmente los resultados de los contratos celebrados, así como el rendimiento de los bienes y servicios que adquiere. Toda esta información deberá ser reflejada en el Sistema de Información de las Compras Públicas y en el Registro Nacional de Proveedores, según lo establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública*".

En nuestro país, la utilización de un sistema centralizado de compras, por la Persona Pública Mayor, las Personas Públicas Menores y la posible participación de las Personas Públicas No Estatales, podría incrementar las virtudes de este sistema, cuestión que debería analizarse caso a caso, básicamente teniendo en cuenta los tipos de bienes y/o servicios cuya adquisición se pretende centralizar. Las bondades de la centralización deben apoyarse en un compromiso formal por parte de las referidas Personas Públicas que quieran participar del sistema como adquirentes, con la unidad de compra centralizada, con la finalidad de lograr una adecuada gestión de compras.

VII) DE LA CREACIÓN, COMPETENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA UCA Y LA A.C.C.E.

A) Creación y competencia de la Unidad Centralizada de Adquisiciones

En el contexto caracterizado por el fenómeno de la centralización de compras, se creó la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA) en la esfera del Poder Ejecutivo.

La UCA es un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo que funciona en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas y surge como consecuencia de la incorporación de dos órganos administrativos previos: a) la Unidad Centralizada de Adquisición de Medicamentos y Afines del Estado (UCAMAE); y b) la Unidad Centralizada de Adquisición de Alimentos (UCAA).

En efecto, por disposición del artículo 163 de la Ley N° 18.172 de 31 de octubre de 2007, se creó en el Inciso 05 Ministerio de Economía y Finanzas "*la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA) como órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo, la que actuará con autonomía técnica, incorporando las actuales unidades centralizadas*

de creadas por los artículo 119 y 127 de la Ley N° 17.930 de 29 de diciembre de 2005, con las competencias asignadas respectivamente por los artículos 120 y 128 de la citada ley”.

Conforme a los artículos 120 y 128 de la Ley N° 17.930 respectivamente, a la UCAA le compete la adquisición de alimentos y servicios de alimentación y a la UCAMAE la adquisición de medicamentos, material médico quirúrgico, insumos hospitalarios, bienes y servicios afines.

Asimismo, ambas normas establecieron que la adquisición se realizará: “por cuenta y orden de los organismos usuarios del sistema con el fin de posibilitar el aprovisionamiento necesario para el normal cumplimiento de sus actividades”.

Adicionalmente, el artículo 3° de la Ley N° 18.465 de 11 de febrero de 2009 amplió la competencia de la UCA al otorgarle la facultad de importar y adquirir alimentos: “por cuenta y orden de personas jurídicas de derecho privado, con la autorización del Poder Ejecutivo, actuando el Presidente de la República en acuerdo con el Ministro de Economía y Finanzas y siempre que existan dificultades referidas a la escasez y/o altos precios, que impliquen problemas de abastecimiento a la población”.

En consecuencia, el marco jurídico e institucional de la UCA vigente, consolida las bases para implementar el sistema de centralización de las compras públicas en materia de alimentos, servicios de alimentación, medicamentos, material médico quirúrgico, insumos hospitalarios, bienes y servicios afines.

B) Estructura orgánica de la UCA.

Respecto de la estructura orgánica actual de la UCA, está compuesta por el Consejo Directivo y la Dirección Ejecutiva.

El Consejo Directivo es el órgano encargado de la fijación de los lineamientos estratégicos de la gestión y administración de la Unidad y la Dirección Ejecutiva es el órgano encargado de llevar adelante la gestión y administración de la UCA

El inciso 2° del artículo 163 de la Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007 establece que los lineamientos estratégicos corresponden al Consejo Directivo que estará integrado por representantes del Ministerio de Economía y Finanzas y de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y tres miembros designados por el Poder Ejecutivo los cuales representarán a los usuarios del sistema. Se dispone a su vez que los representantes ministeriales no pueden tener nivel jerárquico inferior al de Director General de Secretaría.

Por otra parte, el artículo 164 de la citada ley establece que la gestión y la administración de la Unidad estarán a cargo de un Director Ejecutivo y un Sub Director Ejecutivo, los que serán designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas.

Es así, que la Dirección Ejecutiva de la UCA, aplicará las políticas de compras centralizadas que determine el Consejo Directivo. A su vez, la Dirección Ejecutiva dará cuenta al mismo de los resultados de la gestión en forma periódica.

C. Creación y competencia de la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales.

Por disposición del artículo 81 de la Ley N° 18.362 de fecha 15 de octubre de 2008 se creó en el Inciso 02 “Presidencia de la República”, “la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (A.C.C.E.), como órgano desconcentrado, que funcionará con autonomía técnica y se comunicará con el Poder Ejecutivo a través de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.”

El artículo 82 de la mencionada ley establece que: “La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado tendrá como objetivo contribuir con su acción a mejorar las condiciones en que el Estado, concebido como agente único, singular y de peso dentro de algunos mercados, procesa sus compras, así como desarrollar las herramientas que aseguren la mayor transparencia en la gestión de compras del Estado, realizando para ello acciones de normalización, estandarización, planificación y seguimiento, así como la instrumentación de las herramientas tecnológicas de apoyo necesarias.”

La misma tendrá los siguientes cometidos específicos:

1. Asesorar al Poder Ejecutivo en la elaboración y seguimiento de políticas de compras públicas y en los procesos de actualización de la normativa.
2. Contribuir a las tareas de planificación y toma de decisiones de los organismos públicos, en base al apoyo en las actividades de investigación y evaluación del mercado.
3. Desarrollar y normalizar un Registro Único de Proveedores, al que todos los organismos públicos recurrirán para solicitar antecedentes así como para remitir datos relevantes para fortalecer la gestión del Estado con vistas a concebirlo como agente único.
4. Desarrollar métodos para el uso de catálogos comunes de acuerdo con los mejores sistemas desarrollados, apuntando a su más extendida utilización dentro del Estado.

5. Establecer la más amplia difusión de los aspectos normativos relativos a la compra del Estado, apuntando a la aplicación de criterios homogéneos en los distintos organismos públicos involucrados.
6. Establecer la más amplia difusión de aquella información relativa a los precios con que el Estado compra o contrata bienes y servicios, presentada de forma tal que constituya una herramienta de transparencia puesta a disposición de la ciudadanía.
7. Propiciar actividades de capacitación dirigida a los distintos agentes de los sistemas, coordinando con las unidades ejecutoras responsables por la gestión y ejecución de compras y contrataciones, de forma tal que las acciones puedan superar las necesidades detectadas por las mismas y constituya un mecanismo idóneo de articulación permanente.
8. Desarrollar normas de calidad de productos y servicios, coordinando con organismos de normalización y certificación y con el Instituto Nacional de Calidad.

D) Estructura orgánica de la A.C.C.E.

Respecto de la estructura orgánica de la Agencia de Compras y Contrataciones Estatales, el artículo 81 de la Ley N° 18.362 estableció que la A.C.C.E.: *“Tendrá un Consejo Directivo Honorario encargado de diseñar las líneas generales de acción y evaluar el desempeño y resultados obtenidos. Estará integrado por cinco miembros, uno de los cuales será el Presidente, a propuesta conjunta de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas; los cuatro restantes actuarán en representación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento y de las empresas públicas, siendo todos ellos designados por el Presidente de la República.”*

El mismo artículo 81 dispuso que: *“El Consejo Directivo Honorario podrá proponer la integración de distintos Consejos Asesores Honorarios, cuya creación será resuelta por el Poder Ejecutivo. El objetivo de dichos Consejos será fortalecer capacidades en materias de compras, incorporando para ello el asesoramiento de actores relevantes en áreas específicas.”*

E) Relación entre la UCA y la A.C.C.E.

Ambos órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo tienen encomendadas funciones especiales en el marco de las compras estatales.

La A.C.C.E es el órgano especializado en la materia, que cumple la función de asesorar al Poder Ejecutivo como conductor de la política sectorial de las contrataciones administrativas. Por su parte la UCA, es el órgano especializado encargado de ejecutar la política fijada por el Poder Ejecutivo en la materia de compras estatales centralizadas, en los bienes y servicios dispuestos por la norma.

VIII) OBJETIVO, MISIÓN, VISION Y VALORES DE LA UCA.

El Objetivo de la UCA, es implementar un sistema de compras de medicamentos, insumos médicos y afines, alimentos y servicios alimentarios, contemplando el poder negociador del Estado, la defensa de la competencia y el libre acceso al mercado.

La Misión de la Unidad de Compras, está directamente vinculada con su competencia que es la de adquirir alimentos, servicios alimentarios, medicamentos, insumos médicos y afines, por cuenta y orden de los organismos integrantes del sistema, de acuerdo a la cantidad y calidad requerida por los mismos.

Destacamos que la misión de la UCA presenta varios elementos. El primero de ellos, es que la Unidad de Compras realiza adquisiciones centralizadas de determinadas clases o tipos de bienes y servicios. En segundo lugar, dichas adquisiciones son realizadas de acuerdo a los dos procedimientos especiales de contratación administrativa aprobados según el artículo 34 del TOCAF.

Otro elemento de la Misión, es que estas adquisiciones centralizadas por cuenta y orden de los denominados usuarios del sistema. Es decir que la Unidad realiza el procedimiento de contratación administrativa de los bienes y servicios solicitados por los organismos usuarios que son: La Administración Central, Los Entes Autónomos, Los Servicios Descentralizados, Los Gobiernos Departamentales y Las Personas Públicas No Estatales. No obstante, es importante destacar que dichos usuarios poseen una facultad y no una obligación de realizar las adquisiciones a través de la UCA.

El último elemento, es el relativo a la cantidad y a la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la UCA, ya que estas condiciones son establecidas por cada uno de los organismos usuarios, según las propias necesidades de servicio para el cumplimiento de sus fines.

La Visión de la UCA, es ser una Unidad de Compra que contribuya a suministrar los bienes y servicios requeridos de acuerdo a las especificaciones de calidad exigidas y al mejor precio, consolidando el proceso de compra en condiciones óptimas de compromiso institucional de los Organismos usuarios y con un soporte tecnológico adecuado que permita generar información oportuna para la toma de decisiones.

La Unidad de Compras, ante la solicitud de bienes y servicios de parte de los organismos usuarios, inicia los procedimientos de contratación administrativa con la finalidad de seleccionar y adjudicar el contrato de suministro a la oferta más conveniente para los intereses de la Administración.

El objeto del llamado a contratación, es decir, los bienes y servicios requeridos por los usuarios, la forma y condiciones que deben cumplir los oferentes para la presentación de las ofertas; los criterios de selección de las mismas; la adjudicación y las condiciones del suministro de los bienes y servicios adjudicados, se regulan en el pliego de condiciones particulares de cada procedimiento de contratación o también denominado Llamado. Los mismos son elaborados por la UCA, encontrándose en ellos las especificaciones de calidad y condiciones de suministro de los bienes y servicios.

En cuanto a **los Valores**, la Unidad Centralizada de Adquisiciones en el desarrollo de sus tareas, deberá estar influida por *valores* tales como, la mejora continua, el compromiso de todos los funcionarios en todos los niveles de actuación, transparencia en los procedimientos de compras que lleva a cabo, salvaguardando los principios fundamentales de igualdad de los oferentes, publicidad y libre competencia.

El principio de transparencia, consiste en poder ver con claridad el actuar de la Administración, evitando el secretismo; como enseña el Dr. Carlos Delpiazzo citando a Ramón Parada: *“en el fondo, el óptimo de la contratación administrativa no es tanto una cuestión de procedimientos cuanto de ética y pericia de sus funcionarios.”*¹⁰

La accesibilidad supone otorgar todas las garantías posibles para que los interesados puedan acceder al sistema de compras estatales centralizadas. Por ende, la accesibilidad admite necesariamente la aplicación de los principios de igualdad y de concurrencia de los oferentes.¹¹

El Principio de Concurrencia o Competencia, debe procurar la mayor participación de oferentes en el proceso de contratación. La ventaja de procurar la mayor concurrencia posible de ofertas estriba en que la Administración Pública reciba la mayor cantidad posible de alternativas de elección, de manera de obtener mayores posibilidades de aciertos respecto a cual es la oferta más conveniente; generalmente, se entiende que cuántas más ofertas existan, la Administración contará con más alternativas de elección para determinar cuál de ellas presenta las mejores condiciones respecto del objeto del llamado (calidad, precio, condiciones específicas, etc.).

Los reglamentos que regulan los procedimientos de adquisiciones de la UCA disponen la aplicación de los principios de la libre competencia. Asimismo, hay que tener presente el marco jurídico en la materia regulado por la Ley N° 18.159, de 20 de julio de 2007 de Promoción y Defensa de la Competencia; y su Reglamento, el Decreto N° 404/007, de 29 de octubre de 2007

Es importante destacar que la Unidad Centralizada de Adquisiciones, publica en su propia página web, todos sus actos administrativos, pliegos de condiciones particulares, adjudicaciones, sanciones, así como toda noticia de interés para los usuarios en su propia página web. Además, se da cumplimiento de la normativa aplicable respecto de la publicación en la página web “compras estatales”.

IX) PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN DE LA UCA.

La UCA utiliza procedimientos de contratación administrativa especiales al amparo del artículo 34 del TOCAF, para la adquisición de los bienes y contratación de los servicios bajo su competencia.

Si bien los procedimientos especiales referidos, son distintos según se trate de adquisiciones de Insumos Médicos o Alimentos, ambos prevén una forma de pago a los proveedores más ágil en cuanto a la cantidad de días que transcurren entre la conformidad en las entregas y el cobro de lo adeudado, que la propuesta para las adquisiciones no centralizadas. A esos efectos se han creado a nivel presupuestal, dos conceptos del

10 Delpiazzo Carlos. “Normas y Principios de la Contratación Administrativa”, FCU, Montevideo 2002 Pag. 38.

11 Ferrés R. “Elaboración de una propuesta de un plan de acción. Cooperación técnica no reembolsable ATN/OC.10195. UR. Programa de apoyo a la implementación de una gestión por resultado”, 2010.

gasto, Concepto del Gasto 7, establecido en el artículo 3° del Decreto N° 428/002 de 5 de noviembre de 2002 y Concepto del Gasto 8, establecido en el artículo 3° del Decreto N° 129/003 de 8 de abril de 2003.

A. PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE CONTRATACION PARA LA ADQUISICIÓN CENTRALIZADA DE MEDICAMENTOS, INSUMOS HOSPITALARIOS Y AFINES:

Se encuentra regulado en el Decreto N° 147/009 del 23 de marzo de 2009, el que tuvo como antecedente el Decreto N° 428/002 del 5 de noviembre de 2002, que rige parcialmente.

El artículo 34 del TOCAF dispone que: *“El Poder Ejecutivo, previo dictamen favorable del Tribunal de Cuentas, podrá autorizar regímenes y procedimientos de contratación especiales, basados en los principios de publicidad e igualdad de los oferentes...”*

Asimismo el artículo 1° del Decreto 147/009, establece que el procedimiento especial de contratación estará: *“basado en los principios de publicidad, igualdad de los oferentes y libre competencia, con la finalidad que la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA) pueda contratar con celeridad y a mejores precios, así como conferir al proveedor certeza en el cumplimiento de los plazos para el pago de las obligaciones que se generen por parte del Estado”*. Por lo tanto, la UCA tiene a cargo la implementación del procedimiento de adquisición en la etapa pre-contractual, de los bienes y servicios que se determinen por cuenta y orden de los organismos usuarios del sistema, tal como dispone el artículo 3° del Decreto 147/009, lo cual lleva a una planificación de las necesidades por parte de los usuarios del mismo.

El mencionado artículo 3° establece que: *“Los Organismos usuarios presentarán periódicamente atendiendo a sus necesidades y a instancias de la UCA, las cantidades y características de los productos o servicios a ser licitados, a efectos de una adecuada planificación de los llamados a realizar”*.

El artículo 4° del Decreto 147/009 dispone: *“De acuerdo a la planificación realizada, la UCA dispondrá la realización de los llamados públicos centralizados correspondientes indicando cantidades máximas a proveer de los bienes o servicios requeridos por los usuarios, sin perjuicio de que las mismas puedan ser ampliadas o disminuidas a lo largo del procedimiento”*.

Con respecto al procedimiento, el artículo 6 del Decreto 147/2009 establece que: *“La UCA podrá establecer en los Pliegos de Condiciones Particulares de cada Llamado la facultad de realizar adjudicaciones parciales así como dejar sin efecto el procedimiento en cualquier etapa del mismo o declarar desierto total o parcialmente el Llamado”*. Por su parte el artículo 7 dispone que: *“El Pliego de Condiciones Particulares establecerá un plazo de vigencia del Llamado y podrá establecer una prórroga automática del mismo. Se entiende por prórroga automática la facultad de renovar el adjudicatario, la cantidad de producto adjudicado, el plazo y demás condiciones originales de la contratación. La prórroga contemplada en el Pliego de Condiciones Particulares no implica una modificación del contrato, ni cualitativa, ni cuantitativamente, sin perjuicio de la hipótesis regulada por el artículo 63 del TOCAF”*.

El Pliego de Condiciones Particulares del Llamado está compuesto de dos partes: el Documento A, donde se establecen los requisitos generales para los Llamados a compra de medicamentos, insumos hospitalarios y afines y el Documento B, donde se establecen las Especificaciones Técnicas de los productos objeto del Llamado.

En el mismo sentido que lo dispuesto por el artículo 57 del TOCAF, el artículo 8 dispone que: *“En oportunidad de cada Llamado, deberá designarse una Comisión Asesora Técnica de Adjudicaciones integrada por los representantes designado por los Organismos usuarios, quienes deberá tener capacidad e idoneidad Técnica en la materia específica del objeto de cada Llamado, pudiendo incorporarse además otros técnicos de considerarse conveniente. La UCA regulará su forma de actuación”*. El artículo 9 expresa que el informe de la Comisión Asesora Técnica de Adjudicaciones y la evaluación económica de las ofertas dan lugar a la pre-adjudicación, la que se pondrá a disposición de los oferentes, quienes tendrán dos días hábiles para presentar las observaciones que entiendan pertinentes. A su vez el artículo 10 determina que con el informe definitivo de la Comisión Asesora Técnica y la evaluación económica correspondiente - luego de tener en cuenta las eventuales observaciones que surgieren de la pre-adjudicación - la UCA deberá dictar la Resolución de adjudicación del Llamado, declararlo desierto o rechazar la totalidad de las ofertas, por cuenta de los organismos participantes. La misma podrá disponer la prórroga automática cuando así lo hubiese previsto el pliego de condiciones particulares. Ahora bien, *“En caso de existir prórroga de los contratos en las condiciones establecidas en el artículo anterior, la UCA estará facultada a solicitar a los adjudicatarios una renovación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato”*, artículo 11 Decreto N° 147/009.

Con respecto a la aplicación del principio de publicidad de los actos, el artículo 12 dispone que: *“La Resolución de adjudicación deberá comunicarse a los Organismos participantes, notificarse a todos los oferentes y publicarse en las páginas web de la UCA y en las que la normativa indique”*. El artículo 13 del Decreto N° 147/2009 dispone sobre las formas y procedimientos para realizar las notificaciones de los actos administrativos dictados por la UCA

Dictada la Resolución, los organismos participantes deberán remitir una constancia de disponibilidad de créditos suficientes para atender la erogación comprometida de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto mencionado. Recibida ésta y habiéndose notificado el acto administrativo a los organismos, y a todos los oferentes, se remitirá el expediente del Llamado al Tribunal de Cuentas a los efectos de su intervención. De acuerdo al artículo 15 del Decreto: *“El plazo para dicha remisión será dentro de los cinco días hábiles posteriores al día siguiente al vencimiento del término de diez días calendario que tiene para recurrir el último de los proponentes a quien se notificó la adjudicación”*. Asimismo, establece que: *“En caso de interposición de recursos administrativos por parte de un oferente o de un adjudicatario, este plazo no comenzará a correr, sino hasta el día siguiente al dictado de la resolución que disponga el levantamiento del efecto suspensivo de acuerdo a lo establecido en la Resolución del Tribunal de Cuentas de 31 de agosto de 2006”*.

Con respecto a la ejecución de los contratos el artículo 16 dispone que: *“La ejecución de los contratos emergentes de las adjudicaciones de la UCA, podrán ser fraccionados en el tiempo, dentro del período de contratación fijado en el Pliego. Cada vez que un Organismo realice una orden de compra, éste deberá contar con crédito suficiente para atender la erogación y registrar las operaciones en el Sistema Integrado de Información Financiera o en el sistema propio según corresponda”*.

Por su parte, los Organismos usuarios del sistema tienen el compromiso de adquirir las cantidades establecidas en la Resolución de adjudicación correspondiente, de acuerdo a la demanda remitida oportunamente, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18, pudiendo la UCA reservarse el derecho de fijar en forma unilateral las cantidades a demandar por ítems en cada Llamado, basándose en la información histórica, para aquellos casos en que los Organismos usuarios del sistema no remitan la demanda en tiempo y forma.

Por último, el artículo 19 del Decreto N° 147/2009, dispone con carácter excepcional, que la UCA: *“Podrá autorizar y/o realizar Llamado por el procedimiento de compra directa para los Organismos participantes del sistema, sin límite de monto, teniendo en cuenta los principios de igualdad, libre competencia y publicidad, cuando medien razones justificadas de urgencia y riesgo para la salud Humana. Asimismo, la Unidad podrá realizar otro tipo de procedimientos públicos, como ser llamados a precios, remates a la baja, o expresiones de interés, con la finalidad de obtener precios de referencia de los distintos insumos o servicios, sin necesidad de fijar cantidades mínimas de adquisición, para que los Organismos adquieran los mismos, a los precios así obtenidos”*.

Por lo tanto, la norma prevé una serie de facultades excepcionales a favor de la Unidad de Compras, cuando medien las razones y con las finalidades en ella previstas.

B. PROCEDIMIENTO PARA LA ADQUISICION DE ALIMENTOS Y SERVICIOS ALIMENTARIOS.

El procedimiento está regulado en el Decreto N° 129/003 del 8 de abril de 2003. Es un procedimiento de contratación especial, autorizado según lo dispuesto por el art.34 del TOCAF.

De acuerdo al Decreto aludido deben considerarse las instancias que a continuación se detallarán.

En primer lugar, una vez obtenida la solicitud de los Organismos sobre el tipo de alimento que se desea comprar, se consolida la demanda y se está en condiciones de publicar el Llamado.

La publicación se realiza en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas, en “compras estatales” y en revistas especializadas, cursándose invitación vía fax a distintas empresas del ramo.

El Pliego de condiciones particulares del Llamado está compuesto de dos partes: el Documento A, donde se establecen los requisitos generales para los Llamados a compra de alimentos en que interviene la UCA y el Documento B, donde se establece las Especificaciones Técnicas de los productos.

En el Documento A se establece la fecha de apertura del Llamado, el contenido de las Ofertas Técnicas y Económicas y las formalidades a que deben sujetarse los oferentes, de acuerdo al Decreto N° 129/003 mencionado.

Con respecto a las muestras, se deben presentar por parte de los proveedores en los Laboratorios Químicos de los Organismos usuarios, a efectos de que califiquen los productos, quedándose con una muestra testigo de los mismos, hasta la conclusión del Llamado.

En la apertura del Llamado, las empresas oferentes presentan en forma separada las Ofertas Técnicas y las Ofertas Económicas, procediéndose en ese acto a la apertura únicamente de la Oferta Técnica.

La Oferta Técnica está compuesta de dos partes, una que contiene Información básica del proveedor; incluida las referencias de suministros a Entidades Oficiales o referencias del sector privado y otra que incluye la información de cada uno de los ítems ofertados, la que deberá guardar correlación con la Oferta Económica presentada (nombre del producto, variedad, origen, marca, empresa elaboradora, envases primarios y secundarios (tipo y cantidad).

Conjuntamente con la Oferta Técnica deben presentarse documentos adicionales como por ejemplo Cartas Poder, Certificados Notariales, Credenciales Cívicas con constancia de voto, Inscripción en el Registro General de Proveedores del Estado, Certificado del Banco de Seguros del Estado, Certificados de Pequeña y Mediana Empresa, entre otros.

De acuerdo al artículo 56 del TOCAF, puede otorgarse un plazo de dos días para salvar los defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia que surjan de la Oferta Técnica.

En una instancia posterior se realiza la apertura de la Oferta Económica, únicamente de las previamente calificadas técnicamente

La Oferta Económica deberá incluir toda la información solicitada en el Pliego de Condiciones Particulares (Documento A), a efectos de que sea tenida en cuenta.

Los oferentes que no hayan calificado técnicamente y otros que quieran incorporarse al Llamado, pueden hacerlo a instancias de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 2° del Decreto N° 129/ /003 mencionado, siempre que el producto a ofertar se encuentre calificado en ese momento.

Realizado el estudio de las ofertas económicas, se publica en la página Web de la Unidad, el mejor precio obtenido, por ítem, sin identificar al oferente, abriéndose, si la Unidad lo considera conveniente, sucesivas instancias de negociación y mejora de precios, al amparo de lo dispuesto en el citado numeral 5° del artículo 2° del Decreto N° 129/003.

El citado Decreto N° 129/003 en el numeral 7° del artículo 2°, prevé una vista de las ofertas realizadas hasta el momento, con la posibilidad de presentación de mejora de precios exclusivamente por parte de los oferentes que actuaron hasta esa instancia del Llamado. Las mejoras presentadas se estudian a fin de realizar el informe económico correspondiente el que se eleva a la Dirección de la UCA quien resuelve la adjudicación.

Dictada la Resolución de adjudicación, ésta se notifica y se devuelven las garantías de mantenimiento de oferta presentadas por los oferentes, constituyéndose las garantías de fiel cumplimiento de contrato por parte de los adjudicatarios. Se realiza en esta instancia el control de los deudores alimentarios por directores o administradores de las sociedades oferentes.

Por último, se remite las actuaciones administrativas al Tribunal de Cuentas para su intervención.

C. REGISTRO DE PODERES A CARGO DE LA UCA

La U.C.A. lleva un Registro Interno de Poderes. La finalidad de este Registro, es permitir a las empresas oferentes, mediante la presentación por única vez y hasta que se comuniquen su revocación, de un único poder, carta poder y certificado notarial, legitimándose así la actuación de su representante y el contralor de la personería jurídica.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, que la carta poder contiene una parte dispositiva por la cual se encomienda a una o a varias personas la representación para actuar ante la UCA, y una parte de contralor notarial de toda la persona jurídica, y aun más importante, de quiénes son las personas que integran el Directorio con sus datos identificatorios, a fin de dar cumplimiento al contralor dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 18.244 de 27 de diciembre de 2007, es decir los deudores alimentarios.

El texto completo de la carta poder se encuentra publicado en la página Web de la UCA, y contiene cláusulas de vigencia, quedando a cargo de los proveedores la responsabilidad de su modificación.

X) PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA DE INCUMPLIMIENTOS EN EL SUMINISTRO DE BIENES O SERVICIOS ADJUDICADOS.

En aplicación de lo dispuesto en el Decreto N° 342/999 de 26 de octubre de 1999, la UCA ha instrumentado un procedimiento de denuncia de incumplimientos de los adjudicatarios, por parte de los Organismos usuarios del sistema de compras centralizadas, con el fin de determinar la aplicación de sanciones, cuando corresponda.

Los Formularios para efectuar la denuncia de incumplimientos, se encuentran publicados en la página Web de la Unidad a fin de que los Organismos usuarios puedan remitirlos vía Fax o Correo Electrónico.

El Sector Jurídico Notarial de la UCA realiza el estudio preliminar de la denuncia, pudiendo requerir informes de los sectores de la Unidad encargados de la gestión de compra de los distintos bienes y servicios (Alimentos e Insumos Médicos), otorgándosele vista de las actuaciones administrativas a la firma denunciada por incumplimiento, a los efectos de la presentación de los descargos correspondientes.

Una vez que el Sector Jurídico Notarial, cuenta con la información necesaria, elabora un informe circunstanciado con la relación de los hechos probados, circunstancias atenuantes o agravantes que existan a favor o en contra de la firma adjudicataria denunciada, a fin de ser remitido a estudio de la Comisión de Asesores de la UCA. Dicha Comisión controla la regularidad del procedimiento y recomienda la aplicación o no de una sanción a la firma denunciada, así como su quantum.

Por último el Expediente es elevado a la Dirección Ejecutiva, quien dicta la Resolución, la que se comunica al Tribunal de Cuentas y al Registro de Proveedores.

En el caso de sanciones económicas el Sector Jurídico Notarial intima al proveedor a realizar el pago correspondiente o la ejecución de la garantía.

Es importante destacar, que las sanciones impuestas por la UCA a las firmas oferentes y adjudicatarias, serán valoradas como antecedentes al momento de futuras adjudicaciones.

XI) CONTROLES INTERNOS.

La Unidad Centralizada de Adquisiciones cuenta desde el año 2008 con un sistema de Gestión de Calidad acorde a los requisitos establecidos por la norma ISO 9001:2008. Este sistema le permite asegurar el control de sus procedimientos, mediante:

1. Procedimientos documentados para la ejecución de sus procesos principales, así como los procesos de apoyo.
2. El monitoreo de los procesos clave, a través de los distintos indicadores definidos.
3. El establecimiento y control de registros que le permiten proporcionar evidencia de la conformidad con los requisitos establecidos.
4. Auditorías internas de su sistema de gestión de calidad, las que mediante un análisis sistemático, independiente y documentado, le permiten obtener evidencias de la extensión en la que se cumple con los requisitos establecidos para la ejecución de sus procesos, así como los establecidos por la norma ISO 9001:2008 antes mencionada.
5. La capacitación de su personal, asegurándose que el mismo conozca la pertinencia e importancia de sus actividades y de cómo contribuyen éstas al logro de los objetivos de la Unidad.

Por lo tanto, se puede apreciar, como ya se adelantara, el énfasis en tres grandes aspectos: la ética, la eficacia y eficiencia de la Administración Pública y por ende también de la UCA. En palabras del autor español Jesús González Pérez, la ética de la Administración Pública: *“no se agota en la fidelidad a los intereses generales”, “exige una entrega al servicio, un afán de perfeccionamiento en las técnicas, un esfuerzo en intentar la perfección”*.¹²

XII) CONTROLES EXTERNOS.

El control es el cúmulo de disposiciones que conforman el marco de fiscalización al cual se encuentra sometida la Unidad Centralizada de Adquisiciones.

Clasificaremos los controles en atención a los sujetos que los realizan, en: a) Particulares, b) Populares y c) Estatales.

A su vez, estos últimos, podemos distinguirlos teniendo en cuenta los órganos competentes para ejercerlos y que son: el Poder Ejecutivo, el Tribunal de Cuentas, la Auditoría Interna de la Nación y el Tribunal de los Contencioso Administrativo.

12 González Pérez, Jesús, “La ética en la Administración Pública”, Civitas, Madrid, 1996, Págs. 57 y 58.

a) En primer lugar, los controles particulares pueden ser ejercidos por los administrados al presentar Peticiones Administrativas y Recursos Administrativos, ya que contra los actos administrativos es aplicable el régimen constitucional de recursos administrativos y la jurisdicción anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La forma de impugnar los actos administrativos emitidos por la UCA a los efectos de agotar la vía administrativa, es mediante la interposición del Recurso de Revocación ante la UCA y del Recurso Jerárquico ante el jerarca máximo del sistema, el Poder Ejecutivo.

Debemos destacar que el Poder Ejecutivo delegó en los Ministros del ramo, sus atribuciones concernientes a los recursos jerárquicos interpuestos contra decisiones adoptadas por las dependencias o servicios de los Ministerios, por Resolución N° 13/993 del 12 enero de 1993. Por lo tanto el Recurso Jerárquico interpuesto ante el Poder Ejecutivo, en la práctica será resuelto por el Ministro de Economía y Finanzas.

b) En segundo lugar, el control popular es el resultante de tener a disposición de la ciudadanía, mediante la publicación en su página web, todos los actos administrativos dictadas en el ejercicio de sus funciones, así como convocatoria a Llamados, acuerdos celebrados con otros Organismos Públicos, normativa aplicable, entre otros.

c) Los controles estatales, pueden analizarse según el órgano que interviene y el objeto de fiscalización.

En primer término, al Poder Ejecutivo, como conductor de la política sectorial de compras estatales, le corresponde la supervisión de la actuación de la UCA a través del Ministerio de Economía y Finanzas.

En segundo término, al Tribunal de Cuentas le corresponde, de acuerdo a lo previsto en los artículos 94 y siguientes del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), el control externo de los actos y la gestión económico – financiero.

Debemos mencionar que específicamente la intervención de los gastos a los efectos de certificar la legalidad de los mismos, según lo dispuesto por el artículo N° 221 literal b de la Carta, es realizada por el Tribunal de Cuentas en forma posterior, de acuerdo a lo regulado en los Decretos N°s 129/003 de 8 de abril de 2003 y 147/007 de 23 de marzo de 2007.

En tercer término, a la Auditoría Interna de la Nación le corresponde, de acuerdo a lo previsto en los artículos 92 y siguientes del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) el control interno de los actos y la gestión económico- financiera.

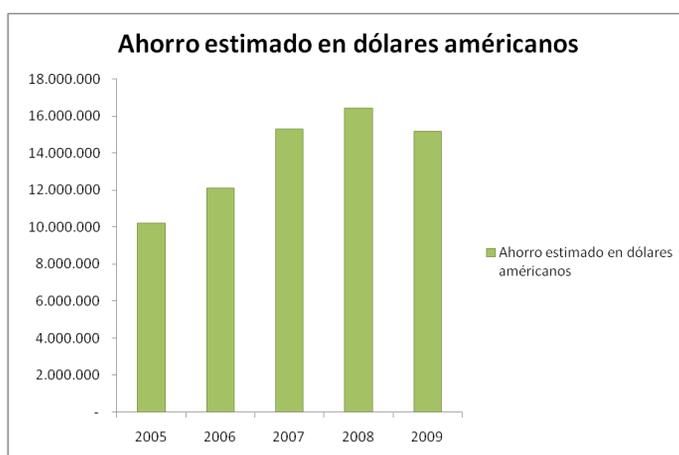
Finalmente, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo le corresponde el control de juridicidad de los actos administrativos dictados por la UCA, a través de su anulación.

XIII) RESULTADOS.

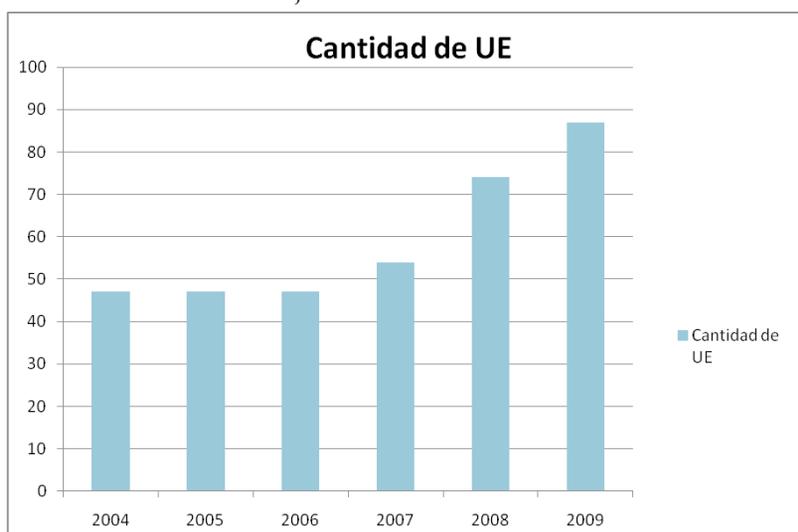
A continuación, se exponen gráficamente algunos de los resultados obtenidos en la gestión de compra por parte de la UCA, referidos a ahorros obtenidos, cantidad de organismos usuarios del sistema centralizado de adquisiciones, montos adjudicados y gastos realizados por los organismos usuarios a través de la UCA.

B) Sector Alimentos:

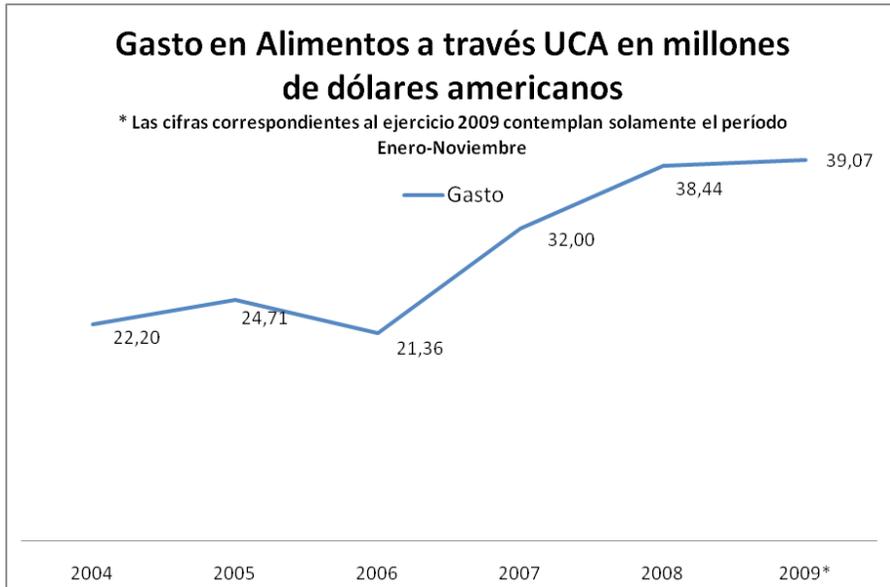
- Ahorro respecto de los precios de adjudicación, en el período 2004 - 2009, con relación a iguales productos en el mercado minorista:



- Cantidad de Unidades Ejecutoras usuarias del sistema:



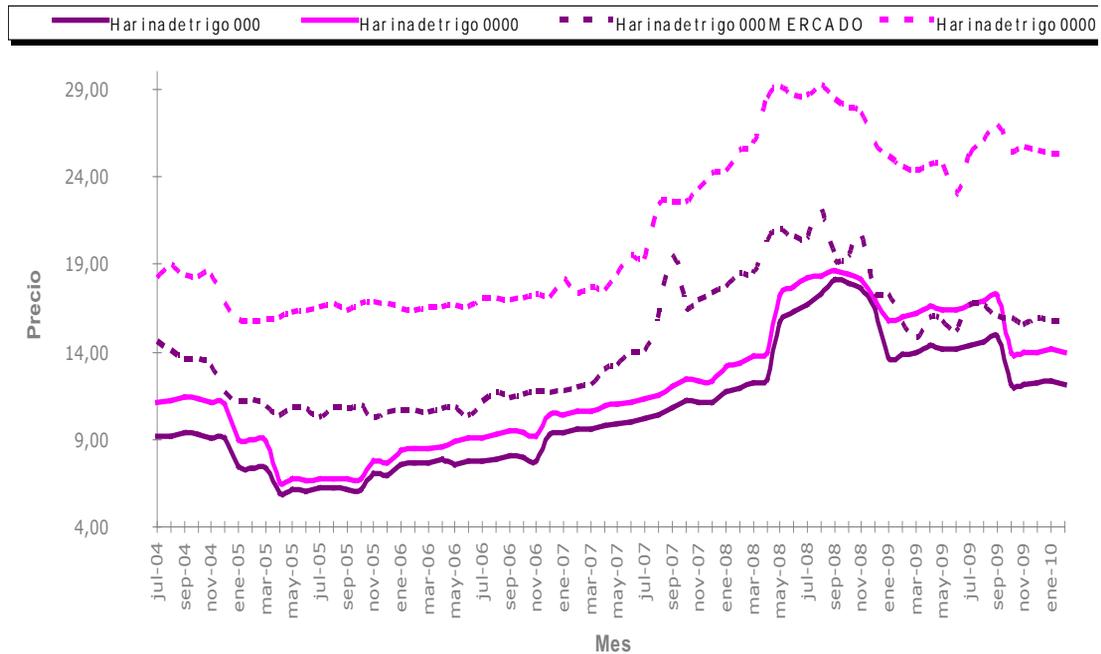
- Gasto de la Administración Pública en Alimentos a través de la UCA, período 2004-2009:



Fuente: SIIF

- Comparativo de precios de adquisición UCA con precios de mercado minorista, período 2004-2009:

Evolución de precios UCA - Producto: HARINA DE TRIGO



Fuente: UCA

C) Sector Insumos Médicos

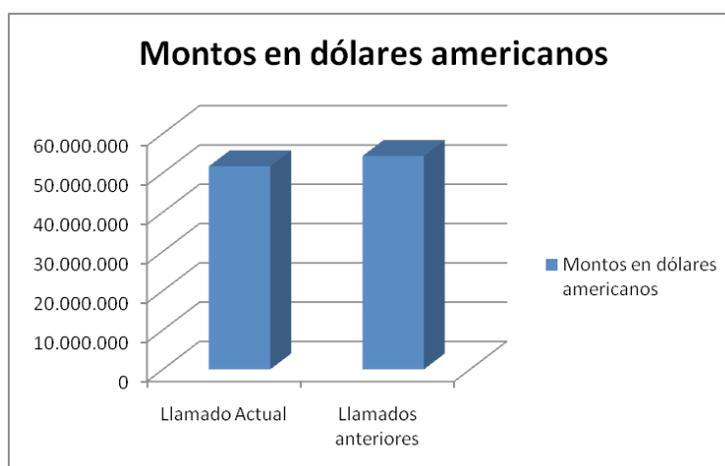
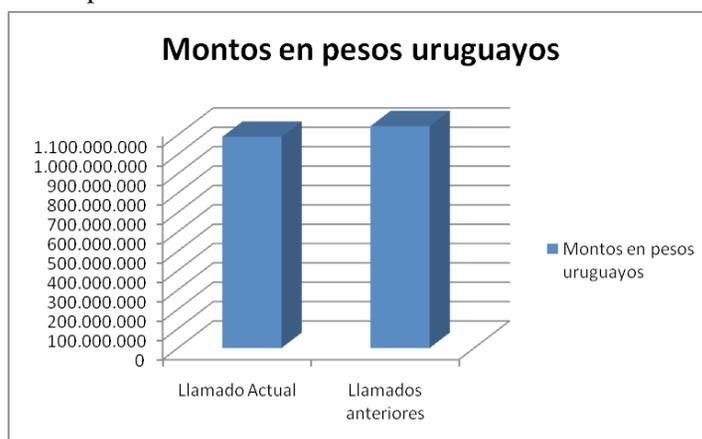
La información referida a este Sector es menor, ante el volumen de productos y servicios que se adjudican por año (aproximadamente 5.000) y la complejidad de su procesamiento, al no contarse aún con un sistema informático de gestión de compra que soporte todas las etapas del proceso. El diseño y desarrollo de este sistema está siendo licitado a través del Banco Mundial y se espera se encuentre operativo para el año 2012.

En consecuencia, los estudios sobre los resultados obtenidos en los Llamados a compra, hasta la fecha, se realizan en forma puntual.

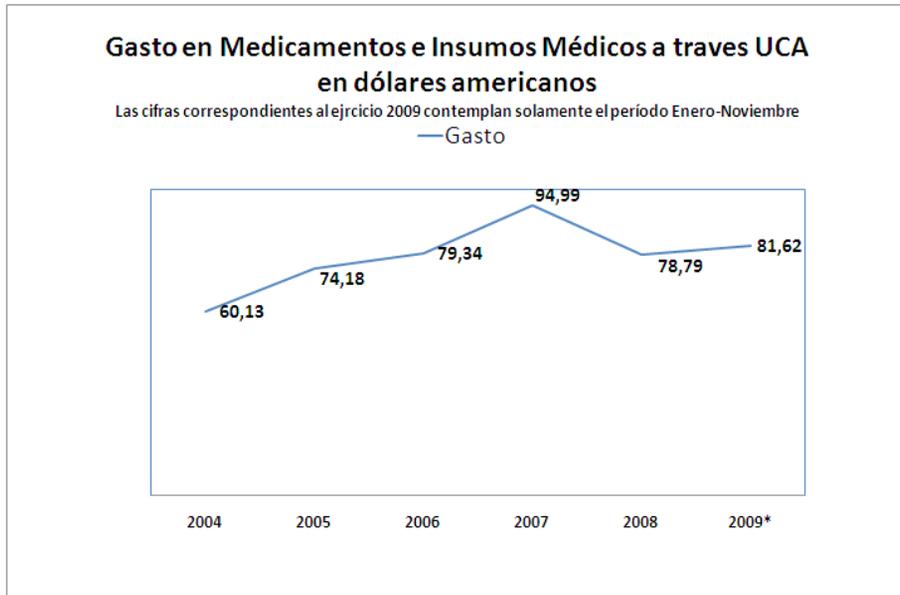
A continuación se agregan dos gráficos correspondientes al Llamado más importante del Sector, referido a la adquisición de medicamentos, que muestran el monto de la adjudicación a precios corrientes, tanto en pesos uruguayos como en dólares americanos, para los mismos ítems, en el último Llamado realizado (N° 30/009) y en los Llamados anteriores. Si se comparan ambos montos, se aprecia una disminución de la cantidad de dinero necesaria para adquirir los mismos bienes, del orden del 5%.

Luego se muestra el gasto realizado por la Administración Pública para la adquisición de Insumos Médicos a través de la UCA.

Comparación de montos adjudicados en Llamados para la compra de medicamentos, tomando en consideración los mismos productos.



- Gasto de la Administración Central, ASSE y UDELAR (Hospital de Clínicas) en Insumos Médicos a través de la UCA, período 2004-2009:



XIV) CONCLUSIONES.

1. La compra centralizada consiste en la adquisición de determinados bienes y servicios por una Unidad de Compras Estatal especializada, por cuenta y orden de organismos del Estado, de acuerdo a las cantidades y calidades requeridas por éstos y con el fin de posibilitar el aprovisionamiento necesario para el normal cumplimiento de sus cometidos.

2. Existen tres clases de razones fundamentales para que el Estado implemente dicho sistema: por su incidencia en la organización administrativa, en los procedimientos de contratación y en la posición reforzada como comprador en el mercado.

3. En nuestro país, la compra centralizada de alimentos, servicios alimentarios, medicamentos, insumos médicos y afines, se realiza a través de la U.C.A, órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo que funciona en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas.

4. La U.C.A. surge como consecuencia de la incorporación de dos órganos administrativos previos que son la Unidad Centralizada de Adquisición de Medicamentos y Afines del Estado (UCAMAE) y la Unidad Centralizada de Adquisición de Alimentos (UCAA).

5. La U.C.A. utiliza procedimientos de contratación administrativa especiales para la adquisición de alimentos e insumos médicos, al amparo del artículo 34 del TOCAF; el mismo prevé que se puedan implementar procedimientos de adquisiciones o de compras especiales, es decir, diferentes a la clásica licitación pública.

6. La Unidad Centralizada de Adquisiciones se encuentra sometida a distintos tipos de controles, que conforman su marco de fiscalización.

7. Del análisis de los resultados alcanzados, se observa, que el sistema centralizado de adquisiciones ha redundado en la obtención de mejores precios para las compras tanto de alimentos como de insumos médicos, así como una base de datos, que son fuente de información para la toma de decisiones por parte de los ordenadores del gasto. También se observa que va en aumento la participación de los organismos en el sistema así como que una importante proporción y creciente del gasto de la Administración Central, de la Administración de los Servicios de Salud del Estado (A.S.S.E.) y de la Universidad de la República (Hospital de Clínicas) en este tipo de bienes y servicios, se realiza mediante los conceptos del Gasto que administra la

UCA. Es importante mencionar que la mejora en la calidad de los productos adquiridos, es un resultado de difícil cuantificación pero que indudablemente, es objeto de importantes esfuerzos por parte de la Unidad. A vía de ejemplo se mencionan los siguientes convenios:

1. Con el LATU (Laboratorio Tecnológico del Uruguay):
 - Proyecto de implantación un Sistema de Gestión de Calidad basado en la Norma ISO 9001-2000 (año 2008).
 - Proyecto de asesoramiento en definición de Especificaciones Técnicas de los alimentos y calificación técnica de oferentes (en trámite de suscripción).

2. Con el Instituto Nacional de Carnes (INAC), año 2004:
Apoyo técnico referido a:
 - Asesoramiento respecto de las E. Técnicas de carnes, menudencias y productos cárnicos.
 - Asesoramiento respecto del cumplimiento, por parte de los adjudicatarios de las E. Técnicas y demás requisitos establecidos en los Pliegos.
 - Capacitación, al personal del Estado vinculado a compras, recepción y manejo de los productos.
 - Realización de arbitrajes técnicos.
 - Asesoramiento en aspectos técnicos involucrados en los recursos administrativos que se presenten.

3. Con la Comisión Administradora del Mercado Modelo (CAMM), año 2006:
Apoyo técnico referido a:
 - Certificación de calidad de las frutas y hortalizas suministradas, mediante técnicos de la CAMM, a través de un sello de calidad. Implica inspección aleatoria en lugares de recepción.
 - Cursos de capacitación para funcionarios receptores. Dos cursos al año, al menos.
 - Asesoramiento técnico respecto de la formulación de las Especificaciones Técnicas a incluir en los Pliegos.
 - Análisis de residuos de pesticidas, al menos un muestreo mensual.

XV) BIBLIOGRAFÍA:

- Cajarville Peluffo, J.P.** "Sobre Derecho Administrativo", Tomo I y II, Montevideo 2009.
- Cajarville Peluffo, J.P.** "Recursos Administrativos", 3ª Edición, FCU 2000.
- Delpiazzo, C.** "Normas y Principios de las Contratación Administrativa", FCU 2002.
- Delpiazzo, C.** "Contratación Administrativa", Universidad de Montevideo, 2da edición 2004.
- Delpiazzo, C.** "Texto Ordenado de Contabilidad Administrativa y Financiera" Anotado. F.C.U. 2004.
- Gamarra, J.** "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", Tomo IX, 4ta. Edición, F.C.U.
- López Benítez, M.** "El Contrato Administrativo de Suministro y la Centralización de las Compras Públicas". Barcelona 2000.
- Sayagués Laso, E.** "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, 8ª Edición puesta al día por Daniel Hugo Martins, FCU, Montevideo 2002.
- Ferrés, R.** "Elaboración De Una Propuesta de Plan de Acción - Cooperación Técnica No Reembolsable ATN/ OC.10195-UR- Programa de Apoyo a la Implementación de una Gestión por Resultados", Montevideo 2010.

LEGITIMACION ACTIVA POR DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

ANDRÉS MENDIVE DUBOURDIEU

DOCTRINAS DEL “INDIRECT PURCHASER” Y DE “IN PARE DELICTO”

1. ¿QUÉ ES LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

El derecho de defensa de la competencia existe para regular la actuación de las personas participantes en el mercado, las que pueden hacerlo individualmente o mediante acuerdos de cooperación y tienen, por ello, el derecho y la obligación de competir para un mayor rendimiento económico de la sociedad que integran. Como señala Caffera, en definitiva, es la respuesta legislativa para la preservación del mercado como herramienta de ordenación económica¹.

El Derecho de la competencia tiene como bien jurídico protegido la libre competencia, la cual no es más que una forma de protección del derecho constitucional a la libertad que tiene cada individuo. Desde este punto de vista, la especie del concepto de libertad que se considera, la libertad económica, está asociada a la libertad de acceder al mercado y de cambiar de posición dentro de él².

El fenómeno de la defensa de la competencia es visto por la doctrina y por los distintos ordenamientos jurídicos desde distintos enfoques. Para algunos sectores, se trata de una garantía a la libertad de comercio. En este sentido, la defensa de la competencia garantiza al comerciante reglas claras de juego en el mercado y lo protege de los abusos del poder de mercado de otros. También desde esta perspectiva, suele verse a la defensa de la competencia como un límite a dicha libertad, pues si bien garantiza un ámbito de libertad, la regula y restringe en consecuencia.

Desde otro punto de vista, el derecho de la competencia es una regulación del propio proceso competitivo, como un fin en sí mismo, estableciendo qué se puede hacer y qué no como parte de ese proceso.

Finalmente, y es quizás hoy día la visión mayoritaria, se entiende el derecho antitrust como una defensa indirecta del consumidor frente a los abusos de las empresas de su poder de mercado.

2. REGULACIÓN LEGAL.

2.1. Antecedentes

La Constitución del año 1934 introdujo el actual artículo 50, cuyo inciso 2º establece que “*toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el control del Estado.*” Asimismo, los artículos 7 y 36 del mismo texto normativo garantizan a todos los habitantes de la República en el ejercicio de sus derechos de libertad (art. 7) y en particular, de libertad de comercio (art. 36).

No obstante, y si bien el artículo 332 de la Carta permite aplicar las normas constitucionales carentes de regulación legislativa expresa, en los hechos la defensa de la competencia recién comenzó a aplicarse con la sanción de la ley 17.243 (primera ley de urgencia) del año 2000.³ Dicha ley, estableció en los artículos 13 a 15 las bases del sistema antitrust uruguayo, aunque sin mayor desarrollo. Asimismo, la ley dejaba sujeta

1 Gerardo Caffera, El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia (Antitrust), en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, volumen 31, página 577.

2 Fernando Barros Tocornal, Comentarios a la ponencia del Sr. Russell Pittman: la situación en Chile, Publicado por ORT Uruguay, Montevideo, 1994, página 11.

3 Sin perjuicio de ello, ya la ley de patentes N° 17.164, y la ley de grandes superficies N° 17.188, regulaban, en cierta medida, el poder de mercado conferido a los titulares de las patentes y a los grandes supermercadistas.

su propia aplicación a que la distorsión en el mercado (producido por la práctica en cuestión) generara un perjuicio relevante al interés general.

Por ende, dada la escasa regulación legal que brindaba la ley, sumado al “filtro” constituido por el requerimiento del perjuicio relevante al interés general, y sin duda habiendo una escasa cultura jurídica y empresarial en el país sobre la materia, llevó a que, en los hechos, la normativa fuera aplicada en contadas ocasiones.

2.2. Ley 18.159

El 20 de julio de 2007, y después de varios años de discusiones en el Parlamento, el Poder Ejecutivo promulgó la ley 18.159 sobre “*promoción y defensa de la competencia*”. El objeto de la misma, también tras un prolongado debate, fue finalmente adoptado como “*fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.*”

En términos generales, la ley 18.159 prohíbe una serie de comportamientos, y por otro lado regula las concentraciones empresariales.

a) Control de comportamientos

El artículo 2 señala que “*Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.*”

De ese modo, se establece un número abierto de conductas prohibidas. El requisito excluyente es que las mismas tengan por “efecto u objeto” la distorsión del mercado.

Los comportamientos suelen clasificarse en unilaterales y colectivos. La ley, al menos en forma expresa, únicamente sanciona, en cuanto a los unilaterales, al “abuso de posición dominante”.

En cuanto a los colectivos, si bien cierto grado de poder de mercado está implícito (de lo contrario no hay distorsión posible del mercado), la ley es menos precisa aún en lo referente a las conductas prohibidas.

La doctrina suele clasificar las conductas colectivas como “horizontales” cuando tienen lugar en un mismo nivel de la cadena productiva (ej. Arreglos de precios entre competidores) o “verticales” (ej. Contratos de distribución –con efectos anticompetitivos– entre productores y vendedores minoristas).

b) Control de concentraciones empresariales

Quizás la mayor innovación de la ley es la incorporación de un mecanismo de control previo de fusiones y adquisiciones, así como de todo tipo de concentración empresarial. De todos modos, y dadas las discusiones económicas de fondo, la solución de la ley puede calificarse como “tímida”. Las concentraciones empresariales, para estar sujetas a la autorización del Estado, deben crear un monopolio de hecho sobre el mercado relevante, esto es, tras la transacción, las partes deben dominar el 100% del mercado. Por otra parte, la ley estableció que ciertas transacciones, aún sin llegar a dichos niveles de concentraciones de poder de mercado, debían ser notificadas al Estado.

Según el Artículo 7° de la ley: “*Todo acto de concentración económica deberá ser notificado al órgano de aplicación diez días antes de la celebración del mismo por las empresas participantes cuando se dé por lo menos una de las condiciones siguientes:*

A) *Cuando como consecuencia de la operación se alcance una participación igual o superior al 50% (cincuenta por ciento) del mercado relevante.*

B) *Cuando la facturación bruta anual en el territorio uruguayo del conjunto de los participantes en la operación, en cualquiera de los últimos tres ejercicios contables, sea igual o superior a UII 750:000.000 (setecientos cincuenta millones de unidades indexadas)...”*

Es decir que, únicamente cabe notificar cuando se alcance una participación igual o superior a la mitad del mercado relevante, o cuando la facturación de las empresas supere los aproximadamente US\$ 70.000.000 (setenta millones de dólares).

c) Consecuencias por la infracción a la ley 18.159

a) Sanciones administrativas

La ley 18.159 es en esencia una ley sancionatoria-administrativa: penaliza conductas sin reparación de los daños eventualmente causados. Tal como surge del artículo 17 de la ley, las sanciones pueden ir desde el apercibimiento a las empresas involucradas, la publicación de la resolución sancionatoria, hasta importantes multas económicas.

b) Efectos civiles

La ley 18.159 guarda silencio sobre los efectos civiles de las infracciones a la ley. No obstante, en virtud de la aplicación de las normas de derecho común, se puede sostener la eventual responsabilidad civil de los infractores de la misma.

Desde la perspectiva de la teoría general del negocio jurídico, la ley 18.159 incorpora una nueva noción a la autonomía de la voluntad y nuevos límites a la misma.

El artículo 4 de la ley 18.159 individualiza a título enunciativo algunas prácticas y las prohíbe. Es importante tener en cuenta que la remisión efectuada por dicha norma respecto del artículo 2 implica que dichas conductas solamente son prohibidas en caso de que se efectúen con abuso de posición dominante o que tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

Respecto al antecedente en la materia (artículo 14 de la ley 17.243), Gerardo Caffera⁴ indicaba que la descalificación jurídica se producía por caminos diversos: a) ilicitud del objeto, b) prohibición del negocio, no siendo ilícitos por sí mismos el objeto ni la causa; c) el negocio como instrumento de una práctica ilícita; d) ilicitud superviniente y e) ausencia ilícita del negocio.

Respecto de la primera de dichas categorías, objeto ilícito, cabe indicar que las prácticas consideradas de este modo son las que implican una distribución del mercado (literal H del artículo 4 de la ley 18.159) y las que configuran concertaciones de precios (literales A, B y E).

En sustancia, la obligación asumida es la de no competir. Si la ley establece que son prohibidas las prácticas cuyo efecto sea impedir la competencia aquí es claramente el objeto del contrato el que es ilícito⁵.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil, la consecuencia del objeto ilícito es la nulidad absoluta del contrato y si algo se hubiere pagado a sabiendas de la ilicitud no será restituible.

En segundo término, vemos los casos de prohibición del negocio: los ejemplos típicos son los contratos celebrados con abuso de posición dominante de una de las partes y los contratos discriminatorios (literales B, C, I del artículo 4 y artículo 2).

En estos casos el contenido del contrato es perfectamente lícito. Las conductas prohibidas solamente son percibidas en tanto configuradoras de la norma si se las considera relacionalmente a su contexto. El negocio es prohibido en su totalidad; es esa misma estructura globalmente considerada la que es contraria a la norma legal.

Este fenómeno es calificado dentro de la categoría de falta de poder normativo negocial⁶. Quienes discuten la figura referida, habrán de calificar al negocio nulo absolutamente por aplicación del artículo 8 del Código Civil⁷.

En tercer lugar, se halla el negocio como instrumento de violación de la normativa antitrust. Son aquellas hipótesis en que el negocio es un mecanismo tendiente a expulsar o impedir el acceso al mercado de un competidor (literales F y G). La vinculación de estos negocios con la violación de la normativa en la materia se verifica a nivel de los motivos.

El negocio no se ve afectado en su licitud, verificándose tan sólo la posibilidad de sanciones administrativas o de responsabilidad extracontractual.

En otro orden encontramos los casos de ilicitud superviniente. La situación podría ser explicada en el ámbito del artículo 1549 del Código Civil. De ese modo, la obligación se extinguiría al devenir legalmente imposible, en virtud de que el contexto de cumplimiento evoluciona de manera que la prestación termina contraviniendo una norma legal.

Finalmente, los ejemplos de ausencia ilícita de negocio constituyen una clara excepción a los principios de la autonomía privada. Aquí entramos en la categoría de los negocios forzosos. Es decir, aquellos que el legislador obliga a otorgar, siendo ilícito rehusarse a ello. Es aquel impuesto preceptivamente a una de las partes por la ley. Si se impusiera a ambas no quedaría ningún rastro del consentimiento y en tal supuesto habría una relación jurídica forzosa en vez de un contrato forzoso. Mediante esta categoría, la celebración es obligatoria, por lo que se afecta la libertad de no contratar⁸.

4 Opus cit., página 577.

5 Caffera, opus cit, página 587.

6 Caffera, opus cit, página 589.

7 En Francia estas hipótesis son consideradas una manifestación moderna del vicio de violencia (Fulvio Santarelli, La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil, en Revista Crítica de Derecho Privado, N° 4, 2007, página 382).

8 Juan Benítez Caorsi, El contrato forfoso y necesario, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXVIII, año 1998, página 419.

El artículo 2 de la ley 18.159 establece que *“a efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores”*.

Este giro ofrece interrogantes. ¿La valoración en esos términos es solamente a los efectos de determinar si la conducta genera o no responsabilidad o es a los efectos de establecer la nulidad? Si fuera el segundo supuesto, la nulidad no sería una calificación a la génesis del contrato, considerado éste de un modo estático, sino que habrá o no de ser tal según como se presente el contexto en el cual se presenta el negocio jurídico. Por ello, se entiende preferible la primera interpretación. Es decir, un sujeto tendrá legitimación activa en un proceso de daños por una conducta anticompetitiva siempre y cuando, además de los presupuestos usuales, acredite la verificación de las circunstancias reclamadas por la disposición citada.

Asimismo, el artículo 7 establece la notificación preceptiva al órgano estatal de control de una serie de actos que puede implicar concentración económica. No obstante, la norma no señala la consecuencia de una omisión en tal sentido. Quizás la solución pueda hallarse en el artículo 17, el cual establece que constatada una conducta anticompetitiva se podrá ordenar su cese inmediato. Esto es, la conducta dejará de producir efectos.

Visto de este modo, podría considerarse que las conductas anticompetitivas son nulas relativamente. Una vez declarada su nulidad (a partir de la calificación de anticompetitividad) dejan de producir efectos y da derecho a restitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil.

En definitiva, la normativa antitrust ha venido a modificar la concepción tradicional de la autonomía privada. En la teoría clásica del negocio jurídico el sujeto permanece siempre igual a sí mismo. Es capaz o incapaz en toda circunstancia. Su tuición no varía en función de su posición económica, social o cultural salvo en contadísimas ocasiones⁹. Diferente es la situación a partir de la regulación en esta materia.

Por otra parte y desde una perspectiva de análisis axiológico, cabe afirmar que el impedir que una empresa obtenga beneficios a partir de su posición dominante en el mercado importa, además de cumplir con un objetivo de justicia, volver al mercado más eficiente, habida cuenta que la diferenciación se centrará en la innovación tecnológica, en la reducción de sus costos de producción, en la racionalización de sus procesos productivos, etc¹⁰.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE DAÑOS POR VIOLACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITRUST

Pues bien, una vez expuestas las generalidades de la ley de defensa de la competencia, corresponde abordar el objeto de este trabajo: analizar quien tiene legitimación activa para reclamar por los daños que generan las conductas anticompetitivas (cualquiera sea su calificación bajo la perspectiva de la Teoría General del Negocio Jurídico, conforme a lo expuesto).

Si bien es claro que se trata de una ley de índole administrativa, tendiente a regular los medios de control y sanciones de tal carácter, la propia existencia de la misma implica que su violación pueda dar lugar al régimen de responsabilidad civil general, establecido en el artículo 1319 del Código Civil¹¹. En tal sentido, cabe señalar que la propia ley, en su artículo 28, refiere expresamente a la posibilidad de entablar acciones resarcitorias por parte de los perjudicados.

El derecho que la ley otorga en cabeza del damnificado requiere de una acción que debe ponerse en movimiento¹². El problema de la legitimación activa consiste en determinar a quien la ley reconoce el derecho a reclamar por los daños que ha sufrido.

9 Andrés Mariño, Estudio del Título preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868 en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU, Montevideo, 2001, página 276.

10 Roppo, Vicenzo, “Il Contratto”, página 904, citado por Fulvio Santarelli, opus cit, página 376.

11 Philippe Le Tourneau se ha pronunciado en contra de la necesidad de una normativa especial en la materia, De la spécificité du préjudice concurrentiel, RTD Commercial et droit économique, 1998, N° 1, Janvier-Mars, páginas 83 y siguientes, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas, en Instituciones de Derecho Privado, Responsabilidad Civil- Derecho de Daños, Tomo 5, obra colectiva dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.

12 López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, página 411.

La legitimación activa, entonces, o *legitimatio ad accusam*, es la cualidad emanada de la ley que faculta a requerir el servicio judicial y la que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión, con lo cual estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que permite al individuo tener una sólida expectativa de tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto¹³.

El presente tema no ha sido objeto de mayores desarrollos por parte de la doctrina hispanoamericana. Como señala Fernando Peña López¹⁴, el escaso rol del Derecho de Daños en materia de Defensa de la Competencia obedece a que la aplicación del derecho antitrust ha quedado fundamentalmente en manos de los organismos administrativos.

En Estados Unidos, en cambio, el principal rol de las sanciones es el resarcimiento del daño. Según enseña Alberto Toffoletto¹⁵, con ello se quiso incentivar las denuncias por parte de los consumidores, verdaderas víctimas de las conductas monopólicas, quienes, sin ese atractivo, seguramente no demandarían sólo para beneficiar al competidor.

Desde el siglo XVII las diferentes legislaciones antimonopólicas han permitido a las personas privadas reclamar los daños que les generó una conducta anticompetitiva¹⁶. Una primer interrogante al respecto constituye en saber si solamente puede reclamar el competidor perjudicado por la violación de la libre competencia o también lo pueden hacer los consumidores.

Kemelmajer de Carlucci¹⁷ presenta un par de casos hipotéticos a efectos de poner de manifiesto lo dificultoso que es determinar quien es el legitimado activo: si un productor en posición dominante impone a su distribuidor un precio anticompetitivo, ¿quién es el dañado?, ¿el distribuidor o el consumidor que finalmente paga el precio? Si una práctica anticompetitiva ha excluido a un competidor del mercado y los precios han subido por la posición monopólica que ejerce el autor de la conducta sancionable, ¿está legitimado sólo el competidor excluido o también los consumidores? Caffera¹⁸ se pronuncia a favor de que ambos poseen legitimación activa para ello.

El artículo 1º de la Ley 18.159 nos brinda un argumento de índole legal para sostener que los consumidores también poseen legitimación activa. En efecto, dicha disposición establece que el objeto de la ley es fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores. Pues bien, si esta es la razón de ser de la ley, resulta comprensible que se invista a los sujetos protegidos de los medios legales necesarios para ejercer sus derechos. Como han expuesto Lon L. Fuller y William R. Perdue, las reglas de Derecho sólo pueden ser comprendidas con referencia a los fines que persiguen¹⁹.

No obstante y a pesar de lo señalado, debe tenerse presente que, al menos para un prestigioso sector de la doctrina, las normas sobre libre competencia no buscan, aún cuando pueda ser el fin último que se persigue defender, la protección del consumidor, de un comerciante o de un industrial determinado, sino que lo protegido es la libertad de ejercicio de las actividades económicas²⁰.

Sin perjuicio de la observación anterior y en segundo lugar, el propio artículo 28 de la ley regula la acción resarcitoria, la cual se refiere como propia de todos los perjudicados directamente por una práctica anticompetitiva. Es decir, bastaría haber padecido un daño para poseer legitimación activa, sin importar si el reclamante es un consumidor, un distribuidor, un competidor o cualquier otro tercero.

En este sentido Rafael Acevedo²¹, analizando dentro del derecho de la competencia la competencia desleal, plantea que esta última ha sufrido una evolución marcada por el paso de una concepción individual de

13 Saux, Edgardo, Accidentes de tránsito. Tenedores o usuarios del vehículo automotor. Dependientes. Legitimación activa y pasiva., en Muller y Saux, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2005, página 248.

14 La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust, Granada, Comares, 2000, página XVII, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 662.

15 Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust, Milano, ed. Giuffrè, 1996, página 186, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 671.

16 Herbert Hovenkamp, *The antitrust enterprise. Principle and execution*, Cambridge, 2005, página 57.

17 Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 674.

18 Opus cit., página 581.

19 Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza, traducción y comentario de Derecho español por José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957, página 7.

20 Fernando Barros Tocornal, opus cit., página 17.

21 El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal, página 496, citado por Cianciarulo Bertone, Daniella, Incidencia de la Economía en el Derecho, XII Jornada Notarial Iberoamericana, página 89.

la disciplina, a la idea de un derecho basado en el amparo no solamente de los empresarios que compiten directamente, sino también protector de los consumidores y del interés público del Estado.

Es decir, la ley efectúa una limitación exclusivamente en cuanto a los damnificados indirectos, excluyendo su derecho resarcitorio. En la doctrina se señala que el legitimado activo por antonomasia es el damnificado directo. El daño se califica como directo en relación a la persona que reclama cuando lo demanda la víctima del hecho. En cambio, el damnificado es indirecto cuando el que reclama es un damnificado distinto de la víctima misma, por ejemplo, el padre del fallecido²². Es decir, damnificado indirecto es quien no ha sido la víctima directa, pero que, en razón de ese evento, experimenta un menoscabo o lesión a un bien jurídico patrimonial o extrapatrimonial²³.

Lo importante es tener claro que en ambos casos se trata de daños propios. Tanto en caso de legitimados directos o indirectos debe existir la lesión a un interés tutelado por la ley, o sea jurídicamente protegido. De este modo se descartan los daños a los meros intereses.

Es decir, bajo la perspectiva de la teoría general, tanto el damnificado directo como el indirecto tienen legitimación activa por los daños que han sufrido. Siendo así, la Ley 18.159 parecería contrariar la actual orientación en la materia, ya que refiere exclusivamente a los perjudicados directos.

No obstante las conclusiones que una primera lectura puede arrojar en el sentido indicado, entendemos que el giro del artículo 28 de la ley debe ser interpretado a la luz de la historia de la regulación de la defensa de la competencia en el derecho comparado. De ese modo, se habrá de comprender el real sentido de la expresión “perjudicados directos”.

En Estados Unidos, a nivel de la legislación federal de aquel país, la solución es amplia. A partir de la Sección 4 (Clayton Act, Sherman Act y Robinson-Patman Act) se concede la acción a cualquier persona dañada en su negocio o propiedad, lo cual incluye a los particulares, corporaciones y asociaciones. El daño al negocio o propiedad ha sido interpretado por las cortes como cualquier menoscabo económico, lo cual incluye las dificultades de acceso al mercado²⁴.

De todos modos, se requiere que el daño haya sido causado por la violación de la normativa de defensa de la competencia²⁵. Así, se ha rechazado la reclamación por daños generados simplemente por la presencia de un competidor más vigoroso que logra colocar los productos en el mercado a un precio más bajo²⁶. Sin embargo, las variaciones existentes, impiden extraer de la práctica jurisprudencial norteamericana un criterio general a efectos de determinar en que circunstancias un individuo puede considerarse dañado por una conducta anticompetitiva²⁷.

Por otra parte, en la normativa federal de Estados Unidos no se distingue entre nacionales o extranjeros y se acepta la acción de clase al respecto²⁸. Sin embargo, a partir del caso *Hoffman-La Roche, Ltd v/ Empagran SA* (524 US 1 (2004)), la Suprema Corte de aquel país rechaza la jurisdicción nacional en casos de daños acaecidos en el exterior que no tengan una conexión con daños locales. Esto es así en virtud de la consideración de que en 1982 el Congreso norteamericano adoptó la *Foreign Trade Anti-trust Improvement Act of 1982* (FTAIA), la cual limita tal posibilidad.

La solución uruguaya al respecto difiere. En efecto, se admite la legitimación activa para reclamar ante los tribunales nacionales exclusivamente a quienes hayan sufrido daños en nuestro territorio.

En tal sentido, el artículo 3° de la ley 18.159 establece que “*todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.*”

Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto éstas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo”.

Si bien la disposición no es del todo clara, la interpretación más armónica dentro del contexto de nuestra normativa de Derecho Internacional Privado, tanto de fuente nacional como internacional, es que solamente son reclamables a nuestros tribunales los efectos dañosos producidos en nuestro país por la conducta anticompetitiva.

22 Edgardo López Herrera, opus cit., página 412.

23 Eduardo A. Zannoni, *Damnificados indirectos en razón del daño*, en E. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993, página 167.

24 En el caso *Mi-West Paper Prods. Co. V/ Continental Group*, 596 F.2d 573, 590 (3° Cir. 1979) se estableció como criterio que la pérdida de un empleo no confiere legitimación activa.

25 *Brunswick Corp v/ Pueblo Bowl-O-Mat, Inc*, 429 US 477, 489 (1977).

26 *Cargill, Inc v/ Monfort of Colorado, Inc*, 479, US 104 (1986).

27 *Kazanoff, Peter E. y Koob Charles E., Private anti-trust remedies under US law*, en <http://www.stblaw.com/content/publication/pub484.pdf>.

28 *Kazanoff, Peter E. y Koob Charles E., opus cit.*

En otro orden, las cortes estadounidenses deniegan las reclamaciones por parte de quienes no tienen una participación en el mercado relevante, o cuyos daños alegados son altamente especulativos o que constituyen víctimas indirectas del daño (indirect purchaser). De este modo, entramos en el análisis de lo que usualmente se interpreta como perjudicados indirectos en la normativa antitrust.

En Estados Unidos este problema se conoce como “proper plaintiff”. Allí, según refiere Anna Genovese²⁹, en 1906 en el caso *Chattanooga Foundry and Ouo Works v/ Atlanta* se resolvió que está legitimado para reclamar por vía de la “treble damage act” el consumidor que ha pagado una mercadería o un servicio a un precio superior por efecto de un comportamiento prohibido por las leyes antitrust.

Lo anterior se basa en la teoría conocida como “passing on”. En virtud de la misma, se priva de legitimación al primer adquirente del producto o servicio, si es que luego lo vuelve a volcar al mercado. La razón de ello es considerar que éste no sufre daño alguno desde que lo traslada en el precio al consumidor.

No obstante, lo anterior parte de una ficción, ya que no siempre será posible efectuar el traslado a los precios. Aún cuando el distribuidor resuelva hacerlo de ese modo, correrá el riesgo de perder clientela y disminuir el volumen de venta, en virtud de la existencia de productos sustitutos. Como afirma Guillermo Cabanellas de las Cuevas³⁰, la posibilidad de traslado dependerá de las condiciones de mercado.

En consideración a ésta y a otras circunstancias, tales como la dificultad de prueba del porcentaje volcado al precio, en el caso *Hanover Shoe*, en 1968 la Corte Federal dijo que el empresario directamente damnificado puede obtener del autor del hecho un resarcimiento por el daño sufrido, sin necesidad de deducción del daño eventualmente transmitido a la clientela.

Continuando esta línea evolutiva, en 1977 en el caso múltiplemente citado, *Illinois Brick Company v/ Illinois*, la Corte Suprema excluyó al consumidor final de la posibilidad de reclamar daño, a no ser que haya adquirido el producto directamente de su productor³¹. Es decir, se le concedió acción exclusivamente al intermediario o al consumidor que adquiere el producto en forma directa, denominado “direct purchaser”.

No obstante lo anterior, la Corte norteamericana dejó a salvo la legitimación de los consumidores, pero en forma excepcional y limitada a las hipótesis en que el “passing on” pueda ser acreditado. Según Toffoleto³², esto acontece en caso de que se verifique el “cost plus”; esto es, que en el contrato de readquisición se den tres elementos:

- Una previsión que determina la transferencia integral del precio extra sufrido.
- Un mecanismo que pone al intermediario al resguardo de toda alteración, sea de las ganancias, sea de las ventas;
- Una rígida predeterminación de la cantidad comprada que sea absolutamente independiente del precio.

Por otra parte, la Corte Suprema de aquel país, en el caso *Radovich v/ National Football League*, 352. US 445, 454 (1957), declaró que las cortes no pueden adherir requerimientos al ejercicio de las acciones por daños antitrust, más allá de los establecidos por las leyes del Congreso³³.

Este proceso culminó con el caso *ARC América*, en el cual la Corte Suprema resolvió que las leyes de cada uno de los Estados de aquella nación están legítimamente facultadas para atribuir derecho al resarcimiento al comprador consumidor, siempre que no se le niegue al comprador directo efectivamente dañado.

A pesar de ello, más de 20 estados, denominados “Illinois Brick Repealers”, deniegan legitimación activa a los consumidores.

Asimismo, a nivel general se reconoce una legitimación excepcional del “indirect purchaser” en los casos en que el “direct purchaser” es controlado por el productor o que existe un acuerdo conspirativo entre estos.

En definitiva, la exclusión de la legitimación activa al consumidor ha disgustado a la jurisprudencia norteamericana, la cual ha procurado ampliar el abanico de excepciones.

Cabe señalar que el fundamento de excluir a los consumidores de la reclamación es de índole práctica. Se señala que éstos no tienen un buen conocimiento de costos como para poder estimar el perjuicio generado por un precio predatorio o la aplicación de una política monopólica. Por ello, se afirma, el competidor se

29 Il risarcimento del danno per violazione di norme antitrust: l’esperienza americana, en *Rivista delle società*, 1992, página 706, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 675.

30 Derecho antimonopólico y defensa de la competencia, página 794, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 676.

31 Ver <http://supremecourtofohio/publicinformation/casesummaries.scomet.state.oh.us/communication-office/summaries/2005/4005/040304.osp>

32 Opus cit, página 306, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 677.

33 Areeda, Phillip, Kaplow, Louis y Edlin, Aarón, *Antitrust Análisis. Problems, Text and cases*, Aspen publishers, Sexta edición, Nueva York, 2004, página 61.

hallará en mejores condiciones de efectuar un análisis económico que informe acerca de las consecuencias cuantitativas que ha tenido la aplicación de una política anticompetitiva.

Vemos como de ese modo, en definitiva, el problema de legitimación activa se ve influenciado por las dificultades que presenta la estimación del daño.

Para paliar ello y conceder legitimación al consumidor se ha ideado un método de cálculo del sobreprecio que abonó el consumidor y que constituye, en definitiva, el valor de su daño. Dicho método se conoce como “yardstick method” y consiste en comparar los precios del mercado del producto objeto de la práctica anticompetitiva con los precios de algunos diferentes pero razonablemente similares mercados en los cuales se ha respetado la competencia.

Sin embargo, el procedimiento requiere de un segundo paso. El juez habrá de comparar el precio efectivamente abonado con el precio que el consumidor hubiese pago en situaciones de mercado normales.

Este no es el único método empleado, pero sí el que ha tenido más éxito. Alternativamente se ha utilizado el método denominado “before and after method”, por el cual se compara el precio del producto con anterioridad y posterioridad a la práctica anticompetitiva.

No obstante, estos métodos no son técnicamente incuestionables. En efecto, teniendo en cuenta que el incremento del precio probablemente repercute desfavorablemente en el volumen de ventas, vemos que el aumento del valor no es directamente proporcional al daño.

Como modo correctivo de lo anterior se ha propuesto la aplicación de dos medidas. La primera consiste en descartar el “passing on”. Para ello solamente se legitima a reclamar al consumidor final, ya que es directamente en su patrimonio donde repercute el incremento del precio. De ese modo, se evita el desajuste estimatorio del daño producto de la absorción del incremento por parte de los agentes intermedios de la cadena del producto, en hipótesis en que no se verifique una transferencia integral al costo.

La segunda medida consiste en que el incremento del precio no constituya exactamente el daño resarcible. Aquel debe ser amalgamado por el influjo de otros factores, tales como la disminución de la participación del producto en el mercado, en virtud de la aplicación de la práctica anticompetitiva.

Por su parte, en Francia se reconoce a los consumidores legitimación activa, por medio de asociaciones que los representen. Es lo que se conoce como acción de representación conjunta y es poco utilizado en la práctica³⁴.

Esto se condice con la orientación imperante en el país galo en materia de daños, donde se busca no crear barreras a la responsabilidad civil. Como dice Mazeaud, basta ser damnificado para poder accionar por responsabilidad extracontractual³⁵.

En segundo término, el consumidor francés, así como cualquier otro europeo procedente de una nación miembro, puede acudir ante la comisión respectiva de la Unión Europea, en caso de que la normativa antitrust violada sea de carácter comunitario.

En virtud de estos antecedentes, cabe afirmar que la expresión del artículo 28 de la Ley 18.159 en cuanto limita la legitimación activa a los damnificados directos, responde a la figura equivalente del “direct purchaser” y no al problema de los damnificados por rebote.

Conforme a ello, cabe preguntarse si los consumidores carecen, entonces, de legitimación activa por los daños sufridos producto de conductas anticompetitivas. La interpretación literal del artículo 28 conduciría a ello. No obstante, entendemos que debe considerarse dicha disposición en el contexto de otras de la misma ley.

Como afirma Alterwain³⁶, uno de los temas más discutidos en la historia de sanción de la Ley fue su objeto, finalmente reconocido en el Artículo 1 como el fomento del “bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios”. Como ha señalado recientemente el Director General de la Comisión Europea: “Mientras el proceso competitivo es importante como un instrumento, y mientras en muchas oportunidades la distorsión de este proceso lleva a dañar al consumidor, su protección no es un fin en sí mismo. El fin último es la protección del bienestar del consumidor, como resultado del proceso competitivo”³⁷.

34 Aída Kemelmajer de Carlucci, opus cit., página 678.

35 Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil uruguayo, Tomo XXI, Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, página 277.

36 ¿Cómo determinar si una práctica empresarial es anticompetitiva? Pautas y metodología en el marco de la Ley 18.159 y su decreto reglamentario, en Revista de Derecho y Tribunales, N° 7, junio 2008.

37 Extraído del discurso de Philip Lowe “Consumer Welfare and Efficiency - New Guiding Principles of Competition Policy?” 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day”, Munich, 20 de marzo de 2007. (disponible en Internet en http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf, visitado por última vez el 12 de agosto de 2007), citado por Alejandro Alterwain, opus cit.

El referido autor uruguayo recuerda que existía una alternativa, planteada por un grupo de legisladores liderados en este punto por el Cr. Iván Posada, según la cual el objeto de la ley debía establecerse como *“la promoción y defensa de la competencia, la promoción de la eficiencia económica, la libertad de iniciativa, la apertura de mercados, la des-concentración del poder económico, así como evitar los usos indebidos del poder de mercado”*, tal como se disponía en un anteproyecto.

Es decir, si se tuvo en consideración una alternativa que excluía del objeto de protección de la ley a los consumidores y, no obstante ello, se optó por la solución opuesta, no puede dejar de otorgarse a dicha tutela la trascendencia que le corresponde.

Como señala Alterwain³⁸, la discusión sobre el objeto no es un mero ejercicio intelectual. El fomento del bienestar del consumidor constituye un elemento principal en la interpretación de la Ley e impacta directamente en su aplicación. En términos generales, dicho objeto adopta a su juicio una suerte de “test de daño al consumidor”. Cuando una práctica no provoca efectiva o potencialmente un daño al actual o futuro consumidor o usuario, ya sea en materia de precios, calidad, innovación o alternativas, la práctica no es anticompetitiva en los términos de la Ley.

Alterwain fundamenta lo anterior en considerar a la Ley 18.159 como una norma administrativa de tipo sancionatoria. Por ende, entiende aplicables principios interpretativos provenientes del derecho penal. En particular, debe aplicarse el principio que exige la afectación del bien jurídico tutelado como requisito para el cumplimiento del “tipo” penal.

Por lo expuesto y en virtud de las consideraciones del autor anteriormente referido, entendemos que la Ley 18.159 no priva a los consumidores de legitimación activa por los daños que les ocasionare una conducta anticompetitiva. Asimismo, dicha interpretación resulta acorde con la tendencia actual del Derecho de Daños y con el principio del resarcimiento integral del daño padecido.

En relación a ello, cabe señalar que según quien sea el legitimado activo, la doctrina reconoce un divergente régimen de responsabilidad. Así, en los casos en que el reclamante es el consumidor, la acción se habrá de regular por la Ley de Defensa del Consumidor.

En cambio, si quien reclama es el intermediario, se tratará de un caso de responsabilidad aquiliana³⁹, que en virtud del artículo 7 de nuestro Código de Comercio habrá de regirse por su normativa si se entiende que estamos frente a responsabilidad contractual. No obstante, la opinión mayoritaria en doctrina, a partir de lo sostenido por autores italianos, es que estamos frente a hipótesis de responsabilidad extracontractual, rigiendo, entonces, el Código Civil.

Un segundo aspecto de la legitimación activa en la materia lo constituye saber si un sujeto que intervino como parte en un acuerdo considerado como anticompetitivo puede reclamar por los daños que el otorgamiento del mismo le ocasiona, argumentando que dicho acuerdo es violatorio de la normativa antitrust.

Es lo que se conoce como la excepción “in pare delicto”. En este caso, el demandado puede alegar que su demandante fue parte de la conducta anticompetitiva, por lo cual carece de legitimación. Es algo similar a lo que acontece con la teoría de los actos propios.

A partir del caso *Perma Life Mufflers v/ International Parts Corp.*, 393 US 134 (1968), la Suprema Corte estadounidense sostuvo que resulta desfavorable una defensa in pare delicto a excepción de los casos en que el actor es coiniciador o tuvo una participación igualitaria al demandado en la conducta anticompetitiva⁴⁰. Algo similar sucede con la teoría denominada “unclean hands” y la correspondiente “dirty-hands defense”.

Sin embargo, la misma no es una defensa esgrimible contra el litigante económicamente coaccionado para participar. Es decir, la defensa no puede ser opuesta por el demandado poderoso cuando se puede probar que ha sido él quien impuso las condiciones generales de contratación.

En Chile expresamente se establece que la exposición de la víctima al daño determina una rebaja en la indemnización⁴¹. Sin embargo, en Uruguay no existe una norma similar.

No obstante, entendemos que debe ser traído a colación el artículo 17 de la Ley 18.159: *“en el caso de prácticas concertadas entre competidores, se considerará como especial atenuante la denuncia realizada por uno de los miembros del acuerdo o el aporte que éste brinde para la obtención de pruebas suficientes para la sanción de los restantes infractores”*.

Si bien dicha norma refiere a las sanciones administrativas, entendemos que nos ilustra acerca de la intención legislativa respecto a la protección o castigo del partícipe en la conducta anticompetitiva que, al mismo tiempo, alega haber sido perjudicado por la misma.

38 Opus cit.

39 Carlos A. Calvo Costa, *Daños causados por competencia desleal. Análisis y fundamentos de su reparación*, capítulo de Carlos A. Costa Calvo, *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, página 374.

40 Areeda, Phillip, Kaplow, Louis y Edlin, Aarón, opus cit., página 71.

41 Exposición efectuada por Carlos Pizarro Wilson el día 12 de mayo de 2008 en la Maestría de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

En primer término, cabe señalar que la disposición parece contener dos soluciones contradictorias. Se considera la conducta de quien aporte pruebas al órgano de control como un atenuante y no como eximente, lo cual da a entender que carece de inmunidad y puede ser objeto de la aplicación de sanciones administrativas.

Por otro lado, la parte final de la norma refiere a la sanción de los otros infractores. ¿Esto significa que el arrepentido no es sancionado? Entendemos que no.

El beneficio con que goza quien aporta pruebas a los efectos de la aplicación de sanciones administrativas a sus coinfractores es, solamente, una disminución en la sanción que se le aplicará a él mismo. El empleo de la palabra "atenuante" resulta indudable en cuanto a ello.

Es decir, el espíritu legislativo es sancionar también al arrepentido. Por ello entendemos que en materia de responsabilidad civil la solución ha de ser coherente.

Siendo así, la "dirty-hands defense" ha de prosperar, careciendo de legitimación activa en un proceso de daños aquel que ha participado en la conducta anticompetitiva. Asimismo, esto resulta coherente con la aplicación de la teoría de los actos propios, por lo que resulta ser la solución más conveniente a nuestro sistema.

No obstante lo anterior, si la intervención en la conducta anticompetitiva por parte del actor ha sido económicamente coaccionada por el demandado, el primero verá salvaguardada su legitimación activa, conforme a la solución usualmente admitida en derecho comparado.

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, entendemos que cabe admitir la legitimación activa del competidor, consumidor e incluso del proveedor, en virtud de que esta es la tendencia que más se condice con la actual tendencia aperturista en la materia⁴². Debe tenerse presente que el artículo 1 de la Ley 18.159 no sólo tiene por objeto la protección del consumidor, sino que éste debe ser alcanzado a través del estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados. Creemos que resulta funcional a ello una concepción amplia de la legitimación activa en materia de Derecho de Daños.

Claro, cualquiera de los sujetos indicados carecerá de dicha legitimación si ha participado activamente y de un modo no económicamente coaccionado en la conducta anticompetitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Alterwain, Alejandro, ¿Cómo determinar si una práctica empresarial es anticompetitiva? Pautas y metodología en el marco de la Ley 18.159 y su decreto reglamentario, en *Revista de Derecho y Tribunales*, N° 7, junio 2008.
- Areeda, Phillip, Kaplow, Louis y Edlin, Aarón, *Antitrust Análisis. Problems, Text and cases*, Aspen publishers, Sexta edición, Nueva York, 2004.
- Barros Tocornal, Fernando, *Comentarios a la ponencia del Sr. Russell Pittman: la situación en Chile*, publicado por ORT Uruguay, Montevideo, 1994.
- Benítez Caorsi, Juan, *El contrato forzoso y necesario*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVIII, año 1998.
- Caffera, Gerardo, *El negocio jurídico y la legislación nacional de defensa de la competencia (Antitrust)*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, volumen 31.
- Calvo Costa, Carlos A., *Daños causados por competencia desleal. Análisis y fundamentos de su reparación*, capítulo de Carlos A. Costa Calvo, *Daño resarcible*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- Cianciarulo Bertone, Daniella, *Incidencia de la Economía en el Derecho*, XII Jornada Notarial Iberoamericana.
- Fuller, Lon L. y Perdue, William R., *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, traducción y comentario de Derecho español por José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957.

42 Edgardo Saux, exposición efectuada el día 16 de mayo de 2008 en la Maestría de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

-
- Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil uruguayo, Tomo XIXI, Segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.
 - Hovenkamp, Herbert, The antitrust enterprise. Principle and execution, Cambridge, 2005.
 - Jurisprudencia del Estado de Ohio en <http://supremecourtfochio/publicinformation/casesummaries.scomet.state.oh.us/communication-office/summaries/2005/4005/040304.osp>
 - Kazanoff, Peter E. y Koob Charles E., Private anti-trust remedies under US law, en <http://www.stblaw.com/content/publication/pub484.pdf>
 - Kemelmajer de Carlucci, Aída, Primera aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas, en Instituciones de Derecho Privado, Responsabilidad Civil- Derecho de Daños, Tomo 5, obra colectiva dirigida por José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto Coahuila, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.
 - López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
 - Mariño, Andrés, Estudio del Título preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868 en Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU, Montevideo, 2001.
 - Muller, Enrique y Saux, Edgardo, La legitimación difusa, en Muller y Saux, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2005.
 - Santarelli, Fulvio, La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil, en Revista Crítica de Derecho Privado , N° 4, 2007.
 - Saux, Edgardo, Accidentes de tránsito. Tenedores o usuarios del vehículo automotor. Dependientes. Legitimación activa y pasiva., en Muller y Saux, Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2005.
 - Viney, Geneviève y Jourdain, Patrice, Le caractère personnel du dommage, extracto de Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Las conditions de la responsabilité, 3ª edición, L.G.D.J., Paris.
 - Yzquierdo Tolsada, Mariano, La legitimación en la responsabilidad civil, en Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001.
 - Zannoni, Eduardo A., Damnificados indirectos en razón del daño, en E. Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1993.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

CELI FRUGONI, ALINA

"Instrumentos públicos económicos para la producción y el uso de biodiesel en Brasil, en el marco de la crisis energética mundial y del cambio climático"

DELPIAZZO, Carlos E.

"Nuevamente sobre soluciones posibles a los problemas organizativos del contencioso anulatorio"

INSTRUMENTOS PÚBLICOS ECONÓMICOS PARA LA PRODUCCIÓN Y EL USO DE *BIODIESEL* EN BRASIL, EN EL MARCO DE LA CRISIS ENERGÉTICA MUNDIAL Y DEL CAMBIO CLIMÁTICO¹

ALINA CELI FRUGONI ²

RESUMEN

El estudio de la producción y el consumo creciente de biodiesel se aborda aquí teniendo como marco de referencia la actual crisis energética mundial, los cambios climáticos y ambientales, y la actuación del Estado a través de los distintos instrumentos jurídicos de la política económica. En particular se atienden las medidas e instrumentos que representan incentivos públicos para la producción y uso de biodiesel en Brasil, dado que entre otros aspectos, conforman la denominada “política energética cualitativa”, comprensiva de los principales desafíos de los mercados de energía, sus respectivas regulaciones y la atención a las urgencias ambientales planetarias.³

1. INTRODUCCIÓN

Como principal medida paliativa a la problemática climática, corresponde insistir en el cumplimiento del Protocolo de Kyoto y en la progresiva disminución de emisión de gases de efecto invernadero (GEI) a la atmósfera, acompañada de una sustitución progresiva de fuentes de energías alternativas y limpias.⁴

La previsión científica de que el aumento de las temperaturas en el planeta provocarán cambios ambientales profundos, siendo precisa la adaptación de todas las especies incluida la nuestra, conlleva ajustes de tal envergadura como transformaciones eco-sistémicas y consecuencias en los sistemas sociales, económicos, culturales y jurídicos.

Brasil, país rico en posibilidades de generar energías alternativas y limpias, adoptó medidas públicas con la aspiración de “fomentar el aumento de eficiencia en el desempeño de sectores productivos en la búsqueda constante de alcance de mejores prácticas”, y el surgimiento de una “industria naciente”, donde la problemática ambiental sea vista como una oportunidad para la región, de igual forma que lo es actualmente la producción de biocombustibles.⁵ Este país se constituye actualmente en uno de los principales mercados

1 Exposición de la autora en el: “IV Simposio Daño Ambiental en la Sociedad del Riesgo” (15-18 junio, 2009, Florianópolis-SC-Brasil).

2 Profesora de Derecho Ambiental de la Univ. de Montevideo. Abogada (UDELAR/Uruguay). Master en Derecho Administrativo Económico (Univ. de Montevideo/ Uruguay). Postgrado en Derecho Ambiental (U. Austral de B. Aires). Doctoranda Programa Derecho Ambiental (Univ. de Alicante/ España).

3 El concepto de política energética cualitativa, lo utiliza R. MARTIN MATEO. (Vid., El marco público de la economía de mercado, THOMSON ARANZADI, Navarra, 2003, p. 170.)

4 Son energías alternativas, las que no se derivan de los combustibles fósiles; energías renovables, las derivadas de fuente: solar directa, eólica, hidráulica y mareomotriz; son nuevas energías las correspondientes al nuevo uso en la producción de electricidad como la biomasa y energías limpias, todas las categorías anteriormente mencionadas. (R. MARTIN MATEO, Tratado de Derecho Ambiental, tomo IV, EDISOFER S. L., Madrid, 2003, p. 98. El autor señala la paradoja de la nomenclatura utilizada para las nuevas energías refiriendo a la biomasa entre los más antiguos recursos energéticos).

5 Plan Nacional sobre Cambio Climático, PNMC, Decreto n° 6.263/2007 de 21 de noviembre que, “Instituye el Comité Interministerial sobre Mudanza del Clima-CIM, orienta la elaboración del Plan Nacional sobre Mudanza del Clima y da otras providencias”. Publicado en el DOU, en 22.11.2007.

de productores y consumidores de biodiesel⁶ mundial. El total de producción anual correspondiente al año 2008 fue de 1,2 billones de litros.⁷

Por otra parte, entre los más graves impactos climáticos en el Brasil, se citan las cada vez más frecuentes inundaciones en gran parte del territorio, que afectan ciudades de alta densidad de población en la zona costera, y donde se concentra la mayor parte de ciudadanos pobres, alojados en asentamientos precarios, expuestos a frecuentes desmoronamientos de tierra y vegetación. A la urgencia pues, del desarrollo de medidas de eficiencia energética, ha de ponerse énfasis en nuevas necesidades colectivas, derivadas de los riesgos y daños a que se ven expuestos los ciudadanos más vulnerables, teniendo en cuenta que el mayor impacto del cambio climático se prevé, recaerá sobre las poblaciones más pobres.⁸

En este marco de urgencias y con los antecedentes jurídicos y políticos (Protocolo de Kyoto, Declaración de Johannesburgo de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible y los Objetivos del Milenio, entre otros) la producción de biocombustibles -junto a la de otras energías alternativas- constituye hoy una actividad prioritaria del mercado, de forma de lograr su incremento en la matriz energética de los países en general, ya sea destinado al consumo interno ciudadano, o bien como insumo de producción de bienes y servicios, y/o para su exportación. Es considerado biocombustible, "aquel combustible derivado de biomasa renovable para uso en motores a combustión interna o, conforme reglamento, para otro tipo de generación de energía, que pueda sustituir parcial o totalmente combustibles de origen fósil."⁹

Brasil, es un ejemplo que se anticipa a las mencionadas prioridades, aunque no movido inicialmente por el compromiso ambiental, sino por razones de orden mercantil y posibilidades productivas, pues dispone para ello de los componentes necesarios para producir biocombustibles que son la reserva de cultivos, suelos suficientes y tecnologías apropiadas. Pero estos elementos requieren de un mínimo contenido jurídico acorde con los propósitos y orientado a ordenar el uso de los elementos señalados y otros determinantes de naturaleza social y económica.

2. LA EMERGENCIA MUNDIAL DE GENERACIÓN DE BIOCOMBUSTIBLES Y ALGUNOS DESAFÍOS DEL MERCADO.

El desarrollo de las actividades de producción y consumo de biocombustibles se viene llevando a cabo con un quantum de intervencionismo necesario de la Administración pública, de forma de ordenar los impactos negativos de dicha actividad, en la economía, el comercio, el medio ambiente y el consumo.

No existe por otra parte otra forma de renunciar a los combustibles tradicionales, que no sea mediante una sustitución sostenida de nuevas energías alternativas, de modo de mantener el crecimiento de las sociedades desarrolladas y realizar las aspiraciones de desarrollo de las que aún se encuentran por debajo de él. La forma de sustitución únicamente puede ser en forma progresiva y parcial, evitando así el colapso de los mercados energéticos y procurando la adaptación de los ecosistemas.

Además han de reorientarse los nuevos mercados, además del rendimiento económico, hacia la producción sustentable, evitándose el uso de ciertas prácticas nocivas como por ejemplo las técnicas de monocultivos, y garantizando las condiciones de seguridad alimentaria de poblaciones más dependientes, fundamentalmente en la disponibilidad y acceso de alimentos, que pueden verse comprometidos por la puja del mercado de la agroenergía.

6 Tomamos la definición de biodiesel dada por la Ley n° 11.097/2005 de 13 de enero (art. 4°), como: "(...) biocombustible derivado de biomasa renovable para uso en motores a combustión interna con ignición por compresión, o conforme reglamento para la generación de otro tipo de energía que pueda sustituir parcial o totalmente combustibles de origen fósil". Antes la Medida Provisoria n° 214/2004, de 13 de septiembre, (que altera dispositivos de la Ley n° 9.478/1997 de 6 de agosto, y n° 9.847/1999 de 26 de octubre), definía el biodiesel como: "combustible para motores a combustión interna con ignición por compresión, renovable e biodegradable, derivado de aceites vegetales o de gorduras animales, que pueda sustituir parcial o totalmente al aceite diesel de origen fósil."

7 Información tomada de: www.anp.gov.br. Acceso de 1° de junio de 2009. Brasil cuenta con 66 plantas autorizadas para operar en el país y con una capacidad de producción total de 13.897,33m3/día. De ellas 49 plantas tienen una producción autorizada de comercialización por 11.834,83 m3/día.

8 Puede al respecto consultarse los informes del Panel Intergubernamental de expertos para el Cambio Climático en, <http://www.ipcc.ch/ipccreports/index.htm>. En el ordenamiento jurídico brasileño una de las medidas que sirve como ejemplo, es el Plano Diretor de Drenagem Urbana, que constituyen un sistema de ingeniería de canalización de ríos naturales y de aguas de lluvia, durante las inundaciones.

9 Según el Art. 4° de la Ley N° 11.097/2005 de 13 de enero.

El hecho que Brasil represente un modelo relevante en el mercado de los biocombustibles por las condiciones integrales que ostenta, se contraponen con la situación de países que carecen de tales condiciones privilegiadas, actualmente postergados frente a los procesos de reconversión energética necesarios. Entre otras razones los retrasos en la reconversión energética se deben además, al escaso progreso científico y tecnológico, el que requiere además de la implantación de medidas internas de promoción de I+D, del fácil acceso a los programas de cooperación internacional y transferencia tecnológica, sea para la producción de biocombustibles o como, para la renovación y readaptación de tecnologías de producción. A la fecha de acuerdo a los actuales avances, las tecnologías permiten la obtención de mezclas de biodiesel -y bioetanol- sin necesidad de cambio de motores que llegan hasta un diez por ciento de biocombustibles.¹⁰

Otra dificultad que ha de tener en cuenta como costo del proceso, son los riesgos ambientales y aquéllos otros vinculados a la producción a gran escala de biocombustibles, como lo son los monocultivos, la contaminación por uso excesivo de agroquímicos, la deforestación, el uso creciente de cultivos genéticamente modificados, los posibles desequilibrios económicos en el mercado de trabajo agrícola, las denominadas fallas de mercado, y problemas de seguridad alimentaria por la escasez o falta de acceso a los alimentos ya mencionadas.¹¹

3. PRINCIPALES ASPECTOS EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LA PRODUCCIÓN Y USO DEL *BIODIESEL* EN EL MERCADO DE LA AGRO-ENERGIA, EN BRASIL.

La Ley nº 11.097/2005 de 13 de enero¹², en su Artículo 2, introdujo importantes novedades en cuanto a la regulación del biodiesel. Como medida central de intervención pública, esta norma incorpora el biodiesel en la matriz energética con la inclusión de un porcentaje mínimo del 5% en volumen obligatorio de adición al óleo diesel comercializado al consumidor final, norma cuya validez alcanza a todo el territorio nacional. El precepto establece un plazo gradual máximo para cumplir la medida total de ocho años y un plazo mínimo de tres años para incorporar un volumen mínimo del 2% del combustible.

El otro aspecto que regula la norma comentada, como parte de la regulación de las relaciones económicas y la incorporación del biodiesel en la matriz energética, son las posibles modificaciones que el Consejo Nacional de Política Energética – CNPE, puede realizar en base a ciertos criterios, que reflejan parte de las directrices constantes del Estado. Estos criterios tienen fundamentos de distinta naturaleza y en cuanto a la política de los biocombustibles -como enseña R. MARTIN MATEO¹³- responden a intervenciones de orden económica de los Estados actuales, que no son únicamente animadas por aspiraciones desarrollistas sino sociales, separables de los objetivos globales del Estado.

De este modo la participación de la agricultura familiar en la oferta de materias primas que la ley establece como primer criterio arriba aludido constituirá un referente constante en la temática. Además se agregan otros enfoques, algunos más técnicos que otros, y muy disímiles entre sí; como la reducción de las desigualdades regionales, el desempeño de los motores con la utilización de combustible y las políticas industriales y de innovación tecnológica.

Acerca de los aspectos institucionales y títulos competenciales de los organismos públicos, la Ley Nº 11.097/2005, instituye como órgano regulador de la industria del petróleo, gas y sus derivados y biocombustibles bajo la forma de ente autárquico “especial”, a la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural e Biocombustibles – ANP, que integra la Administración Federal Indirecta según lo expresa la norma, quedando garantizada de esta forma y a través de la autonomía, “una simple técnica de gestión”, que, como afirma E. GARCIA DE ENTERRIA¹⁴, es asumida por el Estado e implica una descentralización por servicios de la Administración Federal, en la cual no existe -como el autor destaca- ninguna base social que “permita hablar

10 A. DUFÉY, Producción y comercio de biocombustibles y desarrollo sustentable: los grandes temas, IIED, 2006, p.58. En, <http://www.iied.org/pubs/pdfs/15504SIIED.pdf>. Acceso de 1º de junio de 2009.

11 *Ibidem*, p.2.

12 Publicada en el DOU el 14.01.2005. Esta norma altera las Leyes, nº 9.478/1997 de 6 de agosto; nº 9.847/1999 de 26 de octubre; nº 10.636/2002 de 30 de diciembre.

13 R. MARTIN MATEO, El marco público de la economía de mercado, THOMSON-ARANZADI, 2003, p.91.

14 E. GARCIA DE ENTERRÍA, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, Décima Edición, CIVITAS, Madrid, p. 407.

de autonomía en el sentido social de la expresión”, o bien que permita reconocer en ella una modalidad de devolución a la sociedad de “poderes que el Estado ha asumido (...)”¹⁵

Este aspecto relativo a la “consistencia”¹⁶ institucional tiene especial importancia de cara a los potestades del ente y competencias atribuidas por ley, como instrumentos suficientes o no, para la resolución de múltiples problemas futuros especialmente relacionados a los impactos negativos antes mencionados, y que recaen sobre el medio ambiente, la seguridad alimentaria y las fallas de mercado; así como sobre la clásica discusión de la necesaria intervención del Estado a través del dominio económico para la realización del bien común¹⁷, con el reconocimiento de la participación de distintos grupos de intereses, que conforman el llamado “pluralismo administrativo.”¹⁸

Más específicamente, sobre los riesgos ambientales que la producción de biocombustibles puede generar, cabe traer aquí las lúcidas reflexiones de J. JORDANO FRAGA¹⁹, y las inconveniencias que se derivan de las técnicas de desregulación o self-regulation, modalidades que entre múltiples aspectos dejan a la intemperie principalmente la gestión de los riesgos.

En particular, puede distinguirse en la ola de la desregulación un enfoque hacia el abandono de modos tradicionales de intervención pública, para pasar a una mayor gestión de control y el establecimiento de estándares, y permisos basados en la creencia de la ineficacia pública.²⁰ En definitiva, la discusión de la regulación o desregulación de ciertas actividades privadas, en particular atendiendo las urgencias ambientales²¹, se justifica –como señala M. BRITO- para “el establecimiento de reglas operativas del mercado en libertad, asumiendo todas las formas del poder estatal, aun las limitadoras, las sancionadoras o las coactivas”²²

Así pues, las atribuciones de la ANP que le fueran otorgadas al ente por la Ley n° 11.097/2005, implican la complementación de la política nacional del petróleo, gas natural y de los biocombustibles, como parte integrante de la política energética nacional, que fuera concebida en la Ley n° 9.478/1997²³ y que abarca actividades de promoción, regulación, contratación, fiscalización, y sanción.²⁴

Ya específicamente, el Decreto n° 5.448/2005²⁵, autoriza la adición de biodiesel al óleo diesel en un 2%, y en superior cantidad en ciertos casos (flotas vehiculares, transportes, uso industrial y generación de energía eléctrica), y por medio de instrumentos regulatorios de la ANP, en otros supuestos que determine.²⁶ En lo que tiene que ver con la producción de biodiesel, la actividad está sujeta a control público por parte de la ANP, según lo dispuesto por la Resolución N° 41/2004 del Ministerio de Minas y Energía – ANP de 24 de noviembre, que reglamenta la obligatoriedad de la autorización para dicha actividad. También esta norma reglamentaria, regula aspectos vinculados con el contralor inspectivo de la Administración, y lo hace en forma amplia -a través del Artículo 5, § 3, en cuanto queda habilitado el ente a inspeccionar en cualquier momento y bajo cualquier circunstancias las plantas de producción de biodiesel, medida que debes ser considerada, preventiva en el más amplio sentido del término.

Como técnica principal de contralor, la ANP lleva el registro de medidas de información suficientes, que acrediten la competencia de las empresas y consorcios de producción de biodiesel (Artículos 4 y 9 de la Resolución N° 41/2004), pudiendo ser la autorización revocada en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa, lo que hace concluir las amplias competencias y atribuciones que dispone la ANP

15 Ibidem.

16 Ibidem, p. 406.

17 M. R. BRITO, Derecho administrativo, su permanencia, contemporaneidad, prospectiva, UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, Montevideo, 2004, p. 306.

18 Ibidem, p. 302. El autor recrea el concepto de pluralismo administrativo dado por K. LOWENSTEIN.

19 J. JORDANO FRAGA, La Administración en el Estado Ambiental de Derecho, en Revista de Administración Pública, núm. 173, mayo-agosto (2007), Madrid, pp.101-141.

20 Ibidem.

21 El tema de la Reforma del Estado –al menos en A. Latina- no se ha visto lo suficientemente incidido y penetrado por la cuestión ambiental y ello con una incidencia negativa en el régimen de la tutela ambiental.

22 M. R. BRITO, Derecho administrativo, su permanencia, contemporaneidad, prospectiva...op.cit., p 313.

23 La Ley n° 9.478/1997 de 6 de agosto, “Dispone sobre la política energética nacional, las actividades relativas al monopolio del petróleo, instituye el Consejo Nacional de Política Energética y la Agencia Nacional de Petróleo y da otras providencias”.

24 La Ley n° 11.097/2005, pone de cargo de la ANP, la regulación de actividades de la cadena de producción y consumo de biocombustibles, protección de los derechos del consumidor y del medio ambiente (Arts. 8 a 16).

25 Decreto Reglamentario de 6 de agosto de 2005, de la Ley n° 11.097/2005, bajo el nombre: “Reglamenta el § 1° del art. 2 de la Ley n° 11.097/2005 de 13 de enero de 2005, que dispone sobre la introducción de biodiesel en la matriz energética brasileña y da otras providencias”.

26 A partir del 1° de julio de 2008 el mínimo de adición de biodiesel pasó de un 2% a un 3% (Resolución N° 2/1998 del CNPE, de 13 de marzo).

con respecto al contralor de toda la cadena de producción y venta a través del acto de autorización, y medidas de fiscalización y suspensión de actividades.

Por su parte la Ley N° 9.478/1997 en su Artículo 8° dispuso que la ANP: “tendrá como finalidad, de promover la regulación, la contratación y la fiscalización de las actividades económicas integrantes de la industria del petróleo, el gas natural y los biocombustibles”, redacción que fuera dada por la Ley N° 11.907/2005. El sentido de la norma es claro en concebir la actividad regulatoria, a través de instrumentos de promoción, incentivando una serie de conductas de los distintos actores vinculados; lo que marca una concepción amplia en virtud de las posibilidades que la promoción misma ofrece como técnica jurídica, ya que además de resolver y evitar fallas de mercado, se orienta al fomento del interés en la incursión de inversionistas en dichos mercados y al consumo seguro; como al respeto y fomento de la protección ambiental. El mencionado Artículo 8° establece, una serie de atribuciones clásicas de la actividad regulatoria, con contenido promocional que pueden resumirse en: a) la ya mencionada protección al consumidor (Numeral I); b) la promoción de estudios previa a la concesión de actividades de exploración, desarrollo y producción (Numeral II); c) la promoción de las licitaciones para las concesiones de exploración desarrollo y producción, celebrando contratos y fiscalizando los mismos (Numeral IV); d) el estímulo a la investigación y la adopción de nuevas tecnologías en la exploración, producción, transporte, refinamiento y procesamiento (Numeral X), todas ellas actividades extensibles además del petróleo y gas natural, a los biocombustibles.

Las medidas mencionadas, que regulan el mercado de los biocombustibles se justifican en las urgencias ambientales y complejidades del mercado energético, pero también en una nota característica vinculada a la no preexistencia del recurso energético contrariamente a lo que sucede con el petróleo o el gas natural, lo que dificulta se genere un monopolio estatal. Por el contrario se requiere de todo un andamiaje que implica el desarrollo de actividad agrícola, tecnológica, socio-cultural y jurídica acordes. Aquí al hablar de producción del combustible aludimos ex ante, a la disponibilidad de factores indispensables que en un orden cualitativo y cuantitativo, son: el suelo, los cultivos y el trabajo agrícola e industrial/tecnológico.

Por ello la única modalidad adecuada de observar un eficiente mercado de biocombustibles –y para el biodiesel- será a través de las políticas de incentivos públicos y modalidades de promoción y fomento que contemplen el acceso a los factores antes mencionados. A ello hay que agregar que estas medidas son, alternativas válidas a la denominada crisis de los instrumentos jurídicos, que como justamente señala A. BETANCOR RODRIGUEZ, se aprecia en, “la más global crisis del Estado y redescubrimiento del mercado, todo ello en el contexto de la ideología del liberalismo”²⁷, en la cual la Administración pública mediante una estructura básica, se dirige a un grupo de sujetos en particular, para que del hacer de los mismos sea posible obtener una conducta beneficiosa a la protección del medio ambiente, otorgándoles un cierto beneficio.²⁸

Cabe afirmar, por el contrario que el hecho que ciertas actividades escapen al régimen de monopolio estatal, y por tanto estén encuadradas y reguladas bajo las reglas de libre mercado, no excluye de parte del legislador la previsión para la Administración pública, de adoptar dentro del margen constitucional y legal otro tipo de medidas más graves e intervencionistas, como ser la declaración de utilidad pública contenida en el nuevo Artículo 8 de la Ley n° 9.478/1999, en la redacción dada por la Ley N° 11.097/2005, en la que siendo declarado de utilidad pública el abastecimiento de combustibles con alcance nacional, se incluyen respecto del biodiesel las actividades de producción, importación, exportación, almacenaje, estoque, distribución, reventa, comercialización, y evaluación de conformidad y certificación del biodiesel, lo cual supone también un importante incentivo y estímulo para la producción y consumo para el mercado.

Todo orden normativo aquí expuesto descansa sobre los preceptos constitucionales de los Artículos 1 y 170 de la Constitución Federal (CF) de Brasil, que consagran el primero de ellos los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa como fundamento del Estado Democrático de Derecho, y el segundo, un orden económico basado en la valorización del trabajo y la libre iniciativa.²⁹ Ha de tenerse en cuenta además, el

27 A. BETANCOR RODRIGUEZ, *Instituciones de Derecho Ambiental*, LA LEY, Madrid, 2001, p. 1075.

28 *Ibidem*.

29 El Art. 1°, CF, expresa: “La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios e del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...) IV – los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa.

Y el Art. 170, CF, expresa: “El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social, observados los siguientes principios: I – soberanía nacional; II – propiedad privada; III – función social de la propiedad; IV – libre concurrencia; V – defensa del consumidor; VI – defensa del medio ambiente, inclusive mediante tratamiento diferenciado conforme al impacto ambiental de los productos y servicios y de sus procesos de elaboración y prestación; VII – reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII – busca del pleno empleo; IX – tratamiento favorecido para las empresas de pequeño porte constituidas sobre las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el País. Parágrafo único. Es asegurado

Artículo 5º, Numeral XXXII de la CF, que establece la promoción de parte del Estado bajo forma de ley, de la defensa del consumidor, hecho que se concreta en el Código de Defensa del Consumidor, Ley n° 8.078/1990 de 11 de septiembre, y normas modificativas.³⁰

Es de técnica corriente de la Administración pública, advertir un conjunto de incentivos que apuntan a distintos componentes de una misma política como resultado de la planificación pública, a través de la formulación de planes y/o programas. El Programa Nacional del Alcohol, destinado al fomento de la producción del alcohol y desarrollo de tecnología apropiada, es un caso típico de Brasil y sirve de antecedente al tema tratado. Otros antecedentes lo constituyen los relativos a la pretensión de diversificación de la matriz energética con la inclusión de nuevas fuentes. Se trata del Programa de Incentivo a las Fuentes Alternativas de Energía Eléctrica (PROINFA) que fuera coordinado por el Ministerio de Minas y Energía. Este programa participa de la contratación de 3.300 MW de energía a través del denominado Sistema Interligado Nacional (SIN), recursos provenientes de fuentes alternativas (eólica, biomasa y pequeñas centrales hidroeléctricas) y correspondiente a una capacidad de 1.100 MW a cada fuente.

Ya en materia de planes, el Plan Agroenergético (2006-2011), persigue el objetivo de promover la producción de productos derivados de la agro-energía del Brasil en los mercados internacionales. El Plan que dedica todo un capítulo denominado, "Promoción del mercado internacional de biocombustibles", establece cuáles deben ser las bases de liderazgo en el mercado internacional de acuerdo a una serie de ventajas que el mercado interno dispone. En lo fundamental cabe decir que dicha promoción alude a la idea de las alianzas del sector público y privado de acuerdo a las Directrices de Política de Agro-energía (2006-2011). Además uno de los fundamentos contenidos en el Plan trata del incentivo a la instalación de proyectos de agroenergía en aquellas regiones que cuentan con los principales factores para la producción de biodiesel, como son: la abundante oferta de suelo, radiación solar y mano de obra. Además las acciones de promoción se encuentran presentes a partir de la previsión de asociaciones de organismos regionales y estaduales, con el objetivo de lograr una posición destacada en el mercado de biocombustibles a nivel internacional, según se desprende del Plan.

También la promoción se traduce en beneficios laborales, pues el Plan señala la firme posibilidad de la generación de mayores fuentes de empleo en el mercado de la agroenergía, razón por la cual la misma merece recibir incentivos, ya que se estima que el sector ha de generar entre un diez y veinte por ciento más de ocupación que en el ámbito del trabajo con fuentes de energía fósil.

Sobre las antes mencionadas Directrices de la Política de Agro-energía (2006-2011), cabe decir que las mismas encuadran en la tipología de instrumentos de promoción pública también, pero con la peculiaridad que las "directivas" constituyen medidas de orientación de la acción pública y privada; ello es así pues las mismas pueden distinguirse -como enseña A. BETANCOR RODRIGUEZ- de las medidas de estímulo ya que su eficacia y condicionamiento es menor, y en cuanto a "(...) las medidas de orientación dependerán del contexto en el que las mismas se adoptan".³¹ Aquí el referido contexto es el mercado y entonces -según BETANCOR- el éxito de la medida de orientación pasa a depender de la interrelación entre la empresa y el consumidor.³²

Es importante también, destacar que las Directrices de la Política de Agro-energía (2006-2011), establecen medidas de promoción de ciertos componentes y condicionantes esenciales como: a) los productos agroenergéticos; b) la sustentabilidad en cuanto a la producción de insumos energéticos; c) la garantía de las condiciones necesarias para el desarrollo sustentable; d) la agro-energía y los productos; e) la independencia energética. En el primer caso, la promoción de productos agroenergéticos junto a la promoción de un mercado internacional de liderazgo, el objetivo se logra a través de un incremento de las exportaciones, lo que a su vez traerá un incremento en las divisas para el país.

Con respecto a la promoción de la sustentabilidad, el concepto aparece asociado a un modelo socio-ambiental (sustentable), para lo cual se espera cumplir con ciertos parámetros en la producción de insumos y generación de empleo permanente dentro del modelo social de agricultura familiar, ítem de especial énfasis en los programas que han sido desarrollados por el Gobierno Federal atendiendo la familia rural. Es en este último caso que podemos calificar el incentivo y calificarlas específicamente de "estímulo", teniendo en cuenta que los resultados que se esperan están profundamente condicionados, lo que equivale a decir que el

a todo el libre ejercicio de cualquier actividad económica, independientemente de autorización de órganos públicos salvo en los casos previstos en la ley." (Traducción propia)

30 Publicada en el DOU el 12.09.1990 y rectifica en el DOU de 10.01.1997. Con modificaciones parciales de las Leyes nos. 8.656/1993 de 21 de mayo; 9.008/1995 de 21 de marzo; 9.298/1996 de 1º de agosto.

31 A. BETANCOR RODRIGUEZ, *Instituciones de Derecho Ambiental*, cit., p. 1081.

32 *Ibidem*.

destinatario –en tal caso el grupo familiar agrícola- deberá por fuerza realizar la actividad objeto de estímulo si quiere recibir el beneficio.³³

Cabe mencionar como otro ejemplo de estímulo, el denominado Sello Combustible Social,³⁴ medida pública a través de la cual el productor de biodiesel obtiene ciertos beneficios: la participación en las licitaciones de biodiesel, la mejora en las condiciones de acceso a las líneas de crédito y un diferencial en la fijación de alcuotas fiscales. El Sello, se trata de una forma de identificación concedida por el Ministerio de Desarrollo Agrario a los productores de biodiesel, que cumplan con las bases contenidas en los programas de inclusión social y directrices acordadas, a través de la generación de empleo y renta para los trabajadores rurales escogidos de acuerdo a ciertos criterio, previamente definidos.

Otras medidas de promoción calificables de estímulo, son las que aparecen mencionadas en el Capítulo IV.5 de las Directrices, denominado Inserción Externa y orientadas a la apertura de mercados internacionales, a través del estímulo, medida compleja si se piensa que la atracción de inversiones en la producción está orientada para el consumo de mercados externos y no nacionales, lo que muestra a las claras la previsión cuidadosa de las medidas del ordenamiento jurídico brasileño.

Hasta ahora hemos hecho referencia a las medidas de promoción calificables de “positivas”³⁵ o proactivas, pero también existen aquellas “negativas” o de abstención, cuyo ejemplo estaría contenido en las Directrices analizadas, en el capítulo III.4, Florestas Energéticas Cultivadas.

Ya con relación a otro componente esencial en la producción y uso del biodiesel como es la tecnología, en particular para la disminución de residuos y la obtención del máximo aprovechamiento y eficiencia, está planteado el desafío de obtener resultados innovadores. Dichas innovaciones están asociadas a inconvenientes vinculados a la inversión que toma en cuenta la tecnología y el tiempo de uso de las mismas.³⁶ Pero como el Plan de Agro-energía 2006-2011 señala: “la inversión en investigación es la base de desarrollo de tecnología de producción agrícola, permitiendo la identificación de plantas más aptas, sistemas de producción más eficientes y regiones con elevado potencial de producción. Nuevas tecnologías industriales representan la esencia de la transformación de productos agrícolas en biocombustibles”³⁷. Es este Plan, que establecerá el marco para las presentes y futuras medidas de la acción pública y privada, con el fin de generar conocimiento necesario para el desarrollo de nuevas tecnologías, contributivas con la producción sustentable de la agricultura, y con el objetivo prioritario de volver competitivo el agronegocio brasileño.³⁸ Para el cumplimiento de tales fines, son necesarias también un mayor número de medidas de subvenciones y/o desgravaciones fiscales.

Finalmente, aquí nos hemos detenido en el análisis de aquellas normas que constituyen el “esqueleto” o plataforma, para actuales y futuras **medidas en la materia**. No se agota aquí la referencia sobre todo a las medidas de incentivos públicos para el mercado de producción y uso de biocombustibles y en particular de biodiesel; por el contrario ellas son numerosas, existiendo en estos momentos una progresiva regulación a nivel estadual.

4. CONCLUSIONES

4.1. Brasil ha tenido un comportamiento adecuado a sus posibilidades de gran productor de biocombustibles, con respecto al biodiesel, mercado aún floreciente con grandes expectativas, nacionales e internacionales.

33 *Ibidem*, p. 1078.

34 Instrucción Normativa N° 02, de 30.09.2005, del Ministerio de Estado de Desarrollo Agrario, que, “Dispone sobre los criterios y procedimientos relativos al encuadre de los proyectos de producción de biodiesel al sello combustible social”.

35 A. BETANCOR RODRIGUEZ, *Instituciones de Derecho Ambiental*, cit., p. 1077.

36 En este sentido cabe citar nuevamente las Directrices de Política de Agroenergía (2006-2011), donde se señala que todas estas tecnologías están siendo desarrolladas en un ámbito de incertidumbre, esquema agravado por las altas tasas de intereses que recaen sobre la inversión asociada al largo plazo de vida útil, razón por la cual el Gobierno debe ofrecer “señales” de mercado que permitan minimizar riesgos y aumentar la inversión privada. En, www.mme.gov.br. Acceso de 1° de junio de 2009.

37 Plano Nacional de Agroenergía (2006-2011), 2da. Ed., revisada, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Secretaria de Produção e Agroenergía, Embrapa, Informação Tecnológica, Brasília - DF, 2006, p. 4.

38 *Ibidem*.

4.2. La normativa jurídica que regula el mercado de producción y uso de biodiesel demuestra que el eje es el desarrollo y promoción de las actividades inherentes a un mercado en libre competencia, con las contemplaciones del orden social, como son el trabajo incentivado en el área rural y los derechos de los consumidores.

4.3. Una de las máximas preocupaciones, lo representa –para ciertos sectores- el encarecimiento de los precios de los alimentos, por el destino de de cultivos para la producción de biodiesel o bien problemas en el acceso a los alimentos.

Es de esperarse la conjunción de medidas públicas tanto de planificación como de estímulo, hacia aquéllos cultivos que no representen una base en la alimentación del pueblo brasileño y no sean escasos.

4.4. La protección ambiental es una de las mayores preocupaciones, con no poco fundamento si se tienen en cuenta experiencias de otras latitudes, y en particular si se atiende a la degradación de la técnica del monocultivo. También en este caso medidas de reglamentación y de planificación de delimitación de zonas aptas para explotación, podrán resolver las dificultades poniendo especial atención en las posibilidades que ofrece la combinación de técnicas agro biotecnológicas –cultivos transgénicos- con especial aplicación de los principios de prevención, precaución y sustentabilidad

4.5. Por último Brasil, aún presenta serios déficit en gran parte de su territorio, respecto a las garantías de los derechos del trabajador. La problemática social y jurídica está planteada con respecto al control de las condiciones de trabajo en los distintos sectores de la cadena productiva de biocombustibles, sobre todo en la siembra y cosecha de cultivos. En estos casos las medidas de incentivo, promoción y reconocimiento, hacia la empresa o consorcio no deberían limitarse únicamente a premiar conductas empresariales responsables con el medio ambiente; las mismas deberían extenderse al respeto de los derechos del trabajador, lo que no sustituye la intervención pública en modo alguno, a través de contralores estrictos y sanciones severas, a fin de garantizar los derechos individuales que hacen a la vigencia del Estado Democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFIA

BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, LA LEY, Madrid, 2001.

BRITO M. R., *Derecho administrativo, su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2004.

DUFÉY A., *Producción y comercio de biocombustibles y desarrollo sustentable: los grandes temas*, IIED, 2006. En <http://www.iiied.org/pubs/pdfs/15504SIIED.pdf>.

GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Décima Edición, Madrid, CIVITAS.

JORDANO FRAGA, J., *La Administración en el Estado Ambiental de Derecho*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto, 2007.

MARTIN MATEO, R., *El marco público de la economía de mercado*, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2003.

MARTIN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, EDISOFER S.L., Madrid, 2003.

NUEVAMENTE SOBRE SOLUCIONES POSIBLES A LOS PROBLEMAS ORGANIZATIVOS DEL CONTENCIOSO ANULATORIO ^{1(*)}

DR. CARLOS E. DELPIAZZO ^{2(**)}

I) INTRODUCCION

Desde que se previó la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la reforma constitucional de 1934 y efectivamente se constituyó según las disposiciones incluidas en la Constitución de 1952, hasta el presente, transcurrió mucha agua por debajo de los puentes ³⁽¹⁾.

En aquellos tiempos, otro era el país, otras eran las circunstancias y, sobre todo, otro era el grado de desenvolvimiento del Estado de Derecho ⁴⁽²⁾ y de la conciencia pública acerca de la importancia del Derecho Administrativo como instrumento de control del poder ⁵⁽³⁾.

Las primeras décadas del siglo pasado coincidieron con el llamado **Estado liberal de Derecho** o Estado juez y gendarme, caracterizado por ser abstencionista en lo jurídico (limitado primordialmente a los fines primarios de brindar justicia y seguridad) y no intervencionista en lo económico.

En el mismo se afirmaron los *derechos fundamentales de primera generación*, es decir, las llamadas libertades individuales.

Como consecuencia de la crisis experimentada por el Estado liberal comenzaron a aplicársele correctivos en lo político, con proyecciones en lo económico y social.

A raíz de tales cambios, se inicia una segunda época, correspondiente al denominado **Estado social de Derecho** ⁶⁽⁴⁾, el cual, a diferencia del anterior, se caracterizó por abandonar el abstencionismo en lo jurídico (encarando fines secundarios) y por ser intervencionista en lo económico.

1 ^(*) Exposición formulada el 12 de agosto de 2010 en las V Jornadas Académicas organizadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

2 ^(**) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Administrativo, Profesor de Informática Jurídica y de Derecho Telemático, y Director del Instituto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Academia Internacional de Derecho Comparado, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

3 ⁽¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "El Partido Nacional y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo", en La Revista Blanca (Montevideo, 2007), N° 4, pág. 193 y sigtes.

4 ⁽²⁾ Alberto Ramón REAL - "El Estado de Derecho", en Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture (Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957), pág. 585 y sigtes.; y "Estado de Derecho y humanismo personalista" (F.C.U., Montevideo, 1974), pág. 95 y sigtes.

5 ⁽³⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Transformaciones del Derecho Administrativo", en Víctor HERNANDEZ MENDIBLE (Coordinador) - "Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello" (Ediciones Paredes, Caracas, 2007), tomo 1, pág. 417 y sigtes.; y "Pasado, presente y futuro del Derecho Administrativo", en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública (Buenos Aires, 2007), Año XXIX, N° 348, pág. 243 y sigtes.

6 ⁽⁴⁾ José Aníbal CAGNONI - "Estudios sobre el Estado Democrático y Social de Derecho" (Montevideo, 1989), pág. 29

Según se ha destacado, la diferencia básica entre el Estado liberal y el Estado social de Derecho radicó en que, mientras en el primero se trató tan sólo de ponerle vallas al Estado sin fijarle obligaciones de signo positivo, en el segundo, sin dejar de mantener las vallas, se le agregaron finalidades y tareas. A su vez, la identidad básica entre ambos residió en que el segundo tomó y mantuvo del primero la sumisión del Estado al Derecho y el respeto por los derechos individuales, avanzando en la adopción de medios de control efectivos ⁷⁽⁵⁾.

No obstante, el Estado social de Derecho no sólo asumió el respeto y garantía de las libertades individuales sino que avanzó hacia los *derechos fundamentales de segunda generación*, promoviendo los derechos económicos, sociales y culturales.

En la medida que el Estado social de Derecho tampoco se ha dado de modo estático en el espacio y en tiempo, aún a riesgo de incurrir en una simplificación excesiva de una realidad cambiante, puede decirse que el devenir del mismo permite su disección en sucesivos momentos ⁸⁽⁶⁾.

Así, puede identificarse una *etapa prestacional* ⁹⁽⁷⁾, caracterizada por una presencia estatal creciente en la producción de bienes y servicios para la colectividad.

Avanzando sobre ella, es posible identificar una *etapa conformadora* del orden económico y social ¹⁰⁽⁸⁾, en la que, a través de la planificación como instrumento técnico, el Estado penetra en la vida social procurando transformar la realidad que es en atención a un deber ser presidido por exigencias básicamente axiológicas de justicia social.

Más adelante, sin abdicar de la procura del bienestar de los habitantes, el Estado social de Derecho ingresa en una crisis determinante de sucesivas generaciones de reforma del Estado ¹¹⁽⁹⁾, determinantes de una *etapa de transformaciones*, signada por procesos de descentralización, integración, globalización e incorporación de nuevas tecnologías que alteraron la realidad del ser y del obrar de la Administración en su relacionamiento con los integrantes de la sociedad ¹²⁽¹⁰⁾.

Sin que todavía se haya superado totalmente esa crisis, la realidad parece indicar que asistimos a una superación del Estado social de Derecho, cual es el **Estado constitucional de Derecho** ¹³⁽¹¹⁾, como nuevo modelo en el que la limitación del poder se expresa en clave de garantía de todos los derechos fundamentales.

De este modo, el Estado constitucional de Derecho expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales sino también a

y sigtes.

7 ⁽⁵⁾ Agustín A GORDILLO - "Tratado de Derecho Administrativo" (F.D.A., Buenos Aires, 1997), tomo I, 4ª edición, págs. III-42 y III-43.

8 ⁽⁶⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 5 y sigtes.

9 ⁽⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Especial" (A.M.F., Montevideo, 2009), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 487 y sigtes.

10 ⁽⁸⁾ Héctor BARBE PEREZ - "Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda Mitad del Siglo XX* (Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969), tomo V, pág. 21 y sigtes., y en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo, 1967), tomo 65, pág. 1 y sigtes.

11 ⁽⁹⁾ Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo de la Regulación Económica" (U.M., Montevideo, 1998), pág. 34 y sigtes., y 41 y sigtes.

12 ⁽¹⁰⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Instrumentos usados para la reforma del Estado en Uruguay", en *Rev. de Derecho del Mercosur* (Buenos Aires, 1997), Año 1, N° 2, pág. 67 y sigtes.; "Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado", en *Anuario de Derecho Administrativo* (Montevideo, 1998), tomo VI, pág. 17 y sigtes.; "Marco legal de la automatización de la actividad administrativa", en *Rev. Iberoamericana de Derecho Informático* (UNED, Mérida, 1998), N° 19-22, pág. 699 y sigtes.; "La Administración y el Gobierno electrónico", en *CD del XI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (Panamá, 2006); y "Telecomunicaciones y Administración", en Fernando GALINDO (Coordinador) - "Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los Poderes públicos" (Civitas, Madrid, 2006), pág. 449 y sigtes.

13 ⁽¹¹⁾ José Luis CEA EGAÑA - "Estado constitucional de Derecho: nuevo paradigma jurídico", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Konrad Adenauer, Montevideo, 2005), Año 11, tomo I, pág. 47 y sigtes.

límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos ¹⁴⁽¹²⁾.

En el mismo, sin abdicar de la tutela de los derechos de primera y segunda generación, se advierte un reconocimiento y aseguramiento de los *derechos fundamentales de tercera generación*, que incluyen el derecho a la mejor calidad de vida, a la defensa del medio ambiente, al desarrollo, al progreso y a la paz, entre otros.

Según la explicación de uno de sus protagonistas, el *neoconstitucionalismo* no es sólo una conquista y un legado del siglo XX sino que es, sobre todo, un programa normativo para el futuro, al menos en un doble sentido: por un lado, en el sentido de que los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales y las Cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos mediante la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los mismos, y por otro lado, en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional puede y debe ser extendido en una triple dirección, a fin de que se garanticen todos los derechos, frente a todos los poderes, y en todos los niveles (no sólo en el Derecho estatal sino también en el internacional) ¹⁵⁽¹³⁾.

En el entendido de que la constitucionalización del ordenamiento jurídico es una cuestión de grado, se imponen algunas condiciones necesarias para que el mismo se vaya “impregnando” del nuevo paradigma basado en la eminente dignidad de la persona humana y de sus derechos inherentes ¹⁶⁽¹⁴⁾:

- a) una Constitución rígida;
- b) la garantía jurisdiccional de la Constitución;
- c) la fuerza vinculante de la Constitución;
- d) la “sobreinterpretación” o interpretación extensiva de la Constitución;
- e) la aplicación directa de las normas constitucionales;
- f) la interpretación de las leyes conforme a la Constitución; y
- g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

De cuanto viene de decirse acerca de la evolución del Estado de Derecho, resulta que cada etapa del mismo no implica la supresión de la anterior sino su superación, y con ella la transformación en avance del Derecho Administrativo como Derecho (parcela del ordenamiento jurídico público) y como ciencia (disciplina que tiene por objeto su estudio) centrada en la servicialidad a la persona ¹⁷⁽¹⁵⁾.

La mejora de calidad implicada en tal evolución no es posible sin la existencia de una Justicia administrativa especializada y ágil que reduzca a su mínima expresión todo posible ámbito de irresponsabilidad administrativa ¹⁸⁽¹⁶⁾.

14 ⁽¹²⁾ Luis PRIETO SANCHIS - “Constitucionalismo y garantismo”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (Editores) - “Garantismo” (Trotta - UNAM, Madrid, 2005), pág. 41 y sigtes.

15 ⁽¹³⁾ Luigi FERRAJOLI - “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel CARBONELL (Editor) - “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), págs. 72 y 73.

16 ⁽¹⁴⁾ Augusto DURAN MARTINEZ - “En torno al neoconstitucionalismo”, en Rev. Estudios Jurídicos (UCUDAL, Montevideo, 2009), N° 7, pág. 63 y sigtes.; y Ricardo GUASTINI - “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (Editor) - “Neoconstitucionalismo(s)” (Trotta, Madrid, 2005), 2ª edición, pág. 49 y sigtes.

17 ⁽¹⁵⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Uruguayo” cit., págs. 8 y 9.

18 ⁽¹⁶⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 10 y sigtes.; y Gabriel DELPIAZZO ANTON - “Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración” (U.M., Montevideo, 2009), pág. 68 y sigtes.

II) ALTERNATIVAS ORGANIZATIVAS

1 - Bases

Frente a los actuales desafíos, determinantes de lo que ha sido unánimemente calificado como una crisis terminal de nuestro contencioso anulatorio ¹⁹⁽¹⁷⁾, en el año 2007 aporté un análisis estadístico sin pretensión de exhaustividad demostrativo de la imposibilidad de superar el colapso sin adoptar reformas urgentes tanto en el plano organizativo como funcional ²⁰⁽¹⁸⁾.

Tres años después, la situación es mucho más grave ya que, pese al esfuerzo de los magistrados, el desborde de asuntos es exponencial, la extensión de los procesos se multiplica, la falta de especialización se agudiza, y perviven los condicionamientos de la acción anulatoria, la insuficiencia de las medidas cautelares y las dificultades para ejecutar las sentencias.

Sin perjuicio de que algunos aspectos pueden solucionarse a través de una evolución jurisprudencial posible, los problemas organizativos requieren acudir al dictado de normas constitucionales o legales.

En tal sentido, existen múltiples proyectos ya articulados, que me limitaré a reseñar exclusivamente en lo relativo a la faz institucional, sin que ello implique desconocer que hay muchas cuestiones procesales o de funcionamiento que también pueden tener incidencia en la mejora orgánica procurada.

2 - Propuestas constitucionales

Apuntando a la reforma de la Constitución, en el año 2003 el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo fuimos comisionados por el Directorio del Colegio de Abogados para redactar un anteproyecto sustitutivo de las Secciones X y XVII de la Carta ²¹⁽¹⁹⁾.

En lo que interesa al tema bajo análisis, se tituló a la Sección XVII, “*De la jurisdicción constitucional y de lo contencioso administrativo*” ya que se concentró en el órgano proyectado no sólo la competencia anulatoria y reparatoria en lo contencioso administrativo sino también la de juzgar acerca de la inconstitucionalidad de las leyes y decretos emanados de las Juntas Departamentales (arts. 256 a 261).

Consecuentemente, al tenor del art. 307 se estableció que “*Habrà un Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, el que estará compuesto de cinco miembros*”.

Agregaba el art. 309 que “*La Jurisdicción Contencioso Administrativa será ejercida por el Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo y por los Tribunales y Juzgados, en la forma y con las atribuciones que estableciere la ley*”.

A su vez, el art. 320 preveía “*Habrà los Tribunales de Apelaciones que se compondrán de tres miembros y Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo que determine la ley, que señalará los lugares de sede de cada uno de ellos, sus atribuciones y el modo de ejercerlas (inc. 1º). Los integrantes de estos órganos serán designados por el Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, conforme a lo que disponga la ley sobre la base de las disposiciones que se establecen para el Poder Judicial y estarán sometidos a su superintendencia directiva, correccional, consultiva*”.

19 ⁽¹⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Apuntes para una revisión del contencioso administrativo uruguayo”, en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), N° 17, pág. 51 y sigtes.; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “Sobre Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2007), tomo II, págs. 591 y 592; Augusto DURAN MARTINEZ - “Contencioso Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2007), pág. 501; Mariano R. BRITO - “De la Justicia de lo contencioso administrativo”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VIII, pág. 81 y sigtes.

20 ⁽¹⁸⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Imprescindible reorganización de lo contencioso administrativo”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2007), Año VI, N° 12, pág. 123 y sigtes.

21 ⁽¹⁹⁾ Ver: Proyecto de reforma de las Secciones XV y XVII de la Constitución redactado por los Profesores Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y Carlos E. DELPIAZZO, en: Rev. Tribuna del Abogado, N° 135, págs. 6 a 9.

y económica. Les serán aplicables, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 243, 246 y 250 a 252" (inc. 2º), relativos a la duración en el cargo, cese, incompatibilidades y prohibiciones.

En materia de competencia, establecía el art. 310 que "Los órganos de esta Jurisdicción apreciarán el acto en sí mismo, confirmando o anulándolo, sin reformarlo (inc. 1º). Podrán asimismo, a pedido de parte, disponer la suspensión del acto impugnado y demás medidas cautelares que juzguen pertinentes, condenar a la reparación de los daños y perjuicios causados por el acto impugnado y disponer lo que corresponda para la plena ejecución de las sentencias" (inc. 2º).

Complementariamente, el art. 311, inc. 2º disponía que "Cuando se declare por sentencia firme que el acto anulado lesiona el interés general tutelado por la regla de Derecho o el de la buena administración, se elevará el asunto al Tribunal Constitucional y de lo Contencioso Administrativo para que decida si confiere a la anulación efectos generales y absolutos".

Finalmente, dando nueva redacción al históricamente polémico art. 312, tanto en su texto anterior ²²⁽²⁰⁾ como en el actual ²³⁽²¹⁾, se decía a fin de zanjar toda duda: "La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309, se podrá acumular a la anulatoria, ante los órganos de esta Jurisdicción (inc. 1º). Si sólo se pretendiera la reparación del daño causado por un acto administrativo, la acción se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine" (inc. 2º).

3 - Propuestas legislativas

Alternativamente a la reforma constitucional, desde hace 25 años se han formulado diversos anteproyectos de ley animados del propósito común de constituir un sistema orgánico encabezado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con distintos niveles de juzgamiento -por eso, el art. 320 de la Constitución habla de "órganos inferiores" ²⁴⁽²²⁾- y, por ende, posibilitadores de la doble instancia, la inmediatez y la agilización de los procesos. Entre ellos, cabe referirse a los siguientes:

- a) proyecto de ley redactado por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo, con la colaboración del Profesor Horacio CASSINELLI MUÑOZ y que fuera avalado por el entonces Director del Instituto de Derecho Administrativo, Prof. Daniel Hugo MARTINS, de julio de 1985;

22 ⁽²⁰⁾ A favor de la prejudicialidad de la acción anulatoria: Enrique SAYAGUES LASO - "Tratado de Derecho Administrativo" (Montevideo, 1959), tomo II, págs. 553 y 554; Héctor GIÓRGI - "El contencioso administrativo de anulación" (Montevideo, 1958), pág. 84; Julio A. PRAT - "Derecho Administrativo" (Acali, Montevideo, 1978), tomo 4, vol. 2, págs. 66 y 67; y José KORZENIAK - "Curso de Derecho Constitucional 2º" (F.C.U., Montevideo, 1971), vol. 2, pág. 12. En contra: Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - "La Constitución del Uruguay de 1952" cit., tomo IV, pág. 961 y sigtes.; y Aparicio MENDEZ - "Lo contencioso de anulación en el Derecho uruguayo" (Montevideo, 1952), pág. 72 y sigtes.

23 ⁽²¹⁾ Postulando la prejudicialidad de la acción anulatoria: Carlos LABAURE ALISERIS - "El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 1998), N° 13, pág. 41 y sigtes.; y "Contencioso anulatorio y de reparación patrimonial", en Anuario de Derecho Administrativo, tomo VI, págs. 39 y 40. En contra: Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - "La reforma constitucional de 1997, los recursos administrativos y al acción reparatoria", en La Justicia Uruguaya, tomo 121, sección Doctrina, pág. 53 y sigtes.; Carlos E. DELPIAZZO - "Responsabilidad de la Administración en Uruguay", en Rev. Iberoamericana de Administración Pública (INAP, Madrid, 2003), N° 10, págs. 43 a 45; Augusto DURAN MARTINEZ - "Relación entre la acción anulatoria y la acción reparatoria", en www.elderechodigital.com.uy, y "Contencioso Administrativo" cit., pág. 402 y sigtes.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ y Gonzalo AGUIRRE RAMIREZ - "La acción de reparación no requiere el agotamiento previo de la vía administrativa" (Edit. Nueva Jurídica, Montevideo, 1999), pág. 1 y sigtes.; Mariella SAETTONE - "La acción reparatoria y la prejudicialidad", en Reforma Constitucional 1997 (UCUDAL, Montevideo, 1997), pág. 177; Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "La acción de reparación patrimonial en la reforma constitucional", en A.A.V.V. - "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional 1996" (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 125; y Daniel Hugo MARTINS - "Algunos aspectos del reparatorio patrimonial", en A.A.V.V. - "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional 1996" cit., pág. 127 y sigtes.

24 ⁽²²⁾ Mauricio BEAU TARAMBURELLI - "Organos inferiores del TCA: arts. 312 y 320. Asignación de sectores del contencioso de Derecho público: reparatorio - anulatorio. Criterios", en IV Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en homenaje al Profesor Dr. Mariano R. Brito" (F.C.U., Montevideo, 2010), pág. 67 y sigtes.

- b) proyecto de ley redactado por los Profs. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, Horacio CASSINELLI MUÑOZ, Daniel Hugo MARTINS y yo, a pedido del Colegio de Abogados en agosto de 1985;
- c) proyecto de ley redactado a pedido del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por el Prof. Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO y yo, en junio de 2000;
- d) mensajes del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al Poder Ejecutivo de junio de 2003 y de mayo de 2005, basados en el anteproyecto antes referido, los cuales fueron desglosados (sin ser tratados) por el Poder Legislativo de los respectivos proyectos de leyes de Rendición de Cuentas y de Presupuesto Nacional; y
- e) proyecto de ley elaborado en el ámbito del Colegio de Abogados (dado a publicidad en mayo de 2010).

En su mérito, corresponde referirse sintéticamente al contenido de cada una de dichas iniciativas legislativas en lo relativo a sus aspectos de organización.

En el proyecto de julio de 1985²⁵⁽²³⁾, la técnica seguida fue la de adecuar el decreto ley orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 15.524 de 9 de enero de 1984, haciéndolo en los siguientes términos:

- a) estableciendo que *“La Justicia Administrativa será ejercida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo”* (art. 2°);
- b) aclarando que *“Los Ministros del Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y los Jueces Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo serán designados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de conformidad con lo establecido en el art. 230 de la Constitución”* (art. 3°);
- c) disponiendo que *“El Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia en todos los asuntos en que el Estado, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados, los Gobiernos Departamentales y las personas públicas no estatales sean actores o demandados”* (art. 5°), es decir, adoptando un criterio subjetivo de definición de la competencia;
- d) previendo que *“Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo tendrán competencia en el departamento de Montevideo y conocerán en todos los asuntos”* en que los indicados entes sean actores o demandados, con las excepciones que se indican (art. 6°);
- e) señalando que al Tribunal de lo Contencioso Administrativo se reserva conocer en instancia única de las demandas de nulidad previstas en el art. 309 de la Constitución y en las contiendas y diferencias cuya jurisdicción le atribuye el art. 313 de la Constitución, así como entender en el recurso de casación contra las sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (art. 7°).

En el proyecto de julio de 1985²⁶⁽²⁴⁾, se propone una nueva ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, adoptando prácticamente las mismas soluciones propiciadas por el Instituto de Derecho Administrativo en el proyecto que viene de reseñarse.

En el proyecto de junio de 2000, la técnica seguida fue la de un texto legal independiente, limitado a la materia anulatoria, con el siguiente contenido en materia organizativa:

25 ⁽²³⁾ Ver: Distribuido N° 496 de 1985, Carpeta N° 58 de 1985 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores.

26 ⁽²⁴⁾ Ver: Distribuido N° 604 de 1985, Carpeta N° 58 de 1985 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores.

- a) creación gradual bajo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de un Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Anulatorio y hasta 6 Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio (art. 1º);
- b) previsión de que los Ministros del Tribunal de Apelaciones y los Jueces Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio serán designados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo establecido en el art. 320 de la Constitución y disposiciones concordantes de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (art. 10);
- c) definición de que *“El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá en instancia única de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, que no correspondan a los Juzgados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio”* (art. 4º);
- d) consecuente determinación de que *“El Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Anulatorio conocerá en segunda instancia de las apelaciones que se interpongan contra las sentencias dictadas por los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio”* (art. 5º);
- e) atribución a los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio de competencia *en instancia única* de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, en los asuntos de menor cuantía, cuando se trate de calificaciones de funcionarios públicos o sanciones disciplinarias leves, y cuando su objeto consista en clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que no superen los 5 días (art. 6º, inc. 1º);
- f) asimismo, los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio conocerán *en primera instancia* de las demandas de nulidad de actos administrativos previstas en el art. 309 de la Constitución, en los asuntos de cuantía media, cuando se trate de lesiones a funcionarios públicos en su calidad de tales y no quepan en las previsiones anteriores ni dispongan la extinción de la relación funcional o una sanción grave, y cuando su objeto consista en clausuras, prohibiciones, inhabilitaciones o suspensiones de actividades que superen los 5 días y no excedan de 30 días (art. 6º, inc. 2º);
- g) determinación de que los procesos que se tramiten ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continuarían desarrollándose de acuerdo al decreto ley N° 15.524, mientras que los que se tramiten ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio y el Tribunal de Apelaciones se desenvolverían de conformidad con el CGP;
- h) precisión de que los órganos competentes para entender en primera o en única instancia lo serán también para decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo y para disponer medidas cautelares, provisionales o anticipadas de conformidad con los arts. 311 a 317 del CGP; y
- i) explicitación de que dichos órganos serán competentes para disponer lo necesario para la ejecución de las sentencias.

En los mensajes del TCA de 2003 y 2005 -sustancialmente iguales entre sí (aunque con distinta numeración y ordenamiento)- se introdujeron leves variantes a la iniciativa descripta, fundamentalmente en aspectos procesales, tales como la regulación de las cuantías y la limitación de excepciones, y la previsión de las dotaciones presupuestales necesarias para la puesta en funcionamiento de las nuevas oficinas correspondientes a los tribunales subordinados a crearse.

En el proyecto publicado en mayo de 2010 ²⁷⁽²⁵⁾, gestado en el ámbito del Colegio de Abogados, se opta por la creación de seis Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Anulatorio en el ámbito

27 ⁽²⁵⁾ Ver: Proyecto de Ley de Reforma (TCA) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en Rev. Tribuna del Abogado, N° 167, págs. 30 y 31.

del Inciso 19, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin prever un Tribunal de Apelaciones (art. 1º), con posible distribución regional (art. 2º).

Asimismo, se les atribuye competencia para conocer “*en primera instancia de las demandas de nulidad de actos administrativos previstos en el art. 309 de la Constitución y cuyo conocimiento no compete al Tribunal de lo Contencioso Administrativo*” (art. 4º), la cual se define detalladamente a renglón seguido (art. 5º).

Otros aspectos destacables de la iniciativa son los siguientes:

- a) la aplicación preponderante de las reglas contenidas en el CGP (art. 6º);
- b) la abreviación de la segunda instancia (art. 9º);
- c) la ampliación del elenco de medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas tanto por los Juzgados como por el Tribunal (art. 11);
- d) la explicitación de reglas para la ejecución de las sentencias (arts. 12 y 13); y
- e) la aclaración de que “*para el ejercicio de la acción reparatoria directa a que refiere el art. 312 de la Constitución, no es necesaria la interposición de ningún recurso administrativo contra el acto dañoso que motiva la acción y que, para su ejercicio, no se requerirá que el daño haya sido producido antes de la demanda*” (art. 14).

III) VALORACIÓN

Las transformaciones actuales del Derecho Administrativo y la imperiosa necesidad de vitalizar el Estado de Derecho desde la perspectiva del “neonconstitucionalismo” para que sea verdad para cada uno de los habitantes de esta tierra la plena vigencia de todos sus derechos fundamentales -también frente a la Administración- impone la inmediata reforma de nuestro contencioso administrativo, creando órganos de Justicia accesibles a todos y magistrados con la posibilidad de especializarse en Derecho Público.

Como ya lo he señalado en reiteradas oportunidades anteriores, la calidad del Estado de Derecho depende, en buena medida, de la amplitud de la responsabilidad estatal y de la eficacia de los medios para hacerla valer en tiempo y forma ²⁸⁽²⁶⁾.

Se desnaturaliza el Estado de Derecho o, al menos, se degrada su valor cuando se pierde de vista la centralidad de la persona humana y la servicialidad administrativa que caracterizan nuestro sistema jurídico.

En efecto, la Constitución uruguaya está cimentada en la *centralidad de la persona humana* ²⁹⁽²⁷⁾, a partir de la cual se reconocen los derechos fundamentales y se edifica el sistema del Estado de Derecho democrático y social. Dicha centralidad consiste en la afirmación de la primacía de la persona humana ³⁰⁽²⁸⁾, tanto en su dimensión individual como social, material y espiritual, sustentada en su eminente dignidad ³¹⁽²⁹⁾ y manifestada en el respeto, tutela y garantía debidos a todos los derechos.

28 ⁽²⁶⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 967 y sigtes.; y “Estudios sobre la responsabilidad de la Administración” cit., pág. 10 y sigtes.

29 ⁽²⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 27 y sigtes.; y “Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo”, en V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (Quito, 2006), pág. 105 y sigtes.

30 ⁽²⁸⁾ José A. CAGNONI - “La primacía de la persona: el principio personalista”, en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 24, pág. 135 y sigtes.; y Eduardo SOTO KLOSS - “La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno”, en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.

31 ⁽²⁹⁾ Héctor GROS ESPIELL - “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - “Dignidad Humana” (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; José Aníbal CAGNONI - “La dignidad humana. Naturaleza y alcances”, en CATEDRA UNESCO DE

Como contrapartida de este principio, se destaca la *servicialidad administrativa* ³²⁽³⁰⁾ ya que la razón de ser de la Administración es el servicio a la sociedad como tal y a cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental ³³⁽³¹⁾, su ser para otros ³⁴⁽³²⁾, a fin de que los componentes del cuerpo social -todos sin excepción- puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

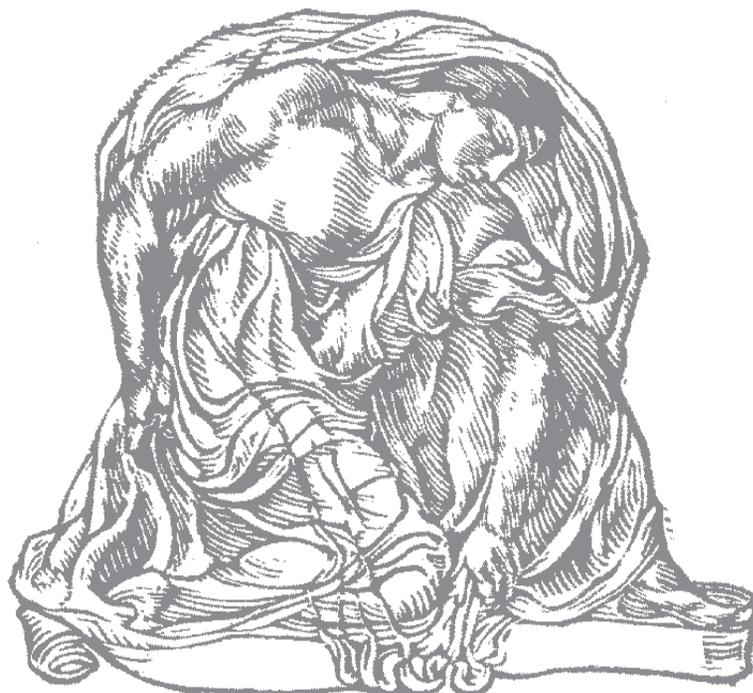
Ambos aspectos -la centralidad de la persona humana y la servicialidad de la Administración- requieren la vitalización del control contencioso administrativo y todos debemos comprometernos en el esfuerzo de lograrlo.

DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 23, pág. 11 y sigtes.; y María Elena ROCCA - "Toda nuestra Constitución reposa sobre la noción de persona", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2003), N° 24, pág. 139 y sigtes.

32 ⁽³⁰⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Uruguayo" cit., pág. 7.

33 ⁽³¹⁾ Mariano R. BRITO - "Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo", en La Justicia Uruguaya, tomo XC, sección Doctrina, pág. 11 y sigtes., y en "Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva" (U.M., Montevideo, 2004), pág. 257 y sigtes.

34 ⁽³²⁾ Mariano R. BRITO - "Planificación y libertad en el Estado social de Derecho", en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos (Montevideo, 1977), Año I, N° 1, págs. 35, 40 y sigtes., y en "Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva" cit., pág. 217 y sigtes.; y "El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica", en Ius Publicum (Santiago, 2001) N° 6, pág. 63 y sigtes.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009 de 19 de octubre de 2009. Considerando III. 8.

FORMENTO, Augusto y DELPIAZZO, José Miguel

Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas.

SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA N° 365/2009 DE 19 DE OCTUBRE DE 2009. CONSIDERANDO III. 8.

Montevideo, diecinueve de octubre de dos mil nueve

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados "S.C., B.S. Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad arts. 1, 3 Y 4 de la Ley N° 15.848", Ficha N° 97-397/2004.

CONSIDERANDO:

III.8) En relación con que las normas impugnadas conculcan lo dispuesto en tratados internacionales, el agravio resulta de recibo.

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, REAL enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización

PRIMER RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTO, IMPORTANCIA, EFECTOS JURÍDICOS Y PERSPECTIVAS.

AUGUSTO FORMENTO Y JOSÉ MIGUEL DELPIAZZO

I. INTRODUCCIÓN

Por primera vez, nuestro máximo órgano del Poder Judicial ha reconocido expresamente la existencia de un bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.

Si bien la idea de un conjunto o "bloque" de normas de rango constitucional ya venía cobrando cada vez más fuerza en el ámbito de la doctrina nacional e internacional, tal reconocimiento no se había producido aún a nivel jurisprudencial en nuestro país.

Es así que en oportunidad del control de constitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la ley 15.848 o "Ley de Caducidad", la Suprema Corte de Justicia se manifestó rotundamente a favor de la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Constitución de la República por la vía del artículo 72 por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana.

Queda consagrada, de esta forma, la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, constituyendo a su vez un límite a la soberanía del Estado.

técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, "El 'Estado de Derecho' (Rechtsstaat)", en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957, p. 604).

El citado autor sostiene: "En el Uruguay, los principios generales de derecho 'inherentes a la personalidad humana', tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario" (*Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya*, 2ª edición, Montevideo, 1965, p. 15).

En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que "en "América Latina hay una poderosa corriente cada vez más "generalizada que reconoce un bloque de derechos "integrado por los derechos asegurados explícitamente en "el texto constitucional, los derechos contenidos en los "instrumentos internacionales de derechos humanos y los "derechos implícitos, donde el operador jurídico debe "interpretar los derechos buscando preferir aquella "fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la "persona humana" (Risso Ferrand, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señalaremos en el desarrollo de esta reseña, con este pronunciamiento nuestro sistema judicial viene a consolidar lo que en la mayoría de los países de la región ya se considera como un postulado indiscutible, rigiendo uniformemente en el universo jurídico de las respectivas jurisdicciones.

Se empiezan a vislumbrar, por tanto, importantes cambios con respecto a los efectos de las normas constitucionales, internacionales y de los principios generales de Derecho, especialmente en lo vinculado con los derechos de la personalidad humana.

La presente reseña no pretende profundizar en los múltiples aspectos de la sentencia de referencia, ni tampoco agotar el concepto de "bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales" o "de los derechos humanos" -ya desarrollada ampliamente por nuestra más prestigiosa doctrina-, sino que nos limitaremos a explicitar los principales aspectos del mismo y la importancia que tiene su reconocimiento a nivel jurisprudencial.

II. ORIGEN DE LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

A mediados del siglo XX, luego de culminada la segunda guerra mundial, aparece en Europa el concepto de neoconstitucionalismo como novedad respecto del concepto de constitucionalismo que imperó entre los siglos XVII y XX. El mismo, se gesta como consecuencia de la insuficiencia del modelo jurídico basado en la ley, impuesto por la Revolución francesa en la línea de las ideas de Rousseau, para tutelar adecuadamente los derechos humanos.

Se crea así un nuevo modelo de Estado de Derecho, como superación de las etapas anteriores, el Estado constitucional, y se produce lo que se llama la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el que pasa a

Como señala NOGUEIRA, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, "... al momento de dictarse la ley —y, más "tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los "derechos expresamente mencionados por el texto "constitucional más los que progresivamente se fueron "agregando por la ratificación de diversos tratados "internacionales de derechos humanos, tales como el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el "16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley N° 13.751 del "11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos "aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada "por Ley N° 15.737 de 8/3/85 y la Convención contra la "Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o "Degradantes aprobada por la Asamblea General de "Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley N° "15.798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento "jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado "derechos de las personas que constituyen límites "infranqueables para el ejercicio de las competencias "asignadas a los poderes instituidos, lo que "necesariamente debe controlar el juez constitucional" (Castro, Alicia, ob. cit., ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de

estar totalmente impregnado de la ideología de la Constitución, ubicando a la dignidad de la persona humana en el centro del ordenamiento jurídico.¹

En la actualidad, en las Constituciones de América Latina y algunos países europeos, se explicitan por regla general un aseguramiento de derechos fundamentales en un catálogo de derechos que no es taxativo, sino que es, por el contrario, abierto. Esto en tanto que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y ha tomado conciencia del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.²

Nuestro país no es ajeno a esta realidad. Este aseguramiento de derechos fundamentales está reconocido en el artículo 72 de la Constitución, así como por otros artículos que reconocen su aplicabilidad a través del artículo 332 de la Carta.

Es entonces que, a raíz de la importante evolución que han tenido los derechos fundamentales de la personalidad humana, y con la finalidad de consolidar los derechos que no están expresamente consagrados en la Constitución, surge la doctrina del "bloque de constitucionalidad". De este modo, se viene a suplir o complementar la interpretación de la Constitución a favor de la defensa y garantía de estos derechos.

1 Augusto DURAN MARTÍNEZ, "En torno al neoconstitucionalismo", en Estudios Jurídicos N° 7, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo 2009, págs. 67 y ss.

2 Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, "El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina", en Ponencia realizada con motivo del "XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional", Paraná, 15 de septiembre de 2007, publicado en: <http://encuentroparana.aadconst.org/archivos/ponencia-94.pdf>, pág. 6.

Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (ob. cit., p. 126).

En particular, la Comisión Interamericana, en su informe N° 29/92 del 2 de octubre de 1992, recordó haber observado al gobierno uruguayo por “violaciones gravísimas” de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, recomendando investigar y procesar a los responsables, y pone de relieve que, en ese contexto, la Ley N° 15.848 tuvo el efecto contrario, esto es, sirvió para clausurar todos los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos, cerrando toda posibilidad jurídica de una investigación judicial destinada a comprobar los delitos denunciados e identificar a sus autores, cómplices o encubridores. En tal marco, como se sostuvo en el Considerando III.6) de este pronunciamiento, la ley en examen afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (cf. Castro, Alicia, ob. cit., p. 141).

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el *Caso Barrios Altos*, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el *Caso Almonacid Arellano y otros*; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el *Caso La Cantuta*).

III. CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Según la doctrina especializada en materia constitucional, en general cuando se habla de bloque de constitucionalidad, se hace referencia al grupo normativo que engloba determinados principios y disposiciones materialmente constitucionales, pero que no se encuentran expresamente incluidos dentro del texto de la Constitución documental.

El bloque de constitucionalidad se trata, pues, de una unidad jurídica tanto de disposiciones normativas, como de principios que las rigen. La palabra “bloque” debe entenderse como un conjunto indivisible, formando parte de un todo.

Al decir de NOGUEIRA, este bloque de derechos fundamentales se entiende como el conjunto de derechos de la persona (atributos y garantías) ya sea que hayan sido asegurados por fuente constitucional, o por fuente del Derecho internacional de los derechos humanos (tanto el Derecho convencional como el Derecho consuetudinario y los principios de jus cogens), sin perjuicio de los derechos implícitos.³

Es de recibo señalar, entonces, que la doctrina especializada en la materia, es conteste en aceptar la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, sin importar cuál sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional.⁴

En virtud de lo anterior, podemos concluir que cuando hablamos de disposiciones que integran un todo con la Constitución o un “bloque de constitucionalidad”, se trata de normas que, si bien no están expresamente contenidas en la Carta, son consideradas con rango constitucional y por lo tanto gozan de tal supremacía jerárquica, a los efectos del parámetro del control de constitucionalidad y aplicabilidad de las leyes.

3 Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El bloque constitucional... (op. cit.), pág. 14.

4 Hector-Hugo BARBAGELATA, “El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales”, FCU, Montevideo, 2009, pág. 221.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el *Caso Simón (Caso Poblete)*, que constituye un auténtico “*leading case*”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el *Caso Mezzzo (Caso Riveros)*. Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley N° 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas leyes.

La Corte Suprema expresó que dichas leyes de amnistía — similares a la nuestra— no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos, conforme al art. 75 num. 22 de la Constitución argentina a partir de la reforma constitucional de 1994, y el carácter de “*jus cogens*” que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario.

A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.

FALLA:

DECLÁRANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO CONCRETO LOS ARTS. 1º, 3º Y 4º DE LA LEY N° 15.848, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL. COMUNÍQUESE A LA ASAMBLEA GENERAL. Y DEVUÉLVASE.

Es precisamente de este “bloque” del cual surgen no solamente los derechos fundamentales de la personalidad humana, sino también su propio sistema de garantías y régimen de aplicación.

IV. INTEGRACIÓN

Puede sostenerse que “tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en las normas constitucionales formales como los contenidos en los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de *jus cogens* constituyen un bloque en materia de derechos fundamentales de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales”.⁵

Por su parte, como lo ha señalado BARBAGELATA, dicho bloque “se configura no solo con las disposiciones sobre derechos humanos que constan explícitamente en la Constitución política de cada Estado, sino también con los principios, es decir enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia, así como por las normas y principios internacionales sobre la misma materia y por las doctrinas generalmente admitidas, como dice el art. 332 de nuestra Constitución”.⁶

Es decir que tal bloque de constitucionalidad, en definitiva, estaría integrado por:

- a) los derechos reconocidos a texto expreso en la Constitución;
- b) los derechos originados en normas internacionales que son reconocidos como fundamentales por la comunidad jurídica universal; y

⁵ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El bloque constitucional... (op. cit.), pág. 15.

⁶ Héctor-Hugo BARBAGELATA, “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho Laboral*, Tomo LII - N° 237, FCU, Montevideo, 2010, pág. 142.

- c) los derechos que, por ser inherentes a la persona humana o a la forma republicana de gobierno, están implícitamente reconocidos, aunque no estén incluidos expresamente en la Constitución.

De esta manera, y como lo ha señalado la doctrina, se supera la antigua y negativa disputa entre monismo y dualismo, abriendo el camino hacia el reconocimiento de un Derecho de los derechos humanos, que es suprallegal y supraconstitucional, y no ya meramente Derecho interno o internacional, sino universal.⁷

Asimismo, no puede soslayarse el hecho de que la aplicación práctica de estas normas y principios cuya jerarquía constitucional no está expresamente consagrada en la Carta tienen como respaldo normas de Derecho positivo que se encuentran claramente vigentes, y no una mera corriente doctrinaria o filosófica.⁸

V. EL ART. 72 DE LA CONSTITUCIÓN COMO FUNDAMENTO DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

El reconocimiento jurisprudencial respecto de la existencia de un bloque de derechos constitucionales—en los términos descritos anteriormente— es tan importante como novedoso en nuestro ordenamiento. Sin embargo, sin ánimo de limitarnos a su mero reconocimiento, se debe dar un paso más y analizar el fundamento normativo que llevó a la Corte a pronunciarse en ese sentido.

Así, siguiendo el razonamiento de CAGNONI, cabe preguntarse: ¿a qué fuente será posible acudir para hallar esos otros derechos, deberes y garantías no enumerados, no mencionados, pero sí expresamente reconocidos y, por ende, protegidos constitucionalmente? A esta interrogante, el autor responde que “ese aspecto material o sustancial está configurado por la inherencia de la personalidad humana y la forma republicana de gobierno”.⁹ Al ubicarse a la dignidad humana en el centro de nuestro ordenamiento jurídico, el no reconocimiento o protección de un derecho originado en ella no implica su inexistencia, sino simplemente su inoperancia transitoria.

Partiendo de dicha premisa, la Suprema Corte de Justicia fue clara al respecto, entendiendo que “no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado”.

Es importante destacar, entonces, que los beneficiarios y verdaderos interesados en el cumplimiento de las obligaciones consagradas en los diversos instrumentos internacionales no son los Estados, sino los particulares. Por lo tanto, también es claro que de nada servirían esas convenciones si no estuvieran dirigidas a producir efectos en el derecho interno o si no se crearan medios para que los particulares pudieran exigir su cumplimiento.¹⁰

Tal como lo recoge la sentencia de referencia, “las Convenciones Internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos”. Por lo tanto, el fundamento esencial de dicha integración no obedece a su inclusión expresa en los mismos sino que, por el contrario, obedece a su propia calidad de inherente a la dignidad humana.¹¹

7 Hector-Hugo BARBAGELATA, “El particularismo... (op. cit.), pág. 222.

8 Alberto Ramón REAL, “Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista”, en Revista de Derecho Público y Privado T.XL No.2238 Montevideo 1958.

9 José Anibal CAGNONI, “El Derecho Constitucional”, 2da edición actualizada y ampliada, 2006, pág. 51.

10 Justamente, una de las consecuencias primordiales derivadas de la adhesión de Uruguay a la Declaración Americana de la Organización de los Estados Americanos, se materializa en la obligación dirigida a los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

11 La calidad de inherente es aquella “que corresponden a todo ser humano por el hecho de serlo; son necesariamente idénticos para todos, porque derivan de lo que todos los hombres tienen en común, de aquello que los hace pertenecientes

Como consecuencia, incluso aquellos derechos que carezcan de disposición positiva pero que gocen del carácter esencial de “inherentes a la personalidad humana”, deberán ser amparados con rango constitucional, con las consecuencias que ello apareja y por el mismo fundamento por el cual se incorporan los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Ello se debe a que la supraconstitucionalidad es un carácter propio de los derechos inherentes a la personalidad humana y no de los tratados que los contemplan¹². En efecto, lo que hacen las distintas convenciones internacionales en materia de derechos humanos simplemente es “reconocer” la existencia de derechos y plasmarlos en la norma; pero no los crean.

En función de lo expuesto, la falta de ratificación de un instrumento internacional no impide necesariamente que un derecho allí consagrado se integre a la Constitución ya que, en tanto el mismo posea la calidad de inherente a la personalidad humana, se le reconocerá rango constitucional a través del art. 72. Desde otra óptica, una convención internacional de derechos humanos no tendrá rango constitucional en su totalidad, sino que, por el contrario, simplemente ostentarán dicha calidad aquellos derechos que cumplan con las condiciones exigidas en el art. 72.

Cabe recordar que en nuestro Derecho, los Tratados y Convenciones internacionales – incluso los de Derecho Humanos – requieren para su aplicación la previa aprobación por parte del Poder Legislativo, por lo que se incorporan formalmente a nuestro ordenamiento jurídico con valor y fuerza de ley. Por ello, la mera consagración positiva de un derecho allí consagrado no es suficiente para alcanzar rango constitucional.

Sin embargo, no podemos eludir el valor que un derecho adquiere cuando es recogido por sucesivos instrumentos internacionales, más aun cuando se trata de materia de Derecho Humanos. Si bien la reiteración de su reconocimiento no le brinda de por sí la calidad de inherente a la personalidad humana, “cuando nos encontramos con una reiteración de la solución en los diversos documentos la discusión se torna vana en cuanto a la naturaleza del derecho, y deberá reconocérsele el carácter de inherente a la personalidad humana”¹³, adquiriendo fuerza constitucional por su inclusión en el art. 72.

En este sentido, BARBAGELATA¹⁴ manifiesta que, en nuestro país, la integración de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad resulta de la circunstancia de que ellos pueden reputarse, con toda seguridad, fuente de conocimiento de tales derechos, amén de la remisión supletoria del art. 332 de la Constitución “a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

Finalmente, debemos cuestionarnos si la integración de nuevos derechos, deberes y garantías por vía del art. 72 puede implicar una modificación o derogación de alguna disposición constitucional. Al respecto, CAJARVILLE enseña que “la previsión del art. 72, que admite la incorporación a la Constitución de nuevos contenidos no expresados en su texto, no menoscaba la taxatividad de los procedimientos de reforma total o parcial, previsto en el art. 331 de la propia Carta. Por lo tanto, procurando entre ambas disposiciones la debida correspondencia y armonía, debe concluirse que los derechos, deberes y garantías que se incorporan en la Constitución a través del art. 72 no pueden contrariar ninguna disposición constitucional expresa y deben ser coherentes con todas ellas”¹⁵.

a la misma especie” (así: Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya”, en “Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real”, FCU, Montevideo, 1996, pág. 157).

12 En este sentido: Augusto DURÁN MARTINS, “La proyección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Administrativo uruguayo”, en “Estudios sobre Derechos Humanos”, Ingranusi Ltda, Montevideo, 1999, pág. 89.

13 Martin RISO FERRAND, “Derecho Constitucional”, Tomo I, 1ra Edición, FCU, Montevideo, 2005, pág. 507.

14 Hector-Hugo BARBAGELATA, “El particularismo... (op. cit.), pág. 228.

15 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Reflexiones... (op. cit.), pág. 53.

VI. EFECTOS JURÍDICOS DE SU RECONOCIMIENTO.

Si bien, como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia no es fuente de derecho desde el punto de vista formal, no puede desconocerse su valor material con respecto a la interpretación de la fuente formal de derecho y su adaptación a las necesidades del caso concreto. Por lo tanto, el reconocimiento expreso a ese nivel de la existencia de un “bloque de constitucionalidad de los derechos humanos” **marca un precedente** significativo para futuras consideraciones¹⁶.

Sin embargo, el efecto jurídico más relevante de su reconocimiento deriva de la **aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales y principios generales que consagran derechos inherentes a la personalidad humana**; y ello por mandato del art. 72.

En efecto, la afirmación recogida en el art. 72 configura un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que la contravenga o la ignore. Por lo tanto, cuando una disposición legal o reglamentaria contrarie un derecho inherente a la personalidad humana o derivado de la forma republicana de gobierno (incluso si no se encuentra “reconocido” en un texto positivo), la misma deberá ser declarada inconstitucional o, en su caso, revocada por la Administración y anulada por el Tribunal de lo Contenciosos Administrativo.

Por lo tanto, el conjunto de normas y principios nacionales y supranacionales que regulan los derechos “inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno” conforman un bloque que **posee plena fuerza normativa de rango constitucional**. Ello obedece a que “la Constitución de un estado democrático (...) tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implícitos. Si lo decimos a la inversa queremos descartar de modo total y absoluto que la Constitución sea – en todo o parcialmente – un texto donde se acumulan consejos, recomendaciones, invitaciones, simples parámetros orientativos, o cosa semejante, todo ello sin fuerza obligatoria”¹⁷.

En este sentido, la Corte hace suyo lo manifestado por REAL en la medida de que “en el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario”¹⁸.

Asimismo, Alicia CASTRO sostiene que “al momento de dictarse la ley —y, más tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos”¹⁹. Por lo tanto, deben diferenciarse dos situaciones distintas, en tanto una refiere a la función legislativa, la otra refiere a la función jurisdiccional. En ambos casos, se deberá tener en consideración el bloque de constitucionalidad, y no solamente el texto positivo.

A los efectos de lograr una reflexión más acabada de las consecuencias jurídicas, conviene distinguir entre aquellas derivadas de una ley contraria al bloque referido, de aquellas consecuencias producidas por un acto administrativo violatorio del mismo.

En primer lugar, cuando una ley desconozca, viole o amenace gravemente los derechos garantizados en los instrumentos que hacen parte del “bloque de constitucionalidad” estará viciada de **inconstitucionalidad**.

16 En materia penal, la concepción de la existencia del “bloque de constitucionalidad” ya se ha invocado por el Juzgado Letrado en lo Penal de 7° Turno, en sentencia de fecha 9 de febrero de 2010: “En el desarrollo de la protección de los derechos humanos estas normas de jus cogens amparan a aquellos que se tienen por el solo hecho de pertenecer al género humano y que deben ser respetados y garantidos.”

17 Germán BIDART CAMPOS, en “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 1995, pág. 20.

18 Alberto Ramón REAL en “Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya”, 2ª edición, Montevideo, 1965, pág. 15.

19 Alicia CASTRO, “La Ley N° 15.848 (de caducidad) y la Constitución (I). Una sentencia que no pudo clausurar el debate”, en Revista de Derecho Público N° 35, FCU, 2009, pág. 139.

En este sentido, tal como señala CAJARVILLE, “si una ley es incompatible con un principio de aquellos inducidos de normas constitucionales o incluidos implícitamente en ellas, será pasible de declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, cumpliendo los requisitos formales y sustanciales y con las consecuencias que nuestro régimen prevé para el control de constitucionalidad de las leyes”.²⁰

Ello obedece a que el sistema jurídico uruguayo, basado en el modelo neoconstitucionalista (modelo compartido con el resto de las constituciones latinoamericanas), se fundamenta en la prevalencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en la aplicabilidad directa de las normas constitucionales en el derecho nacional.

En esta oportunidad, la Suprema Corte de Justicia no fue ajena a lo mencionado, apoyándose en los diversos tratados y convenciones internacionales de derechos humanos para declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de ley N° 15.848. De esta manera, se subsanó el defecto del legislador que dictó una ley sin tener en consideración los derechos fundamentales, los cuales, como viene de exponerse, poseen rango constitucional.

En segundo lugar, cuando un acto administrativo sea contrario a los derechos integrantes del “bloque de constitucionalidad”, el mismo **será ilegítimo y deberá ser revocado por la administración** y, en su caso, **anulado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo**. Incluso, dicha ilegitimidad podrá derivar en una acción reparatoria contra el Estado.

En este sentido, la más prestigiosa doctrina administrativa ha señalado que “si un acto administrativo de cualquier naturaleza (reglamento, resolución, reglamento singular o disposición general) se aparta de un principio general sin contar con el respaldo legal, será ilegítimo y su invalidez dará lugar a su revocación en vía administrativa y su desaplicación en el caso concreto por los jueces o aún por los órganos de la Administración no sometidos a jerarquía del órgano que lo dictó; pero la anulación por contrariedad con el principio queda reservada al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En todo caso, la ilegitimidad del comportamiento estatal producida por la fuerza pasiva o de resistencia del principio general contrariado **hará responsable al Estado por los daños y perjuicios causados**”.²¹ Dicho razonamiento, desarrollado en el marco de una violación a los principios generales, aplica igualmente para el caso en que el acto administrativo sea contrario a un derecho contenido en instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre y cuando sean inherentes a la personalidad humana.

Naturalmente, si cualquier acto, hecho u omisión de cualquier autoridad administrativa lesiona, restringe, altera o amenaza, en forma actual o inminente y con ilegitimidad manifiesta, un derecho o libertad inherente a la personalidad humana o derivado de la forma republicana de gobierno, **cabrá la promoción de una acción de amparo**, conforme a lo establecido en la ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988.

Por otro lado, el reconocimiento a nivel jurisprudencial de la existencia de un “bloque constitucional de derechos” envuelve una pauta del comportamiento que deberá adoptar el juez o, con carácter general, todo aplicador de Derecho. En este sentido, dicho reconocimiento apareja una inevitable **expansión de la labor interpretativa de los jueces**. Éstos, al momento de aplicar la Constitución y garantizar su supremacía, no deberán limitarse a considerar el texto constitucional sino que además deberán tener en cuenta los instrumentos internacionales y principios generales que contemplen derechos “inherentes a la personalidad humana”.²²

Dicha labor interpretativa es sumamente compleja, ya que muchos de esos derechos, deberes y garantías no se presentan con la estructura típica de una regla de derecho. Por ello, el contenido de los diversos instrumentos internacionales son sumamente relevantes a la hora de considerar la existencia o no de un derecho inherente a la personalidad humana, ya que servirán como punto de partida para interpretarlos y evaluar su alcance.

20 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Reflexiones... pág. 173.

21 Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, “Reflexiones... pág. 174. (El resaltado nos corresponde).

22 En este sentido, la Constitución española lo prevé expresamente en el art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por este motivo, se ha dicho que la posición adoptada por la Suprema Corte de Justicia consagra “nuevas bases éticas para la jurisprudencia en materia de los derechos de la persona humana y el concepto de Estado de Derecho en nuestro país”.²³

VII. DERECHO COMPARADO.

Al igual que nuestra Constitución, en la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales -tanto latinoamericanos como europeos- la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional es cada vez más recogida, lo cual denota un reconocimiento de la esencia humanista y la inclinación por un sistema de concepción jusnaturalista. Es justamente esta concepción la que da cabida al reconocimiento del “bloque constitucional de los derechos humanos”.

Dicho concepto –originado en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y adoptado posteriormente por el Tribunal Constitucional español en 1982– se ha instalado de manera progresiva a partir de la década de los noventa en los diversos tribunales constitucionales latinoamericanos. Sin embargo, el mismo ha sido reconocido de diversas formas según los distintos ordenamientos jurídicos. Si bien el desarrollo de cada uno de ellos excede el objeto de este trabajo, procuraremos realizar un breve análisis, principalmente de aquellos sistemas que presenten especial particularidad en el tema.

En primer lugar, la **Constitución Argentina** adopta una modalidad muy particular, reconociéndole rango constitucional a varios instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.²⁴ Sostiene, en su art. 33, que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Dicha disposición, similar a nuestro art. 72, debe leerse en conjunto con el art. 75, numeral 22 - introducido con la reforma de 1994 - el cual establece que “los tratados y concordatos” (aprobados por el Congreso) “tienen jerarquía superior a las leyes”. Acto seguido, enumera una serie de Convenciones²⁵, las cuales “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Y agrega: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Sin duda alguna, semejante disposición denota una “apertura” constitucional mucho mayor que la nuestra.

En función de ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sostuvo que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida (leyes N° 23.492 y 23.521) se encuentran viciadas de inconstitucionalidad, expresando que las mismas no tienen en cuenta la jerarquía constitucional de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales recogidos taxativamente en el art. 75, num. 22, y el carácter de “jus cogens” que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario.

Claramente, existe una diferencia sustancial entre la técnica utilizada por la Constitución Argentina y la de nuestro país. En efecto, mientras que la primera incorpora con rango constitucional diversos instrumentos internacionales enumerados taxativamente en la Constitución – u otros que se agreguen con jerarquía constitucional²⁶ –, en nuestro país, la integración de los mismos no se establece expresamente en la Carta. Como

23 Daoiz URIARTE, “La inconstitucionalidad de la Ley de caducidad 15.848”, publicado en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/blog/archivo/uriarte-araujo-inconstitucionalidad-de-ley-caducidad.pdf>.

24 De modo similar, se comporta la Constitución de Nicaragua de 1987, en su art. 46.

25 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño

26 El art. 75, num. 22, inc. 3° establece que los tratados y convenciones sobre derechos humanos que no se enumeren

consecuencia de ello, su aplicación queda librada a la sana crítica del juez, el cual debe analizar en cada caso si existe violación de un derecho inherente a la personalidad humana o no. Sin embargo, la posición adoptada por el vecino país puede servir de referencia. De hecho, la sentencia N° 365/2009 de la Corte que se analiza, tomó la posición adoptada por la jurisprudencia argentina como fundamento complementario para sostener la inconstitucionalidad de algunos artículos de la ley de caducidad.

Otra modalidad distinta es la adoptada por la **Constitución de Brasil** de 1988, en la cual se hace una referencia genérica a los tratados internacionales ratificados. En efecto, el art. 5.2 establece que “los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”. Además, el art. 1° establece que la República Federal de Brasil “se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos (...) la dignidad de la persona humana”.

Puede observarse una similitud entre la técnica adoptada por Brasil y la de nuestro país, ya que ambas dejan “abierto” el listado de los derechos y garantías fundamentales con reconocimiento constitucional. Sin embargo, las disposiciones de la Constitución uruguaya incluyen en el sistema de los derechos fundamentales, de forma genérica, todos aquellos que “son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”, estén o no reconocidos en un tratado.

Por otro lado, existe en Latinoamérica otra modalidad mediante la cual se configura, de modo genérico, un tratamiento especial, a nivel constitucional, de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. En este sentido, encontramos la **Constitución de Ecuador** de 1983²⁷ y la **Constitución de Paraguay** de 1992²⁸, entre otras.

Por su parte, la **Constitución de Chile** de 1989 precisa en su art. 5°, inciso 2°: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

En función de ello, el Tribunal Constitucional chileno ha considerado que “nuestra Constitución Política reconoce la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”²⁹.

Las constituciones europeas no son ajenas a estas perspectivas. Sin embargo, sin ánimo de agotar el tema, encontramos como variante a la integración de los instrumentos internacionales en el “bloque de constitucionalidad” respecto de las Constituciones latinoamericanas, a la **Constitución de España** de 1978. En efecto, su art. 10.2 establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Como enseña BARBAGELATA, “esta disposición, si bien se refiere concretamente y de modo abierto a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, no los integra de modo directo en el sistema de las “normas

expresamente en el inc. 2°, “luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

27 El art. 44 establece: “El Estado garantiza a todos los individuos, hombres y mujeres... el libre y eficaz goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”.

28 Se deben leer los arts. 142 y 145 en conjunto. El primero de ellos, identifica la autorización para la denuncia de los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, con una enmienda constitucional, y el 145, valida “un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”, con la sola condición de que las decisiones, en ese sentido se adopten “por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

29 Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 30 de octubre de 1995, Rol N° 226, considerando 25.

relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”, sino que les atribuye la función de criterio obligatorio de interpretación de tales normas”.³⁰

En definitiva, se puede apreciar en las constituciones señaladas, una recepción – en mayor o menor grado – de los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Si bien la nuestra es ajena a una consideración directa (como Argentina) o meramente interpretativa (España), los mismos se pueden incluir a través del art. 72, dado el carácter de inherentes a la personalidad humana de los derechos allí recogidos. Por lo tanto, no sería necesaria una reforma constitucional para la consideración plena del “bloque constitucional de derechos humanos”.

VIII. POSITIVIZACIÓN DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL.

Actualmente, se puede notar un reconocimiento cada vez mayor del “bloque de constitucionalidad” en nuestro ordenamiento jurídico, ya no solo a nivel jurisprudencial sino que también a nivel legislativo. Tal es el caso de la ley N° 18.572 de 13 de setiembre de 2009, más conocida como “Ley de abreviación de los procesos laborales”, la cual incorpora como pauta de interpretación a aquellos “principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República)”.³¹

Incluso, a raíz de la sentencia de referencia y de la consideración doctrinal cada vez más creciente en la materia, se está considerando a nivel parlamentario la sanción de una ley interpretativa de la Constitución de la República, mediante la cual se pretende declarar que los derechos humanos establecidos en las normas de Derecho Internacional ratificadas por nuestro país, así como las normas de jus cogens, se incorporan a la Carta por la vía del artículo 72.³² De este modo, se pretende también “desaplicar” los arts. 1, 2 y 4 de la ley N° 15.848 bajo el fundamento de que la misma es contraria al “bloque constitucional”.³³

Ahora bien, dejando de lado una consideración valorativa respecto de la necesidad, conveniencia o conformidad de la ley N° 15.848, consideramos que cualquier atisbo parlamentario en la dirección de considerar su constitucionalidad no se ajusta al régimen adoptado en nuestra Constitución. En efecto, sin perjuicio de la competencia interpretativa atribuida a la Asamblea General por el art. 85, num. 22³⁴, debe tenerse presente que únicamente “a la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia” (art. 257 de la Constitución). Así, la invasión del Poder Legislativo a la esfera del Poder Judicial deriva necesariamente en la inconstitucionalidad de su pronunciamiento.

En esta línea, consideramos que cuando una ley “declara” que el texto de otra ley viola la Constitución, es una auténtica calificación de la Carta y no una interpretación. Por lo tanto, la misma estará viciada de inconstitucionalidad. Distinto será si lo que se evalúa es la derogación de la ley N° 15.848. En este sentido,

30 Hector-Hugo BARBAGELATA, “El particularismo... (op. cit.)”, pág. 229.

31 Artículo 30. (Interpretación).- Las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el artículo 1° de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República).

32 A la fecha, el art. 1° del proyecto de ley establece: “Declarase como interpretación auténtica de la Constitución de la República (artículo 85, numeral 20), que el derecho de todo ser humano a la vida, a su integridad personal, a no ser desaparecido, ni torturado, así como los derechos y obligaciones que regulan el acceso a la justicia, investigación, persecución, juzgamiento, cooperación y castigo de las violaciones de los mismos y de los crímenes de lesa humanidad, establecidos en las normas de Derecho Internacional ratificadas por la República y por las normas de jus cogens, están incorporadas a la Constitución de la República por la vía del artículo 72 de ésta y se deberán aplicar directamente por los tribunales de la República”.

33 El art. 2 del proyecto manifiesta: “Declarase como interpretación obligatoria (Código Civil, artículo 12) que los artículos 1°, 3° y 4° de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986, violan los artículos 4°, 72, 83, y 233 de la Constitución de la República, siendo en consecuencia inaplicables.”

34 Art. 85, num. 20 de la Constitución establece como competencia de la Asamblea General la de: “Interpretar la Constitución, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con los artículos 256 a 261”

35 En este sentido, Martín RISSO FERRAND establece: “El hecho de que la ley haya sido ratificada en un referéndum no cambia la cuestión... En definitiva, creo que el valor y fuerza de una ley es el mismo, tanto en el caso de la ley implícitamente ratificada en un referéndum como en el caso de leyes que nunca fueron objeto de referéndum.” (Ponencia en coloquio del 15 de Junio 2009. La Ley Uruguay. No. 9 pág. 1052).

creemos que el parlamento tiene plena legitimación para ello, pero bajo ningún concepto puede valorar su constitucionalidad ni anularla.

Claramente, la importancia de lo anterior radica en los efectos que uno u otro instituto produce. Así, mientras que la *derogación* suprime la vigencia de una ley (a partir de la entrada en vigor de la nueva ley derogatoria) sin afectar los efectos jurídicos ya producidos, la *anulación* produce efectos *ex tunc*, restableciendo en el presente una situación jurídica idéntica a la que habría existido si la ley objeto de la anulación no habría existido. Sin embargo, nuestro ordenamiento no contempla el instituto de la “anulación” de las leyes y, como es sabido, la acción de *inconstitucionalidad* produce efectos únicamente para el caso concreto y en el procedimiento en el cual se dictó, no pudiendo hacerse extensible al resto de los individuos.

Siendo conscientes de que el tema invocado es merecedor de un desarrollo más exhaustivo y que el mismo excede el objeto de esta reseña, en esta instancia nos limitaremos a dejarlo planteado.

IX. CONCLUSIONES

La consagración del “bloque de constitucionalidad” a nivel jurisprudencial nos aproxima a una concepción jusnaturalista del Derecho. En efecto, conforme a nuestra Constitución, la dignidad de la persona humana se ubica en el centro del ordenamiento jurídico, por lo que este debe interpretarse y aplicarse desde esa perspectiva. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia en este caso concreto, en tanto la argumentación desplegada en la sentencia de referencia tiene como esencia la primacía de la dignidad del hombre por sobre cualquier tipo de invocación al ejercicio de la soberanía estatal que pudiera reclamarse.³⁶

Partiendo de dicha premisa, el “bloque de constitucionalidad” se integra no solo con los derechos consagrados en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, sino que con todos aquellos derechos que sean inherentes a la personalidad humana, aunque no se encuentren reconocidos a texto expreso.

Asimismo, no todo derecho que se reconoce en tratados de Derecho Humanos, por ese solo hecho, deben considerarse comprendidos en el art. 72. Sin embargo, su recogimiento positivo en las diversas convenciones internacionales adquiere suma importancia en la medida que facilitará la labor interpretativa del aplicador para deducir dicha calidad de inherencia.

A diferencia de otras Constituciones de la región, la nuestra no ha reconocido en forma expresa el rango constitucional de las Convenciones Internacionales de Derecho Humanos. Sin embargo, a través del art. 72, aquellos derechos allí consagrados que sean inherentes a la personalidad humana adquieren tal jerarquía.

En suma, hay motivos suficientes para considerar que el “bloque de constitucionalidad” de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana se ha instalado definitivamente en nuestro ordenamiento jurídico y que, en la medida de que la tendencia a su reconocimiento a nivel positivo no se detenga, no cabe duda que la jurisprudencia también continuará pronunciándose en ese sentido.

En posición contraria, KORZENIAK entiende que, a través del artículo 82 de la Carta, la Nación ejerce directamente su soberanía a través del cuerpo electoral e indirectamente a través de los tres poderes representativos.

36 En este sentido, ver Alberto Ramón REAL, “El Estado de Derecho (Rechtsstaat)”, en “Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture”, Montevideo 1957, pág. 604: “Este acogimiento, expreso, en los textos, de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica. En una palabra, ya no puede decirse que se trata de un elemento meta-jurídico”.



INFORMACIONES

III Jornadas de Derecho administrativo iberoamericano.

Carreras de grado

Maestrías

Otras noticias de interés

III JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO.

La Universidad de Montevideo fue invitada a participar como organizadora, en las III Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano denominadas "Ordenación de Territorio, Urbanismo, Medio Ambiente y Protección del Patrimonio Cultural a ambos lados del Atlántico. Problemas y retos pendientes", que se llevarían a cabo en Pazo de Mariñán (Bergondo, A Coruña, España).

El objetivo trazado consistía en que expertos y académicos administrativistas procedentes de Iberoamérica y España, esbozaran las líneas del marco jurídico en materia de ordenación del territorio, urbanismo, protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, exponiendo los problemas y retos pendientes a los que se enfrenta la Administración Pública en la actualidad.

Los organizadores de tal evento fueron la Universidad Austral (Argentina), Universidad Panamericana (México), Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil), Universidade da Coruña (España) y el Grupo de Investigación "Observatorio del Litoral" (España), conjuntamente con la Universidad de Montevideo de nuestro país.

La Dirección se encontró a cargo del Prof. Dr. Jaime Rodríguez Arana (Catedrático de Derecho Administrativo Universidade da Coruña) y el Prof. Dr. Juan Jesús Raposo Arceo (Profesor Titular de Derecho Civil Universidade da Coruña), designándose a los coordinadores de cada uno de los países participantes.

De esta forma la coordinación se encontró a cargo de la Prof. Dra. Miriam M. Ivanega (Catedrática de Derecho Administrativo Universidad Austral), Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (Catedrático de Derecho Administrativo Universidade de Santa Cruz do Sul), Prof. Dr. Luis Jose Bejar Rivera (Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Panamericana), Prof. Dr. Jesús Sposito Prado (Profesor Titular de Derecho Civil Universidade da Coruña) y el Prof. Dr. Carlos Delpiazzo (Catedrático Derecho Administrativo Universidad de Montevideo).

Cada Universidad organizadora seleccionó a quienes participarían del evento en calidad de asistentes. Por la Universidad de Montevideo, fueron seleccionados los profesionales cursantes o egresados del Máster de Derecho Administrativo Económico, Dres. Gabriel Delpiazzo Antón, Mariana Gatti Font, Ximena Pinto Nerón, Carina Pizzinat Da Costa y Pablo Zak Godoy, quienes fueron acompañados por el coordinador designado por la Universidad de Montevideo, Dr. Carlos Delpiazzo.

El evento se llevó a cabo del 7 al 11 de junio de 2010 en Pazo de Mariñán (Bergondo, A Coruña, España), contando con conferencias dictadas por prestigiosos juristas y expertos provenientes de los países de las Universidades organizadoras.

Asimismo, fueron expuestas en forma oral durante las sesiones, las comunicaciones de los asistentes previamente aprobadas por el Comité Científico de las III Jornadas, referentes a la temática del evento.

De los asistentes por la Universidad de Montevideo, fueron aprobadas y expuestas oralmente las siguientes comunicaciones:

- "Principios de Derecho Ambiental y distribución de competencias en el Uruguay". Dr. Gabriel Delpiazzo Antón.
- "Regulación del Patrimonio Cultural en Uruguay". Dras. Mariana Gatti Font, Carina Pizzinat Da Costa y Ximena Pinto Nerón.
- "Descentralización Territorial en Uruguay". Dres. Ximena Pinto Nerón y Pablo Zak Godoy.

Tanto las comunicaciones aceptadas como las ponencias de los profesionales intervinientes serán publicadas en las "Actas a las III Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano" que editará el Observatorio del Litoral.

Cabe destacar la calidez con que fueron acogidas las delegaciones de los distintos países, conformándose un ambiente de compañerismo y fraternidad, haciendo que la experiencia fuera enriquecedora, tanto en lo académico como en lo humano, lo que incidió positivamente y se vislumbra en la gran calidad de los trabajos finales que se presentarán a la comunidad académica.

Dra. Ximena Pinto

CARRERAS DE GRADO:

- El grupo de estudiantes que participó en la “*Competencia Internacional de Arbitraje Comercial*”, organizada por la **Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia** durante el mes de septiembre 2010, obtuvo el segundo lugar en las rondas orales, y el primer puesto en las alegaciones escritas de la parte demandada.
- En octubre del 2010 comienza a trabajar una delegación de alumnos que participará por primera vez en la competencia internacional de argumentación jurídica – “*The Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*”. Las rondas orales tendrán lugar en Viena del 14 al 21 de abril de 2011.
- Durante el segundo semestre del 2010, recibimos la visita de los siguientes profesores en el marco de nuestro **US Law Programme (Programa en Derecho Anglosajón)**: Prof. Joseph Daly de Hamline University (“*Resolving International Business Disputes by Arbitration*”), Prof. David Aronofsky de University of Montana (“*Legal Writing and Analysis*”) y Prof Carlos Martínez de Proskauer Rose LLP, Nueva York (“*Raising Capital in the World Financial Markets: Introduction to Legal and Financial Considerations*”).
- El sábado 11 de septiembre se realizó la etapa final del concurso para liceales “*Abogado por un Día*” que simula la profesión de los abogados. Los primeros puestos fueron para los colegios San Pablo (1er puesto), Instituto Dr. Andrés Pastorino (2º y 4º puesto) y Santo Domingo (3er. puesto).
- Se abrieron **5 cursos nuevos para profesionales y estudiantes en el marco del curso Practicum II correspondiente al último semestre de la carrera de Abogacía**: Retórica, Derecho Ambiental, Recursos Administrativos y Contencioso Administrativo, Contratos y Derecho Procesal Penal.
- Las Cátedras de Derecho Procesal y Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UM volvieron a ser consultadas por el Parlamento para que expidieran un nuevo **informe sobre el proyecto de ley que plantea modificaciones a la ley 17.726**.
- Durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010 se dictará el curso “*Inglés para Escribanos*” a cargo de la Escribana y Traductora Pública Beatriz Spiess. El curso se dictará en inglés, con un enfoque eminentemente práctico y con la finalidad principal de brindar las herramientas necesarias para manejarse con un posible inversor extranjero, así como para explicar cómo funciona nuestro régimen jurídico para la compra-venta de inmuebles y las diferencias del rol del escribano público en nuestro país con respecto a otros sistemas.

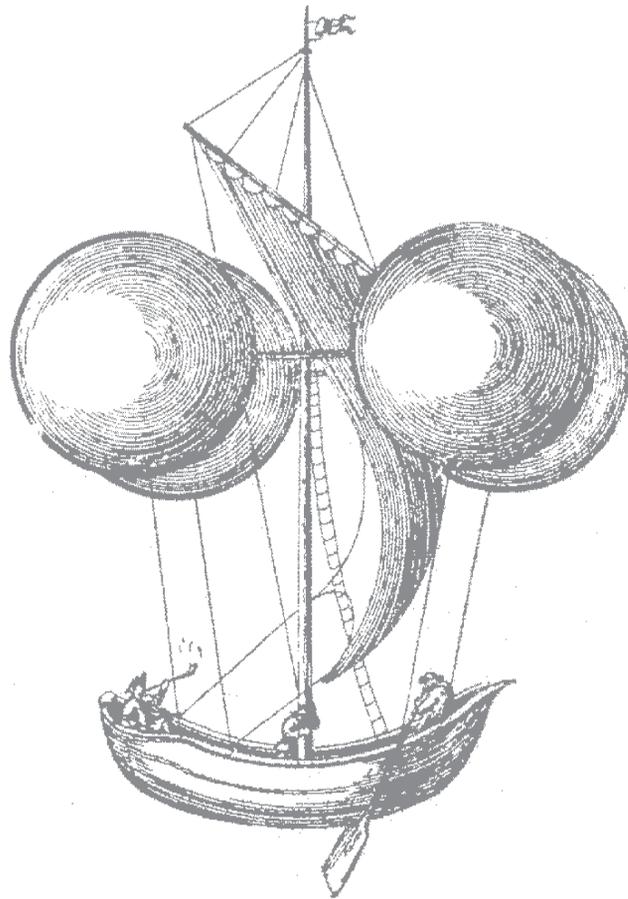
MAESTRÍAS:

- Se dictó bajo la dirección de la **Dra. Eva Holz** el **curso de postgrado sobre Derecho Bancario y de los Mercado Financieros**. El mismo contó con invitados destacados, como por ejemplo: Dr. (PhD) Fernando Barran, Dr. (PhD) Humberto Della Mea, Dra. M^{ra} Rosa Longone, Dr. Leonardo Costa y el Dr. Siegbert Rippe.
- Un grupo de estudiantes extranjeros del Máster en Integración y Comercio Internacional se asociaron con profesionales nacionales para la **creación de una consultora regional**.
- El Consejo Académico de la Facultad de Derecho aprobó la posibilidad de **integrar grupos de investigación para el desarrollo de las tesis finales** de los distintos programas másters en derecho.
- El **observatorio sobre Integración y Comercio Internacional** retoma sus actividades a cargo del Dr. Jorge Fernández Reyes y la colaboración del Lic. Mario Molina.
- El Dr. Gustavo Ordoqui llevó a cabo el **Seminario de Actualización sobre Derecho de Daños**. El mismo contó con la participación de representantes de las empresas aseguradoras más relevantes de plaza. Asimismo, se registró la participación de relevantes expertos en distintos áreas, como por ejemplo la Dra. Alina Celi y el Fiscal Dr. Enrique Viana, entre otros.
- Se dictó una nueva edición del **Postgrado en Derecho Penal Económico** bajo la dirección académica del Dr. Miguel Langón, donde se contó con la participación de magistrados y fiscales y del **Taller sobre Precios de Transferencias** a cargo del Cr. Alejandro Horjales
- Se desarrolló el **In Company ANCAP – UM** sobre la **Nueva Ley de Mercado de Valores** a cargo del Dr. Siegbert Rippe y la **Ley de Promoción y Protección de Inversiones – Ley de Agrocombustibles** a cargo del Cr. David Eibe.
- Se llevó a cabo el **Seminario de Actualización sobre el Derecho de la Competencia** a cargo de los profesores Dr. Camilo Martínez Blanco y el Ec. Leonardo Zipitria

- Dentro del programa Master en Derecho de la Empresa se incorporó el curso de postgrado sobre la **Nueva Ley Concursal** a cargo de los Dres. Camilo Martínez Blanco y Fernando Cabrera

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS:

- El 28 de septiembre de 2010 tuvo lugar en el Palacio Legislativo la presentación del libro *"El Estatuto Jurídico del Cigoto ¿Persona o Cosa?"* del Dr. Santiago Altieri. Este texto parte de un trabajo de investigación en el que el Dr. Altieri, en el marco de sus estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Zaragoza, España, se propone profundizar acerca de uno de los temas medulares del derecho contemporáneo, como es el del lugar que ocupa el embrión unicelular en el mundo jurídico.
- En la semana del 26 de julio al 2 de agosto, el Decano de la Facultad de Derecho Nicolás Etcheverry participó como miembro informante y expositor en el *Decimotercero Congreso de Derecho Comparado* realizado en Washington. El Congreso fue organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado, cuya sede se encuentra en París y que por primera vez realizó este Congreso cuatrienal en los Estados Unidos de América. Participaron 520 juristas procedentes de todos los continentes. En dichas sesiones se abordaron y discutieron temas tales como el rol del Derecho Comparado ante los Tribunales Nacionales e Internacionales; el rol de la Historia Jurídica, la Cultura y los Transplantes Jurídicos; el auge de la Cybercriminalidad; el rol de la Transparencia en la administración de la justicia; la Protección del consumidor en las transacciones internacionales; la Competencia jurisdiccional y el derecho aplicable en materia de Propiedad Intelectual; el Derecho Comparado de la Familia y la Prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y el relativismo cultural en perspectiva de Derecho Comparado, entre otros.
- El *Embajador de Estados Unidos en Uruguay, David Nelson*, habló en la UM sobre el G20, remarcó la importancia de que se den a conocer las actividades del grupo, y recomendó a Uruguay que aporte ideas a sus vecinos que forman parte del grupo.
- Presentación del libro *"Libertad de Conciencia y Derecho Sanitario en España y Latinoamérica"*. El 16 de abril pasado se llevó a cabo la presentación a cargo de renombrados expositores de España, Argentina y Uruguay.
- El miércoles 11 de mayo, la Facultad de Derecho recibió la visita de *Stephen N. Zack, presidente de la American Bar Association*, quien luego de reunirse con miembros de la Facultad, dio una charla a un grupo de alumnos.
- El 29 de julio, el *Dr. Pablo González Bianchi*, profesor de la Cátedra de Derecho del Comercio Internacional, disertó sobre su nuevo libro *"El Valor en Aduana"*, que trata, entre otras cosas, la valoración de las mercancías en el sistema GATT/ OMC.
- Los días 17 y 18 de junio se desarrolló el seminario *"La transformación de la justicia civil en Iberoamérica: contenidos y desafíos"*. La actividad formó parte de un proyecto de cooperación interuniversitaria Universidad Autónoma de Madrid-Santander con América Latina, con representación de la Universidad de Montevideo y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- Durante los días 18, 19 y 20 de mayo pasado, se llevó a cabo la *segunda edición del Curso sobre el Nuevo Proceso Laboral*. La actividad, que contó con una gran convocatoria, estuvo a cargo de Profesores de las Cátedras de Derecho Procesal y Derecho Laboral, entre ellos, el Rector de la Universidad de Montevideo, Santiago Pérez del Castillo. El objetivo de esta propuesta fue realizar un análisis teórico práctico de la ley 18.572 que instaura el nuevo proceso laboral, a partir de un enfoque interdisciplinario por parte de procesalistas y de laboralistas.
- El miércoles 17 de marzo la Facultad de Derecho ofreció la conferencia *Climate Change. From Copenhagen to Mexico. What's next?* Fue una instancia para reflexionar sobre uno de los temas internacionales de mayor relevancia. La encargada de la charla fue la docente Elizabeth Burleson, una abogada estadounidense, máster en Derecho Internacional por la London School of Economics y profesora en la Universidad de Dakota del Sur. Ella participó en la redacción de los documentos sobre cambio climáticos: la Agenda 21 y la Declaración de Río. Recientemente actuó como delegada de la ONU en la Convención de cambio climático, que tuvo lugar en Copenhague en diciembre de 2009.



TESINAS DE MASTERS

PEREIRA VECINO, Magdalena

Solución de controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI)

MAGDALENA PEREIRA VECINO

INTRODUCCIÓN

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) constituye actualmente el esquema de integración regional de América Latina de mayor antigüedad y representatividad de países miembros de la región.

Además de los doce países que la componen, otros¹ Estados latinoamericanos han manifestado su voluntad de adherirse a su tratado constitutivo, el Tratado de Montevideo de 1980 (TM80).

Lo expuesto, confirma la relevancia y potencial que un foro de integración como la ALADI tiene frente a los desafíos de un escenario internacional cambiante y cada vez más complejo.

Para que este proceso de integración pueda cumplir con el objetivo de promover el desarrollo económico - social, armónico y equilibrado de la región, y a largo plazo constituirse, en forma gradual y progresiva, en un mercado común latinoamericano, se deben contar con las garantías jurídicas necesarias para que se de cumplimiento a los derechos y obligaciones asumidos por los países miembros en su marco.

Lejos puede garantizarse la observancia de las funciones de la Asociación de promover y regular el comercio recíproco, la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación económica que coadyuven a la ampliación de los mercados, si no se cuenta con un acervo normativo adecuado y obligatorio para sus integrantes en materia de solución de diferencias, que dote a la organización de seguridad jurídica y previsibilidad, no solo para los gobiernos que la integran, sino para los operadores económicos que utilizan los acuerdos celebrados en el marco de la ALADI para la efectivizar sus negocios.

Cabe notar, que en sus cincuenta años de existencia, -veinte años como Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y treinta años como ALADI-, los países miembros de este organismo internacional han sido reticentes a utilizar los mecanismos regionales existentes para resolver sus diferencias.

La ALALC, como se describirá en el Capítulo I.2 de esta Tesina, contaba con un Protocolo para la Solución de Controversias el cual incluía una instancia arbitral obligatoria, no existiendo antecedentes de que sus partes contratantes hayan recurrido al mismo durante su vigencia.

En similar sentido, en el ámbito de la ALADI, y sin contar, como se verá, con un verdadero sistema de resolución de conflictos arbitral, sino tan solo una instancia diplomática de resolución amistosa de diferendos, tampoco se recurrió con frecuencia a tal procedimiento, llevando esto a la natural consideración de que los países miembros han buscado métodos alternativos de solucionar sus conflictos, o al menos no han tenido la voluntad de que sus órganos políticos, en particular su órgano político permanente, el Comité de Representantes, se convierta en el foro natural para resolver sus diferencias.

Si bien pueden manejarse distintas teorías que intenten explicar las circunstancias antes descritas, no es el objeto de esta Tesina ahondar en dichas razones, sino más bien realizar una descripción de los mecanismos existentes.

En un organismo internacional de carácter intergubernamental como la ALADI, los Estados soberanos disponen cuáles son los métodos más adecuados para regular sus relaciones internacionales con sus socios,

¹ Panamá y Nicaragua han solicitado formalmente su adhesión al TM80 y se encuentran actualmente dando cumplimiento a los procedimientos previstos en la Asociación para la obtención de dicho status jurídico.

siendo visible que de nada vale contar con complejos y completos procedimientos si los mismos no son acompañados de la necesaria voluntad política de ser utilizados.

Lo expuesto no significa que los países miembros no tengan diferendos o conflictos a la hora de interpretar el alcance o cumplimiento de las disposiciones que regulan el comercio internacional de la región, así como tampoco puede concluirse que los Estados no otorgan relevancia a optimizar el relacionamiento con sus socios.

Sin embargo, y a la luz del desarrollo internacional en materia de solución de diferencias, no es menos cierto que la ALADI se encuentra rezagada en este punto.

El arbitraje ha tenido un desarrollo profundo en el mundo en la última década, observándose en el escenario internacional cómo los procedimientos en la materia se han venido perfeccionando y utilizando con cada vez mayor frecuencia.

El aumento de la utilización del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) por parte de los países en desarrollo es un claro ejemplo de lo antes expuesto.

Asimismo, el recurso ante la Organización de las Naciones Unidas a través de la Comisión para la Uniformidad del Derecho Mercantil (CNUDMI), conocido por la sigla en inglés UNCITRAL, así como también la existencia de entidades de carácter privado, citando a la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, entre otras instancias, han contribuido a generar un marco jurídico alternativo de resolución de conflictos, con la consecuente ventaja de celeridad, menores costos y eficiencia, atendiendo de esa forma las necesidades de los operadores económicos, posibilitando a la vez, un acceso más directo de los particulares a dichos mecanismos.

Frente a este escenario, y sin dejar de tener en cuenta las particularidades del esquema regional de la ALADI, es notorio que la complejidad de las relaciones comerciales entre sus Estados, la profundización de los compromisos asumidos en el marco de los acuerdos celebrados en el marco de la organización y la proliferación de negociaciones internacionales que continúan aumentando el conocido "spagueti bowl" en materia de comercio internacional, vuelve imprescindible adecuar los instrumentos existentes en la organización para atender dichos desafíos.

Ello supone que la ALADI requiere estar dotada de mecanismos de solución de controversias eficientes, capaces de resolver las diferencias que pudieran plantearse en la aplicación, interpretación o incumplimiento del derecho originario y derivado de la Asociación, así como de los compromisos asumidos en el ámbito de los acuerdos de alcance regional y parcial celebrados al amparo de TM80.

Teniendo en cuenta lo antedicho, esta Tesina, tiene por objeto detallar e informar acerca de la Solución de Controversias en la ALADI, comenzando en su Capítulo I por analizar la normativa regional vigente en la materia en el marco de la Asociación.

El Capítulo II recorre las instancias políticas y técnicas desarrolladas en la ALADI para la adopción de un Régimen Regional de Solución de Controversias.

En el Capítulo III se brinda una descripción del sistema de solución de controversias previsto para la aplicación del Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del TM80, así como las disposiciones en materia de interpretación y resolución de conflictos incluidos en el Acuerdo Sede de la Asociación.

El Capítulo IV hace referencia a las diversas disposiciones y sistemas de solución de controversias contenidas en los acuerdos de alcance regional y parcial celebrados al amparo del TM80, realizando una categorización de los mismos en Anexo.

Finalmente, en el Capítulo V se realizan consideraciones finales sobre el tema en análisis.

CAPÍTULO I

NORMATIVA REGIONAL EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ALADI

Este Capítulo detalla la normativa regional en el ámbito de la ALADI en materia de solución de controversias, partiendo de las disposiciones contenidas en el Tratado de Montevideo 1980 (TM80) que instituyó dicho organismo internacional; describiendo luego los antecedentes en la materia en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), para posteriormente hacer referencia a los mandatos emanados de las diferentes Resoluciones del Consejo de Ministros de la Asociación; su reglamentación por parte del Comité de Representantes y su utilización en la práctica.

I.1. El Tratado de Montevideo 1980 (TM80)

El Tratado de Montevideo 1980 (TM80), suscrito el 12 de agosto de 1980, creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), organismo internacional de carácter intergubernamental conformado actualmente por doce países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Dicho tratado internacional no prevé en sus disposiciones la existencia de un Régimen Regional de Solución de Controversias.

A pesar de que los países miembros de la ALADI no establecieron un Régimen regional para resolver sus diferencias, su texto constitutivo, el TM80, contempló algunas disposiciones no sistemáticas ni exhaustivas referidas a controles de legalidad por parte del órgano político permanente (el Comité de Representantes) y el órgano técnico (la Secretaría General), que se describen a continuación.

El Artículo 35 literal m) del TM80, le confiere al Comité de Representantes, dentro de sus atribuciones la de *“Proponer fórmulas para resolver las cuestiones planteadas por los países miembros, cuando fuera alegada la inobservancia de algunas de las normas o principios del presente Tratado.”*

Cabe destacar de lo expuesto que la intervención del Comité tiene un efecto meramente recomendatorio y no implica la obligatoriedad de acatar su pronunciamiento.

En lo que respecta a la Secretaría General, el Artículo 38 literal i) del TM80, le otorga la competencia de *“Analizar por iniciativa propia, para todos los países, o a pedido del Comité, el cumplimiento de los compromisos convenidos y evaluar las disposiciones legales de los países miembros que alteren directa o indirectamente las concesiones pactadas.”*

El literal k) del citado Artículo 38, le permite al órgano técnico realizar evaluaciones periódicas de la marcha del proceso de integración y mantener un seguimiento permanente de las actividades emprendidas por la Asociación y de los compromisos de los acuerdos logrados en el marco de la misma.

Por su parte, el literal p) del Artículo 38 del TM80 dispone que la Secretaría General debe presentar anualmente al Comité un informe de los resultados de la aplicación del presente Tratado y de las disposiciones jurídicas que de él se deriven.

Como se observa, el control de legalidad que puede ejercer la Secretaría General es meramente declarativo, debiendo informar al Comité para que éste pueda tomar las medidas que entienda pertinentes convocando, de ser necesario, a los demás órganos políticos de la Asociación y formularles recomendaciones. (Artículo 35 del TM80, literales h) y k)).

En relación a las diferencias que pudieran surgir entre los países miembros en el marco de los acuerdos de alcance parcial celebrados al amparo del TM80, la Resolución 2 del Consejo de Ministros de la ALALC², de fecha 12 de agosto de 1980, posibilita, mediante su Artículo 5, literal f), a que los países miembros puedan reclamar ante el Comité de Representantes frente a la inobservancia de alguna de las normas generales y procesales establecidas en el Tratado para la suscripción de ese tipo de acuerdos.

Nuevamente, en este caso, no se contempla un procedimiento específico, cuyo resultado culmine en una decisión obligante para los países signatarios involucrados.

Puede concluirse sobre este punto que el derecho originario de la ALADI no consagró un sistema de solución de controversias de carácter vinculante y obligatorio para los países miembros, quedando librada la seguridad jurídica del cumplimiento de los compromisos asumidos por los países miembros en el marco del esquema de integración regional, a los mecanismos diplomáticos de solución de diferencias y al principio de buena fe, recogido en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. (*pacta sunt servanda*)

I.2. Su antecedente inmediato: La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio - ALALC)

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), creada en el año 1960, fue la antecesora de la ALADI, y su personalidad jurídica continúa para todos los efectos en la ALADI, desde que el TM80 entró en vigor (Artículo 54 del TM80).

Dicho organismo internacional contaba con un amplio acervo normativo en materia de solución de controversias, el cual incluía una instancia arbitral.³

El Protocolo para la Solución de Controversias, fue celebrado con fecha 2 de setiembre de 1967, habiéndose aprobado una lista de materias sujetas a dicho Protocolo mediante Resolución 198 (CM-II/VII/-E) del Consejo de Ministros de la misma fecha.

Es interesante tener en cuenta que ninguna de las partes contratantes de la ALALC recurrió a dicho Sistema para resolver los conflictos que pudieron plantearse en el seno de la organización.

En virtud de que su sucesora, la ALADI, estableció una estructura jurídica con nuevos objetivos, funciones, principios y mecanismos, al no haberse renovado la vigencia del citado Protocolo en el ámbito de la Asociación, los países miembros entendieron que el mismo había caducado.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, llama la atención, asimismo, cómo no se atendió a los lineamientos en la materia contenidos en la Resolución 8⁴ de la ALALC de fecha 12/VIII/1980, la cual estableció las pautas para los programas de trabajos para 1980 y 1981; la Estructura Orgánica de la Secretaría y el Presupuesto de gastos de la Asociación para 1981.

Dicha Resolución 8 de la ALALC dejó plasmada la hoja de ruta para dotar a la naciente ALADI de una sólida estructura, facultando a los órganos vigentes a tomar las medidas necesarias para cumplir con dicho objetivo.

2 Cabe destacar que la citada Resolución 2 integra el ordenamiento jurídico de la ALADI a partir de que el TM80 entró en vigor.

3 Mecanismo Provisional – Resolución 165 (CM/III-E) de 8 de diciembre de 1966; Reglamento de dicho Mecanismo – CEP/Resolución 126 de 11 de julio de 1967; Protocolo para la Solución de las Controversias de 2 de setiembre de 1967; Listas de materias sujetas al Protocolo – Resolución 198 (CM-II/VII/-E de 2 de setiembre de 1967).

4 En oportunidad de la suscripción del TM80, el 12 de agosto de 1980, el Consejo de Ministros de la ALALC adoptó nueve Resoluciones. Dichas Resoluciones y las que resultaron de su aplicación, forman parte del ordenamiento jurídico del TM80 una vez que éste entró en vigor, tal como lo prevé cada una de dichas Resoluciones y el Artículo 69 del TM80.

En particular, y con relación al tema que nos ocupa, el Capítulo I titulado, “Programa de tareas suplementario para 1980 y programa de tareas de la Asociación para 1981”, estableció que se debería tener en cuenta, entre otros, la “d) Revisión de la estructura jurídica vigente de la ALALC, con la finalidad de adecuarla a los objetivos del Tratado de Montevideo 1980 y a las funciones de la Asociación Latinoamericana de Integración.” Para dicha revisión, el literal d) estableció una serie de materias y pautas, destacándose lo dispuesto en el romano ii) que se pasa a detallar:

“ii). Materias relacionadas con aspectos institucionales, tales como: solución de controversias, acuerdos sobre privilegios e inmunidades, órganos auxiliares de consulta, asesoramiento o apoyo técnico y de vinculación con el Mercado Común Centroamericano. En estas materias se procurará revisar las normas e instrumentos actualmente vigentes, a fin de perfeccionarlos, y adecuarlos formalmente a los términos del Tratado de Montevideo 1980; (el subrayado es nuestro)

Como se observó, ni el TM80 así como tampoco su derecho derivado, recogieron a la postre un sistema de solución de controversias como el previsto en la ALALC.

I.3. La complejización de los compromisos comerciales y su incidencia sobre la solución de controversias en la ALADI

Durante el desarrollo del proceso de transformación ALALC-ALADI, -primer quinquenio de los años ochenta-, los países miembros concentraron sus esfuerzos en la revisión de los compromisos derivados del programa de liberación de la ALALC, adaptando su acervo arancelario al nuevo esquema de integración propuesto por el TM80. Ello redundaba en una facilitación del relacionamiento bilateral (de alcance parcial) de los Estados, bajo la protección de la no aplicación de la cláusula de la nación más favorecida para los no signatarios de los acuerdos celebrados, contribuyendo quizás a no requerir, inicialmente, un mecanismo de solución de diferencias de alcance general.

Se ha argumentado que la naturaleza programática de las disposiciones del TM80 y la falta de definición de un modelo de integración económica para lograr el objetivo a largo plazo de establecer un mercado común latinoamericano, no ameritaban la existencia de un cuerpo normativo en materia de controversias.

Sin embargo, tales argumentos no excusan la ausencia de un procedimiento regional garantista del cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas tanto en el derecho originario como derivado, lo cual fue quedando en evidencia en la propia evolución del esquema regional y la complejidad que fue adquiriendo el proceso de integración internacional en sí mismo.

En esa misma línea, se entiende que el principio de flexibilidad contenido en el Artículo 3 del TM80 no debe ser entendido como un aliciente o regulador de las eventuales diferencias que pudieran plantearse entre los miembros.

En tal sentido, el transcurso de la década de los noventa dio la razón a la necesidad de contar con mejores mecanismos garantistas del cumplimiento de las obligaciones asumidas, constatándose una acelerada proliferación de acuerdos de alcance parcial, con esquemas de liberación más amplios y profundos, que incluyen procedimientos de solución de diferencias.

El órgano político máximo de la Asociación se expidió en el sentido de reglamentar las disposiciones en materia de solución de controversias previstas en el TM80, destacándose en ese sentido las Resoluciones 22 (V), 30 (VI), 32 (VII) y 41 (VIII) del Consejo de Ministros de la ALADI.

I.4. La Resolución 114 del Comité de Representantes

La aprobación de la Resolución 114 del Comité de Representantes de fecha 22 de marzo de 1990, actualmente vigente, constituyó el primer, aunque tímido esfuerzo regional de reglamentar la competencia conferida al órgano político permanente en el literal m) del Artículo 35 del TM80 antes citado.

A través de la misma, se creó un procedimiento breve y sumario, con un ámbito de aplicación amplio, pero con una naturaleza puramente diplomática, no vinculante, el cual no consiguió colmar el vacío de contar con un Régimen regional de solución de diferencias obligatorio para los países miembros.

A continuación se señalan las características generales del procedimiento previsto en la Resolución 114:

- Se inicia a solicitud de Parte afectada, previéndose una instancia de consultas con el país o países miembros que hubieran adoptado medidas que, a su juicio, fueran incompatibles con los compromisos asumidos conforme el TM80, las Resoluciones pertinentes de la Asociación, o los Acuerdos celebrados en su marco.
- La solicitud de consultas debe ser fundada y acompañada de los antecedentes que el país miembro solicitante estime convenientes. La misma deberá ser comunicada al Comité de Representantes.
- Las consultas deben iniciarse dentro de los cinco (5) días de cursada la solicitud de parte y deben finalizar dentro de los diez (10) días hábiles de iniciadas. Sus resultados deben ser comunicados al Comité de Representantes.
- El fracaso de las consultas posibilita a los países miembros a plantear el asunto al Comité de Representantes, y éste propondrá, dentro de los quince (15) días siguientes, las fórmulas o recomendaciones que estime convenientes para resolver la cuestión planteada.

En lo que refiere a la aplicación práctica del procedimiento previsto en la Resolución 114, éste fue utilizado, hasta la fecha, únicamente en dos oportunidades.

El primer caso fue planteado por Colombia, Ecuador, México y Venezuela, en octubre de 1997, en virtud de la adopción de una Medida Provisoria dictada por el Banco Central del Brasil. El asunto fue planteado ante el Comité de Representantes en su Sesión Ordinaria No. 857 de fecha 8 de octubre de 1997 y en su seno se resolvió encaminar el tema por el conducto bilateral.

En el segundo caso, Bolivia recurrió al procedimiento citado en marzo del 2004, iniciándose consultas con Uruguay por la aplicación de derechos específicos de ciertos ítems del universo arancelario (azúcar refinado) en el marco del Acuerdo de Complementación Económica No. 36 (ACE 36). Las consultas culminaron en forma satisfactoria, circunstancia que motivó que el asunto no llegara a ser planteado al Comité de Representantes. En la Sesión Ordinaria No. 872 del Comité de fecha 26 de agosto de 2004 se dejó constancia de lo expuesto.

CAPÍTULO II. HACIA UN RÉGIMEN REGIONAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En este Capítulo se explicitan los renovados esfuerzos de los países miembros para iniciar el proceso de negociación de un Régimen Regional de Solución de Controversias en la ALADI, brindándose información sobre las instancias políticas y técnicas llevadas a cabo con el fin de lograr dicho objetivo, para finalmente ilustrar sobre el estado de situación actual de las negociaciones en el marco de la Asociación.

II.1. Los mandatos del Consejo de Ministros del año 2004

Como se explicitara en el Capítulo anterior, la propia dinámica del proceso de integración mundial y regional motivó un renovado impulso en el ámbito de la Asociación, cuyo referente principal está representando en la Resolución 59 (XIII) del Consejo de Ministros de la ALADI del 18 de octubre de 2004, titulada "Bases de un programa para la conformación progresiva de un espacio de libre comercio en la ALADI".

Dentro de la ambiciosa agenda incluida dentro de la Resolución 59 (XIII) se encontraba la necesidad de propiciar la armonización e incorporación, al nivel que sea más conveniente, de las disciplinas y normas necesarias para el libre comercio, con el objetivo de desarrollar y consolidar el espacio de libre comercio (ELC), entre ellas: la solución de controversias.

Lo expuesto imprimió un nuevo impulso a los países miembros para establecer un Régimen Regional de Solución de Controversias en el seno de la ALADI.

II.2. Instancias políticas y técnicas desarrolladas en el ámbito de la ALADI

Con el objeto de dar cumplimiento al mandato en materia de solución de controversias contenido en la citada Resolución 59 (XIII), se llevaron a cabo esfuerzos por parte del Comité de Representantes y de la Secretaría General, a la vez que se elaboraron numerosos documentos y trabajos técnicos.

Como eje central de coordinación de las tareas a desarrollar, el Comité de Representantes constituyó en mayo del 2005, un Grupo de Trabajo sobre Normas y Disciplinas, integrado por las Delegaciones de los doce países miembros.

En el mes de mayo de 2006 se celebró una Reunión de Altos Funcionarios Responsables de las Políticas de Integración con el cometido de formular propuestas sobre el alcance y cobertura del ELC, y sobre el establecimiento de los lineamientos generales y modalidades de negociación de los componentes de dicho espacio de libre comercio en el contexto de la preparación de la Decimocuarta Reunión Ordinaria del Consejo de Ministros de la ALADI, en cuyo marco se recibieron instrucciones precisas y un cronograma de trabajo en materia de solución de controversias (ALADI/FRPI/Informe de 05/05/06).

EL citado Grupo de Trabajo contó asimismo con un Foro Virtual de expertos gubernamentales de los países, avanzándose en dicha instancia técnica y dejando plasmados sus resultados en el Doc. Inf. 808 de fecha 18/12/2006.

Posteriormente, en abril de 2007 se realizó una Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Solución de Controversias, elaborándose el correspondiente informe (ALADI/REG.SC/ Informe de 18/04/07).

Acompañando las instancias políticas y técnicas antes descritas, en el mes de junio de 2007 se llevó a cabo la Segunda Reunión de Altos Funcionarios Responsables de las Políticas de Integración de los países miembros de la cual recomendó elaborar un Régimen Regional de Solución de Controversias que incluya la posibilidad de una instancia arbitral, a aplicarse de manera supletoria en el ámbito de los acuerdos que no prevean normas específicas sobre la materia. Sobre esta base, la Delegación de Argentina presentó una propuesta de Régimen. (ALADI ALADI/FRPI/II/Informe de 06/06/07).

Sobre la base de la propuesta de Régimen antes referida, el Grupo de Trabajo sobre Normas y Disciplinas estableció un nuevo cronograma de trabajo, convocándose a nuevas instancias técnicas.

En setiembre de 2007, se reunió el Grupo de Trabajo sobre Normas y Disciplinas con la presencia de todas las Representaciones Permanentes, algunas de ellas acompañadas por funcionarios de sus capitales, con el objetivo de analizar el referido Proyecto, conjuntamente con las observaciones y comentarios escritos efectuados al mismo por los países miembros.

A la Secretaría General le fue encomendada la elaboración de un nuevo proyecto de articulado, a la luz del Proyecto anteriormente aludido y de las propuestas de los países miembros, el cual fue publicado como ALADI/SEC/dt 483 de 12/10/07.

En octubre de 2007, se celebró una nueva Reunión del Grupo de Trabajo sobre Normas y Disciplinas, convocada para continuar con la consideración del Proyecto de Protocolo sobre Régimen de Solución de Controversias para la ALADI, contando con la presencia de funcionarios de los países miembros que así lo determinaron, cuyos avances se plasmaron en el documento ALADI/CR/di 2590 de 12/11/07.

II.3. El ámbito de aplicación del Proyecto

A pesar de los avances en el articulado del proyecto en análisis, existían diferentes propuestas en cuanto al ámbito de aplicación que tendría el Régimen, lo cual, a juicio de los negociadores, dificultaba la tarea técnica, haciéndose imprescindible contar con una definición política sobre dicho aspecto.

La dificultad de lograr un consenso sobre el ámbito de aplicación motivó que se elevara su consideración a la órbita del Comité de Representantes.

Los países miembros realizaron denodados esfuerzos políticos para lograr consensos sobre el tema, teniéndose en cuenta el vacío que existía a nivel institucional sobre el punto.

En oportunidad de la celebración de la Decimocuarta Reunión del Consejo de Ministros realizada en marzo de 2008, no se logró considerar el Proyecto de Resolución titulado "Directrices para la elaboración de un Régimen Regional de Solución de Controversias", por lo que perduraba la necesidad de definir aspectos esenciales del Régimen a efectos de proseguir con el proceso técnico de negociación.

Los países miembros continuaron realizando esfuerzos políticos con respecto al tema solución de controversias, entre otros, convocándose a una Reunión de Viceministros en agosto de 2008 y a una Reunión del Consejo de Ministros.

Fue recién en oportunidad de la celebración de la Decimoquinta Reunión del Consejo de Ministros realizada el 29 de abril de 2009, que se logró la definición del ámbito de aplicación del Régimen, mediante la aprobación de la Resolución 67 (XV) titulada, "*Directrices para la elaboración de un Régimen Regional de Solución de Controversias*".

II.4. La Resolución 67 (XV) del Consejo de Ministros

La aprobación de la Resolución 67 (XV) del Consejo, constituye un hito de gran relevancia política para el reinicio del proceso negociador del Régimen Regional de Solución de Controversias en la ALADI.

La Resolución consta de cuatro artículos, quedando de manifiesto a través de la misma, la importancia que reviste para los países miembros de la ALADI poder contar con un Régimen Regional en la materia, que incluya una instancia arbitral a efectos de otorgar seguridad jurídica y previsibilidad a los compromisos asumidos por los países miembros en el marco de la ALADI.

Lo expuesto, sin perder de vista los mandatos del Consejo para la conformación del Espacio de Libre Comercio (Resolución 59 (XIII)), así como los avances logrados en el marco de la Asociación a través de las distintas instancias políticas y técnicas antes detalladas.

En cuanto al ámbito de aplicación del Régimen, el Artículo Segundo de la Resolución 67 (XV) dispuso:

"SEGUNDO.- Este Régimen se aplicará a las controversias que surjan en:

- a) Los Acuerdos de alcance regional celebrados al amparo del TM80, suscritos con anterioridad a la vigencia del Régimen y que no prevean normas específicas sobre la materia, conforme a la lista que se anexa⁵ y desde que el mismo haya sido incorporado expresamente al acervo del Acuerdo en cuestión.*

5 Los Acuerdos incluidos en el Anexo del Artículo Segundo, literal a) son: Acuerdo Regional relativo a la Preferencia Arancelaria Regional (AR.PAR 4); Acuerdo Regional de Cooperación Científica y Tecnológica (Convenio Marco) entre los Países Miembros de la Asociación (AR.CYT 6); Acuerdo Regional de Cooperación e Intercambio de Bienes en las Áreas Cultural, Educacional y Científica (AR.CEYC 7); Acuerdo Marco para la Promoción del Comercio mediante la Superación de los Obstáculos Técnicos al Comercio (AR.OTC 8).

- b) Los Acuerdos de alcance regional celebrados al amparo del TM80 suscritos con posterioridad a la vigencia de este Régimen.
- c) Los Acuerdos de alcance parcial celebrados al amparo del TM80 suscritos con anterioridad a la vigencia del Régimen que no prevean normas específicas sobre la materia, desde que el mismo haya sido incorporado expresamente al acervo del Acuerdo en cuestión.

En este mismo sentido, se aplicará a los Acuerdos de alcance parcial celebrados al amparo del TM80 suscritos con anterioridad a la vigencia del Régimen que cuentan con un sistema de solución de controversias que no prevé instancia jurisdiccional con decisión vinculante.

En este caso, una vez concluidas las etapas previstas en el sistema propio, se podrá acudir directamente a la instancia arbitral prevista en el Régimen a opción de la parte reclamante, desde que el mismo haya sido incorporado expresamente al acervo del Acuerdo en cuestión.

- d) Los Acuerdos de alcance parcial celebrados al amparo del TM80 suscritos con posterioridad a la vigencia de este Régimen, salvo que excluyan expresamente la aplicación de un Régimen de esta naturaleza.”

Como puede observarse, el ámbito de aplicación del Régimen que finalmente se aprobó, no abarca al TM80 ni las normas adoptadas por los órganos políticos con capacidad decisoria de la Asociación, sino que está orientado exclusivamente hacia los acuerdos de alcance regional y parcial, en los términos previsto en dicha norma.

No pudo por tanto lograrse el tan mentado objetivo de dotar a la ALADI de un procedimiento de resolución de conflictos para su derecho originario y derivado.

La Resolución de referencia también incluye en su Artículo Tercero que en el Régimen se considerará un trato especial y diferenciado para los Países de Menor Desarrollo Económico Relativo – PMDER (Bolivia, Ecuador y Paraguay) a los efectos de facilitar la utilización por parte de los mismos de dicho Régimen.

II.5 El reinicio del proceso negociador del Régimen Regional

Siguiendo la encomienda contenida en el Artículo Cuarto de la Resolución 67 (XV) del Consejo, de iniciar el proceso negociador dentro de los 90 días de la aprobación de la Resolución, los países miembros efectuaron las coordinaciones necesarias a efectos de convocar a las instancias técnicas de sus respectivas capitales. Hasta la fecha de elaboración de la presente tesina, se han celebrado tres Reuniones de Negociación del Régimen Regional de Solución de Controversias.

La Primera Reunión de Negociación se realizó los días 15 y 16 de julio de 2009, lográndose avanzar en el articulado del Proyecto e incorporando sugerencias y aportes de los países miembros (ALADI/RN.RRSC/Informe).

La Segunda Reunión de Negociación se llevó a cabo los días 28 a 30 de octubre de 2009, cuyo informe recoge los resultados del análisis realizado (ALADI/RN.RRSC/II/Informe).

La Tercera Reunión de Negociación se celebró los días 2, 3 y 4 de junio de 2010, continuando con el análisis del Proyecto antes citado. Como resultado de dicha instancia negociadora, se dejó constancia de la necesidad de realizar dos reuniones adicionales en el año 2010 para continuar con el análisis y perfeccionamiento del Proyecto. El Informe de dicha Reunión consta en el documento (ALADI/RN.RRSC/III/Informe).

Los tres Informes mencionados tienen naturaleza restringida y son de uso exclusivo de las Representaciones Permanentes de los países miembros ante la ALADI, no siendo posible en esta instancia del proceso negociador dar detalles o informaciones sobre su contenido y desarrollo específico.

CAPÍTULO III. OTRAS DISPOSICIONES REGIONALES SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ALADI

Este Capítulo brinda una descripción del sistema de Solución de Controversias previsto para la aplicación del Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del TM80, así como las disposiciones en materia de interpretación y resolución de conflictos incluidos en el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades celebrado entre la Asociación y la República Oriental del Uruguay (Acuerdo Sede).

III.1 El procedimiento de solución de controversias previsto para el Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del TM80

El Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del TM80 fue suscrito por los países miembros de la ALADI el 13 de junio de 1994⁶, en el marco de la Primera Reunión Extraordinaria del Consejo de Ministros, celebrada en Cartagena de Indias, Colombia.

El Artículo 44 del TM80 establece la cláusula de la nación más favorecida de la ALADI, por la cual se dispone que las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el TM80 o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros.

A través del referido Protocolo Interpretativo se otorga el derecho a un país miembro que suscriba un Acuerdo de la naturaleza descrita en el párrafo anterior, a solicitar la suspensión temporal de la aplicación del Artículo 44 del TM80. Como contrapartida, dicho país asume el compromiso de desarrollar negociaciones bilaterales con los países que se lo soliciten, con el objeto de recibir compensaciones sustancialmente equivalentes a la pérdida de comercio en virtud de preferencias otorgadas en instrumentos no previstos en el citado Tratado, para lo cual se establece un procedimiento específico.

En oportunidad de la suscripción del Protocolo Interpretativo, se aprobó la Resolución 43 (I-E) del Consejo de Ministros, aprobada el 13 de junio de 1994, la cual dispuso normas para el período de transición hasta la entrada en vigencia del Protocolo, cuyo contenido es prácticamente idéntico a la de aquel, habilitando de esa forma al país que firme un Acuerdo que implique la aplicación del Artículo 44 del TM80 a solicitar la suspensión temporal de las obligaciones establecidas en el mismo.

A diferencia de las particularidades detalladas en la presente Tesina para la aprobación de un Régimen Regional de Solución de Controversias para la Asociación, los países miembros de la ALADI en el año 1994, sí entendieron prudente contar un procedimiento de solución de diferendos para el caso que el país afectado considere insuficiente el resultado de las negociaciones previstas en el Artículo Tercero del Protocolo. En ese caso el Comité designa un Grupo Especial, en consulta con los países interesados, a efectos de determinar si la compensación ofrecida es suficiente.

Dicho procedimiento tiene por objetivo restablecer el equilibrio de los derechos y las obligaciones emanados del TM80 y de los acuerdos concertados al amparo del referido Tratado.

Cabe señalar que el Consejo de Ministros aprobó la Resolución 44 (I-E), de fecha 13 de junio de 1994, la cual establece normas sobre la composición, los procedimientos y la forma operativa del citado Grupo Especial.

A continuación se señalan las principales características del procedimiento de solución de controversias aplicable al Protocolo Interpretativo:

- Constitución del Grupo Especial: se constituye en un plazo máximo de 15 días, contados a partir de la fecha en que el Comité hubiera recibido la manifestación del país afectado.

6 El Protocolo Interpretativo aún no ha entrado en vigor, contándose, hasta el momento con el depósito de siete instrumentos de ratificación correspondientes a los siguientes países miembros: México, Paraguay, Ecuador, Chile, Argentina, Venezuela y Colombia, restando un solo depósito para su plena vigencia.

Puede integrarse con 3 ó 5 miembros, a petición de los países directamente interesados. Los miembros se seleccionan, indistintamente, de una nómina conformada por el Comité a propuesta de los países miembros de la Asociación y de la lista de panelistas del GATT.

- Plazo de constitución: Plazo máximo de 10 días a partir de la fecha de su designación por el Comité de Representantes.
- Objeto del Grupo Especial: examina los puntos de vista expuestos por los países directamente interesados, garantizándoles el debido proceso, pudiendo aplicar para ello, subsidiariamente, las reglas procesales del GATT. Asimismo, evalúa si la compensación ofrecida al finalizar las negociaciones bilaterales resulta o no suficiente. En caso de no ser considerada suficiente la compensación, el Grupo Especial determinará aquella que, a su juicio, lo sea.
- Audiencia de Conciliación: Se prevé la celebración en forma previa a la decisión final del Grupo Especial.
- Solución transaccional: El Grupo Especial, por consenso, puede someter a consideración de las Partes una solución transaccional. Si la misma no fuere aceptada en un plazo máximo de 5 días de formulada, se prosigue con las actuaciones que correspondan con vistas a la decisión final.
- Pronunciamiento Final: El Grupo Especial se pronuncia en forma definitiva, en el plazo improrrogable de 60 días, contados a partir de la fecha de su constitución.
- Toma de decisión: La decisión final se adopta por mayoría de votos, la cual será definitiva para los países directamente interesados y se pondrá de inmediato en conocimiento de los mismos y del Comité de Representantes a sus efectos.
- Compromiso de ratificación del Protocolo: En el caso que el Grupo Especial determine que la compensación ofrecida es suficiente, para recibir la compensación establecida, el país afectado deberá depositar el instrumento de ratificación al Protocolo Interpretativo en la Secretaría General de la Asociación y comprometerse a otorgar su voto afirmativo en favor de la suspensión definitiva cuando el Protocolo entre en vigencia.

Si el Grupo estima que la compensación ofrecida no es suficiente, determina la que a su juicio lo sea. En ese caso, si el país que solicitó la suspensión da su conformidad con la compensación adicional dentro del plazo de 30 días, el país afectado tendrá derecho a que se haga efectiva dicha compensación adicional prevista, una vez que deposite su instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Asociación, comprometiéndose a otorgar su voto afirmativo en favor de la suspensión definitiva cuando el Protocolo entre en vigencia.

- Retiro de concesiones: En el caso que el país que solicitó la suspensión no acceda en el plazo de treinta días, a otorgar la compensación adicional establecida por el Grupo Especial, el país afectado tendrá derecho al retiro de concesiones sustancialmente equivalentes a las compensaciones determinadas por el Grupo Especial y podrá votar negativamente la suspensión solicitada cuando el Protocolo entre en vigencia.

Finalmente, corresponde destacar que, hasta la fecha, no se ha activado el procedimiento de solución de controversias contenido en el Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del TM80 arriba descrito.

III.2. Previsiones sobre resolución de conflictos en el Acuerdo Sede de la ALADI

Teniendo en cuenta la naturaleza de organismo internacional de carácter intergubernamental de la ALADI, la Asociación suscribió con el Gobierno de la República Oriental del Uruguay un Acuerdo sobre Privilegios

e Inmunities (Acuerdo Sede), de fecha 20 de agosto de 1982, en cumplimiento a lo previsto en el tercer párrafo del Artículo 53 del TM80.

El citado Acuerdo Sede, ratificado por Ley uruguaya No. 15.344 de fecha 11 de noviembre 1982, establece las prerrogativas de que gozan la Asociación, sus órganos, sus funcionarios y asesores internacionales.

El Artículo 26 de este tratado internacional refiere a la solución de controversias.

Dicha norma dispone que toda diferencia que se suscite entre el Uruguay y la ALADI, acerca de la aplicación o interpretación de dicho Acuerdo que no fuera solucionada mediante negociación u otra forma de arreglo convenida por las Partes, será sometida para su decisión definitiva, a un tribunal arbitral.

Dicho Tribunal estará compuesto de tres árbitros, designados uno por la Asociación, otro por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, y el tercero escogido por los otros dos, o en defecto de acuerdo entre ellos sobre esta elección, por el Presidente del Comité Jurídico Interamericano.

Hasta la fecha de elaboración de la presente Tesina, no se ha activado el procedimiento antes descrito para resolver una diferencia en materia de privilegios e inmunities.

Sin embargo, la Secretaría General ha remitido comunicaciones oficiales al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay relativas a la aplicación o interpretación de determinadas normas contenidas en el Acuerdo Sede, con la finalidad de que se de cumplimiento a las disposiciones incluidas en dicho tratado internacional.

CAPÍTULO IV

LOS DIVERSOS RÉGIMENES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTENIDOS EN LOS ACUERDOS CELEBRADOS AL AMPARO DEL TM80

En este Capítulo se hace referencia a las diversas disposiciones y sistemas de solución de controversias contenidas en los acuerdos de alcance regional y parcial celebrados al amparo del TM80, realizándose una categorización de dichos acuerdos en función de las normas que los mismos contienen. Asimismo, se realiza una descripción general de las etapas contenidas en los mecanismos antes citados, en particular, aquellos que contienen una instancia arbitral.

IV.1. Los acuerdos de alcance parcial

El Artículo 4 del TM80 contempla como mecanismos para el cumplimiento de las funciones básicas de la Asociación, el establecimiento de un área de preferencias económicas, compuesta por una preferencia arancelaria regional, por acuerdos de alcance regional y por acuerdos de alcance parcial.

Como ya se expresara, los acuerdos de alcance parcial se constituyeron en el principal mecanismo utilizado por los países miembros para la consecución de los fines de la organización.

La evolución del proceso de integración, así como la complejidad y profundización de los compromisos asumidos por los países miembros en el marco de los acuerdos celebrados al amparo del TM80, tuvo como corolario que la gran mayoría de dichos tratados internacionales incluyera una normativa referida a la solución de diferencias.

En particular, se ha visto una evolución importante de las disposiciones incluidas en dichos acuerdos hacia instancias arbitrales, por ser éstas las que brindan mayor seguridad jurídica a los signatarios en la medida de que a través de su aplicación se obtiene un laudo vinculante para las partes y no meras recomendaciones de naturaleza diplomática.

En ese sentido, puede afirmarse que todos los acuerdos de alcance parcial que prevén el establecimiento de zonas de libre comercio cuentan hoy con un sistema de solución de controversias que incluye una instancia arbitral.

En el Anexo de esta Tesina, se adjunta un listado actualizado de los acuerdos de alcance regional y parcial suscritos al amparo del TM80, categorizados según las normas o procedimientos sobre solución de controversias que los mismos contienen, a saber: procedimientos que incluyen únicamente la etapa de Consultas; Consultas e instancia ante una Comisión Administradora; Consultas y Grupo de Expertos y, por último, Consultas y Arbitraje.

IV.2. Descripción general de las etapas contenidas en los mecanismos de solución de controversias que contemplan el arbitraje.

A grandes rasgos, pueden identificarse tres etapas principales en los mecanismos de solución de controversias que prevén una instancia arbitral, a saber: Negociaciones Directas; Órgano Administrador; Arbitraje.

Las Negociaciones Directas o consultas, se inician a solicitud de Parte con el fin de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. La solicitud debe ser fundada y realizada por escrito, comunicando dicha intención al Órgano Administrador.

Esta etapa, de naturaleza confidencial, no se prolonga por más de 15 a 45 días, aunque se prevé que las Partes, de común acuerdo, pueden extender dichos plazos.

Si las Consultas fueron insatisfactorias, la mayoría de los acuerdos disponen que cualquiera de las Partes en la controversia puede solicitar la intervención del Órgano Administrador del Acuerdo de que se trate, con el objeto de buscar una solución satisfactoria a la misma.

Dicho Órgano puede solicitar el asesoramiento técnico de personas o grupos de especialistas independientes, previéndose en algunos casos recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias.

La duración de esta etapa es de treinta (30) días aproximadamente y finaliza con recomendaciones de carácter no vinculante para las Partes en la controversia.

Si las instancias anteriores no lograron resolver el diferendo, se prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje, cuyas características generales se describen a continuación.

IV.3. Principales características de los mecanismos de solución de controversias que contemplan el arbitraje.

Se ha podido observar en las disposiciones sobre la etapa arbitral incluidas en los acuerdos de alcance parcial, una importante coincidencia normativa, si bien cada acuerdo contempla sus características propias sobretodo en los aspectos procedimentales.

El ámbito de aplicación refiere en general a las controversias que surjan entre las Partes Signatarias con relación a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo respectivo, y en los instrumentos y protocolos suscritos o que se suscriban en el marco de los mismos, si bien algunos acuerdos amplían su ámbito para abarcar casos de anulación o menoscabo.

Salvo escasas excepciones, son los Estados signatarios quienes tienen la legitimación activa para acudir a los procedimientos, careciendo los particulares de acceso directo o indirecto al sistema.

En cuanto a la opción de foro, algunos Acuerdos prevén la opción de foro excluyente, a opción de la Parte reclamante o de las Partes de común acuerdo, ante una controversia que surja en relación con lo dispuesto

en el Acuerdo de que se trate que implique, asimismo, una violación de las obligaciones asumidas conforme al Acuerdo sobre la OMC.

Se han incluido en el marco de algunos procedimientos, la posibilidad de que el Tribunal dicte medidas provisionales, en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de una determinada situación ocasionaría daños graves e irreparables a una de las Partes.

El Derecho aplicable a la gran mayoría de los Acuerdos suscritos al amparo del TM80, lo constituyen las disposiciones del Acuerdo, los instrumentos adicionales firmados en su marco, las informaciones suministradas por los Países Signatarios y las reglas de principios de los convenios internacionales que fueran aplicables en la especie, incluyendo los del TM80, así como los principios generales de Derecho Internacional.

En algunos Acuerdos se hace referencia a la posibilidad de resolver el diferendo *ex aequo et bono*, requiriéndose para ello de acuerdo entre las Partes.

En lo que refiere a la integración del Tribunal Arbitral, el mismo se compone de tres miembros: uno nacional de cada Parte y un tercero no nacional.

Existen listas indicativas que facilitan el proceso de selección de los árbitros, la cual es confeccionada por las Partes. Existen distintas exigencias requeridas para ser árbitros y en muchos casos se cuenta con reglas modelo de procedimiento y normas de conducta.

El plazo de que dispone en general el Tribunal Arbitral para el dictado del laudo es de treinta (30) a ciento veinte (120) días, según el Acuerdo de que se trate.

Algunos procedimientos emiten un Informe Preliminar, cuyos aspectos formales someten a la consideración de las Partes en la controversia para luego emitir su Informe Final.

Se expresa con claridad en los procedimientos arbitrales en análisis, que los mismos son obligatorios para las Partes y tienen fuerza de cosa juzgada.

En muchos casos se dispone que el laudo incluirá las medidas específicas que deberá cumplir el país signatario demandado o que podrá aplicar el país signatario perjudicado.

Con relación a la aclaración del laudo, muchos acuerdos lo regulan, previéndose en ese caso un plazo breve para expedirse el Tribunal, entre diez (10) a quince (15) días. En los acuerdos que remiten un Informe Preliminar a las Partes, no está prevista una instancia de aclaración.

En la instancia del cumplimiento de los laudos, algunos acuerdos prevén que la propia decisión del Tribunal contendrá un plazo específico para ser acatado.

Frente a un incumplimiento de un laudo, algunos acuerdos prevén que la Parte reclamante pueda suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada. En el marco de los acuerdos, se regula en general la forma en que se realiza dicha suspensión.

Los Acuerdos que regulan en forma completa la fase de cumplimiento del laudo, incluyen la posibilidad de que se convoque a un Tribunal Arbitral Especial, para que éste determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que una Parte reclamante haya suspendido.

Se busca que esta instancia sea de corta duración, y los plazos en general son de sesenta (60) días para emitir el informe correspondiente.

CAPÍTULO V

CONSIDERACIONES FINALES

Los países miembros de la ALADI han manifestado a través de su órgano político máximo, el Consejo de Ministros, la voluntad política de propiciar la armonización e incorporación, al nivel que sea más conveniente, de las disciplinas y normas necesarias para coadyuvar al desarrollo del proceso de integración regional en la ALADI, entre las que se encuentra la solución de controversias.

Tales esfuerzos han redundado en el reinicio del proceso de negociación de un Régimen Regional de Solución de Controversias en la Asociación.

Teniendo en cuenta las directrices aprobadas por el Consejo de Ministros en su Resolución 67 (XV), el ámbito de aplicación del Régimen Regional tendrá una aplicación acotada a los acuerdos de alcance regional y parcial en los términos previstos en la citada disposición.

De esa forma se mantendría el vacío que actualmente padece la ALADI de no contar con un procedimiento que resuelva las diferencias que pudieran plantearse con relación a los compromisos asumidos por los países miembros en el ámbito del TM80 y su derecho derivado.

Lo expuesto perdura entonces como una tarea pendiente y de vital importancia para la organización, máxime teniendo en cuenta que la agenda de la ALADI es hoy más ambiciosa y que el escenario internacional exige una readaptación dinámica a los nuevos requerimientos y necesidades de los países miembros.

Se augura por tanto una pronta aprobación del Régimen Regional de Solución de Controversias, sin olvidar la necesidad de poder ampliar su ámbito de aplicación para incluir al TM80 y las disposiciones aprobadas por los órganos políticos con capacidad decisoria, brindando de esa forma la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad a los países miembros y sus operadores económicos para garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos en el marco del esquema de integración regional.

ANEXO

CATEGORIZACIÓN SEGÚN LA NORMATIVA SOBRE CONTROVERSIAS DE LOS ACUERDOS CELEBRADOS EN EL MARCO DEL TM80

1. Sin normas propias.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
AR.PAR No. 4	Todos	Preferencia Arancelaria Regional.
AR.CYT No. 6	Todos	Cooperación Científica y Tecnológica.
AR.CEYC No. 7	Todos	Cooperación e Intercambio de Bienes en la Áreas Cultural, Educacional y Científica.
AR.OTC No. 8	Todos	Acuerdo Marco para la Promoción del Comercio mediante la superación de Obstáculos Técnicos al Comercio.
ACE No. 2.62	BRA – URU	Establece reglas para el comercio bilateral en el Sector Automotor.
ACE No. 13	ARG – PAR	Adecua a la NALADISA la clasificación de los productos negociados.
ACE No. 57	ARG – URU	Acuerdo sobre Condiciones para el Comercio Bilateral Argentina-Uruguay para productos del sector automotor.
ACE No. 63	URU – VEN	Acuerdo de Alcance Parcial en donde Venezuela otorga a Uruguay desgravación total para un grupo de productos de su oferta exportable

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 64	PAR – VEN	Acuerdo de Alcance Parcial en donde Venezuela otorga a Paraguay desgravación total para un grupo de productos de su oferta exportable
R No. 38	MEX – PAR	Adecua a la NALADISA la clasificación de los productos negociados y consolida el texto y los anexos del programa de liberación.
AG No. 1	ARG – URU	Tratamiento preferencial para regular el intercambio de ganado en pie y carnes.
AG No. 2	ARG – BOL – BRA – CHI – COL – CUB – ECU – PAR – PER – URU – VEN	Liberación y expansión del comercio intrarregional de semillas.
AG No. 3	ARG – BOL – BRA – CHI – PAR – URU	Protocoliza el Convenio Constitutivo del Consejo Agropecuario del Sur (CAS).
PC No. 1	ARG – URU	Regula el suministro de gas natural.
PC No. 2	BOL – BRA	Regula el suministro de gas natural.
PC No. 7	MERCOSUR	Facilitación del transporte de mercancías peligrosas entre los Estados Parte del MERCOSUR.
PC No. 9	PAR – URU	Cooperación energética.

PC No. 12	ARG – PER	Cooperación energética.
-----------	-----------	-------------------------

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
PC No. 13	ARG – PER	Medidas zoosanitarias. Tiene por objeto elaborar programas conjuntos sobre regulaciones sanitarias y establecer mecanismos de cooperación técnica.
PC No. 14	ARG – PER	Cooperación y coordinación en materia de sanidad y cuarentena vegetal.
PC No. 16	BOL – PAR	Gas natural.
PC No. 18	CHI – PER	Acuerdo Bilateral de Cooperación y Asistencia Mutua en materia aduanera.
A14TM No. 1	BOL – URU	Establece condiciones favorables para incrementar el turismo entre ambos países.
A14TM No. 3	ARG – BOL – BRA – CHI – PAR – PER – URU	Adopta una norma jurídica única a aplicar en el transporte internacional terrestre.
A14TM No. 4	ARG – BOL – BRA – CHI – COL – ECU PAR – PER – URU – VEN	Desarrollar en forma conjunta acciones para promover Sudamérica como destino turístico.
A14TM No. 6	ARG – BRA – URU	Estimular la utilización de medios concretos para la defensa y protección del medio ambiente, promover el intercambio de bienes en esa área, así como facilitar la admisión temporal de bienes y personas.
A14TM No. 7	BRA – URU	Ampliar los niveles de instrucción, capacitación e información, así como el conocimiento recíproco de las diferentes culturas de los pueblos de la región.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
A14TM No. 8	ARG – BOL – BRA – CHI – PAR – PER – URU	Establece una base normativa mínima y uniforme para regular el tránsito vehicular internacional.
A14TM No. 10	BOL – BRA – CHI – PAR – PER – URU	Establece normas para armonizar las condiciones que rigen el contrato de transporte internacional de mercancías por medios terrestres, así como aquellas que regulan la responsabilidad del porteador.
A14TM No. 12	MERCOSUR – MCCA	Acuerdo marco de comercio e inversión.
A14TM No. 13	ARG – ECU	Establece normas para poner en marcha un programa de cooperación científico-técnica que posibilite el desarrollo de proyectos conjuntos de explotación de los recursos mineros existentes. Este Acuerdo se suscribe al amparo del Artículo 4° del AR.CYT N° 6.
A14TM No. 14	ARG – PER	Alentar la concreción de programas y proyectos específicos de Cooperación e Integración Minera.
A14TM No. 16	CHI – ECU	Cooperación Minera.
A25TM No. 6	COL – NICARAGUA	Fortalecer el intercambio comercial mediante el otorgamiento de preferencias arancelarias y no arancelarias.
A25TM No. 41	BRA – SURINAME	Otorgar preferencias arancelarias al comercio del arroz.

2. Negociaciones directas.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 2.64	BRA – URU	Acuerdo Marco de Interconexión Energética.
ACE No. 16.26	ARG – CHI	Desarrollar, de acuerdo a las normativas y procedimientos vigentes en cada país, un sistema de información nacional de los mercados petroleros y del gas, que sea abierto, actualizado, simple y de fácil acceso.
ACE No. 16.27	ARG – CHI	Reconocimiento mutuo de licencias, permisos o autorizaciones de estaciones de radiocomunicaciones para uso compartido por empresas de transporte internacional por carretera que operan en la banda de HF.
ACE No. 49	COL - CUB	Fortalecer el intercambio comercial recíproco mediante el otorgamiento de preferencias arancelarias y no arancelarias.
PC No. 10	ARG - BOL	Integración energética. Establece normas internas para permitir el intercambio comercial y el transporte energético.
PC No. 10.1	ARG – BOL	Protocolo Adicional al Acuerdo para el suministro de gas natural de la República de Bolivia al gasoducto del noreste argentino.
A14TM No. 15	BRA - VEN	Establece las normas que regulan el transporte por carretera de pasajeros y de carga entre ambos países, en base a principios de reciprocidad.

3. Negociaciones directas y Comité de Representantes.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
AR.AM No. 1	Todos	Nómina de apertura de mercados a favor de Bolivia.
AR.AM No. 2	Todos	Nómina de apertura de mercados a favor de del Ecuador.
AR.AM No. 3	Todos	Nómina de apertura de mercados a favor de del Paraguay.

4. Comisión Administradora.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
R No. 29	ECU – MEX	Adecua a la NALADISA la clasificación de los productos negociados y consolida texto y Anexos del Programa de Liberación.
ACE No. 14	ARG – BRA	Facilitar la creación de las condiciones necesarias para el establecimiento de un mercado común entre Argentina y Brasil.
ACE No. 50	CUB – PER	Facilitar, expandir, fortalecer y promover el comercio entre las Partes y todas las operaciones asociadas al mismo.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 51	CUB – MEX	Impulsar y diversificar el intercambio comercial entre ambos países, al más alto nivel posible, a través de la reducción o eliminación de los gravámenes y demás restricciones aplicables a la importación de productos.
ACE No. 55	MERCOSUR - MEX	Sienta las bases para el establecimiento del libre comercio en el sector automotor y de promover la integración y complementación productiva de sus sectores automotores.
PC No. 15	ARG – ECU	Reconocimiento Mutuo de certificados de conformidad con Reglamentos Técnicos Promueve el reconocimiento de las actividades de certificación obligatoria de productos de origen de las Partes.
PC No. 17	ARG – BOL	Promover la competitividad productiva de las Partes, con la finalidad de favorecer y diversificar las exportaciones de bienes y servicios, en particular de Bolivia, así como impulsar la complementariedad de las producciones nacionales, favoreciendo el intercambio comercial entre las Partes y las exportaciones a terceros mercados.
PC No. 17.3	ARG – BOL	Establecer la Cooperación sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias entre ambas partes signatarias.
A14TM No. 3.4	CHI – PER	Convenio de Transporte de Pasajeros por Carretera entre Tacna y Arica.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
A25TM No. 7	COL – COSTA RICA	Fortalecer el intercambio comercial mediante el otorgamiento de preferencias arancelarias y no arancelarias.
A25TM No. 14	MEX - PANAMÁ	Otorgamiento de concesiones que permitan fortalecer y dinamizar las corrientes de comercio mutuo.
A25TM No. 16	VEN - HONDURAS	Fortalecer y dinamizar las corrientes de comercio mediante el otorgamiento de preferencias arancelarias.
A25TM No. 20	VEN – TRINIDAD TOBAGO	Estimular el comercio mediante el otorgamiento de preferencias arancelarias y la eliminación o disminución de restricciones no arancelarias.
A25TM No. 22	VEN - GUYANA	Estimular el comercio mediante el otorgamiento de preferencias arancelarias y la eliminación o disminución de restricciones arancelarias.
A25TM No. 23	VEN – GUATEMALA	Otorgamiento de preferencias arancelarias y la eliminación o disminución de restricciones no arancelarias.
A25TM No. 24	VEN - CARICOM	Estrechar las relaciones económicas y comerciales.
A25TM No. 25	VEN – NICARAGUA	Otorgamiento de preferencias arancelarias y la eliminación o disminución de restricciones no arancelarias.
A25TM No. 26	VEN – COSTA RICA	Otorgamiento de preferencias arancelarias y la eliminación o disminución de restricciones no arancelarias.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
A25TM No. 27	VEN - EL SALVADOR	Otorgamiento de preferencias arancelarias y la eliminación o disminución de restricciones no arancelarias.
A25TM No. 29	COL - PANAMÁ	Facilitar, expandir, diversificar y promover el comercio así como las operaciones asociadas al mismo.
A25TM No. 31	COL - CARICOM	Fortalecer las relaciones comerciales y económicas y de cooperación técnica.
A25TM No. 38	BRA - GUYANA	Promover el incremento de los flujos de comercio bilaterales por medio del intercambio de preferencias arancelarias entre las Partes, cooperación en temas de comercio y participación creciente del sector privado.

5. Negociaciones directas y Grupo de Expertos.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 6.15	ARG - MEX	Adopta el texto ordenado y consolidado del Acuerdo de Complementación Económica No. 6.
ACE No. 8.4	MEX - PER	Incorpora nuevas preferencias al programa de liberación; establece el Régimen de Solución de Controversias; modifica el plazo de vigencia del Acuerdo
ACE No. 53.1	BRA - MEX	Establece Régimen de Solución de Controversias.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 62	MERCOSUR - CUBA	Impulsar el intercambio comercial de las Partes Signatarias, a través de la reducción o eliminación de los gravámenes y demás restricciones aplicadas a la importación de los productos negociados.
ACE No. 47.1	BOLIVIA - CUBA	Consolida en un único instrumento aquellas disposiciones del ACE 47 original que permanecen vigentes y nuevas disposiciones relativas a: el otorgamiento recíproco del 100% de preferencia arancelaria para todo el universo de productos que cumplan con el régimen de origen que se establece; Normas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad; Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Solución de Controversias y Promoción y Protección de Inversiones.

6. Negociaciones directas y Arbitraje.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 16.2	ARG – CHI	Régimen de Solución de Controversias.
ACE No. 16.15	ARG – CHI	Interconexión gasífera y suministro de gas natural.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 16.21	ARG – CHI	Interconexión eléctrica y suministro de energía.
ACE No. 16.22	ARG – CHI	Reglamento para la ejecución del Proyecto Minero “El Pachón”.
ACE No. 16.23	ARG – CHI	Reglamentación para la ejecución del Proyecto Minero “Pascua-Lama”.
ACE No. 16.24	ARG – CHI	Incorpora normas para la comercialización, explotación y transporte de hidrocarburos líquidos-petróleo crudo, gas licuado y productos líquidos.
ACE No. 16.25	ARG – CHI	Establece un convenio para desarrollar un sistema de información nacional del mercado eléctrico y de fiscalización de sus agentes.
ACE No. 18	MERCOSUR	Facilitar la creación de las condiciones necesarias para el establecimiento de un mercado común a constituirse de conformidad con el Tratado de Asunción.
ACE No. 22	BOL – CHI	Sentar las bases para una creciente y progresiva integración de las economías.
ACE No. 23	CHI – VEN	Establecer de un espacio económico ampliado.
ACE No. 24.9	CHI – COL	Acuerdo de Libre Comercio.
ACE No. 33	COL – MEX	Tratado de libre comercio.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 35.21	MERCOSUR – CHI	Régimen de Solución de Controversias.
ACE No. 36.11	MERCOSUR – BOL	Aprueba el Régimen de Solución de Controversias definitivo.
ACE No. 38.3	CHI - PER	Establecer, en el más breve plazo posible, un espacio económico ampliado entre los Países Signatarios, que permita la libre circulación de bienes, servicios y facilitar la plena utilización de factores productivos.
ACE No. 40	CUB – VEN	Facilitar, expandir, diversificar y promover el comercio entre las partes y todas las operaciones asociadas al mismo.
ACE No. 40.3	CUB – VEN	Consolida y ordena en un único texto el Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica N° 40.
ACE No. 41	CHI – MEX	Tratado de libre comercio.
ACE No. 46.2	CUB -ECU	

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 47.1	BOL – CUB	Consolida en un único instrumento aquellas disposiciones del ACE 47 original que permanecen vigentes y nuevas disposiciones relativas a: el otorgamiento recíproco del 100% de preferencia arancelaria para todo el universo de productos que cumplan con el régimen de origen que se establece; Normas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad; Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Solución de Controversias y Promoción y Protección de Inversiones.
ACE No. 49.2	COL – CUB	Sustituye los Anexos I y II del ACE No. 49 e incorpora normativa sobre política comercial.
ACE No. 58.1	MERCOSUR - PER	Régimen de Solución de Controversias.
ACE No. 59.1	MERCOSUR – COL – ECU – VEN	Régimen de Solución de Controversias.
ACE No. 60	MEX – URU	Establecer una zona de libre comercio, así como estimular la expansión y diversificación del comercio; eliminar las barreras al comercio y facilitar la circulación de bienes y servicios y promover condiciones de competencia leal en el comercio entre las Partes.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE No. 65	CHI - ECU	Establece nuevo Acuerdo de Complementación Económica.
ACE No. 66	BOL – MEX	El Acuerdo tiene como objetivos estimular la expansión y diversificación del comercio; eliminar las barreras al comercio y facilitar la circulación de bienes; promover condiciones de competencia leal en el comercio; y establecer lineamientos para la ulterior cooperación entre las Partes, así como en el ámbito regional y multilateral, encaminados a ampliar y mejorar los beneficios del mismo.
AG No. 3.1	ARG – BOL – BRA – CHI – PAR – URU	Protocoliza el Convenio Constitutivo del Comité Veterinario Permanente del Cono Sur (CVP)
PC No. 5	MERCOSUR	Acuerdo de Recife. Medidas técnicas y operativas para regular los controles integrados en frontera.
PC No. 8	MERCOSUR	Normas de aplicación a los contratos de transporte multimodal de mercancías.
PC No. 19	ARG – BRA – CHI – COL – ECU – PAR – URU – VEN	Acuerdo Marco sobre Complementación Energética Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados. <i>(Nota de Secretaría General: para el caso de Estados Partes con Estados Asociados, las controversias se resolverán por el sistema que se acuerde en cada caso).</i>
ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
A14TM No. 5.5	ARG - BOL – BRA – PAR - URU	Establece normas para la solución de controversias para la Hidrovía Paraguay - Paraná.

A14TM No. 9	MERCOSUR	Coordinación y uso por las estaciones generadoras y repetidoras de televisión, de los canales atribuidos al Servicio de Radiodifusión en las zonas de coordinación establecidas en el Acuerdo.
A25TM No. 36	CUB - GUATEMALA	Otorgamiento de preferencias arancelarias y eliminación de restricciones no arancelarias que permita facilitar, expandir, diversificar y promover sus corrientes de comercio; y adoptar las medidas y desarrollar las acciones que correspondan para dinamizar el proceso de integración, a cuyo fin se promoverán entre los Países Signatarios mecanismos de complementación económica.
A25TM No. 37	MEX - GUATEMALA	Cada Parte alentará y fomentará, en el ámbito de sus respectivos marcos normativos, la libre participación de personas individuales o jurídicas en el transporte, distribución, comercialización, almacenamiento, exportación e importación de gas natural.

7. Negociaciones directas y OMC.

ACUERDO	SIGNATARIOS	OBJETIVOS
ACE 42	CUB - CHI	El Acuerdo tiene entre otros objetivos facilitar, expandir, diversificar y promover el comercio de bienes entre las Partes.

BIBLIOGRAFÍA

Tratados Internacionales:

- Protocolo para la Solución de las Controversias de 2 de setiembre de 1967.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.
- Tratado de Montevideo 1980, suscrito el 12 de agosto de 1980.
- Acuerdo sobre Privilegios e Inmunities entre la Asociación Latinoamericana de Integración y la República Oriental del Uruguay, de 20 de agosto de 1982.
- Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del Tratado de Montevideo 1980, de trece de junio de 1994.
- Acuerdos de alcance regional y parcial celebrados al amparo del Tratado de Montevideo 1980 - Página Web oficial de la ALADI: www.aladi.org.

Normativa aprobada por los órganos políticos con capacidad decisoria ALALC/ALADI:

- ALALC/CM/Resolución 165 (CM-I/III-E) de 8/XII/1966.
- ALALC/CEP/Resolución 126 de 11/VI/1967.
- ALALC/CM/Resolución 198 (CM-II/VII/-E) de 2/IX/1967.
- ALALC/CM/Resolución 2 de 12/VIII/1980.
- ALALC/CM/Resolución 8 de 12/VIII/1980.
- ALADI/CM/Resolución 22 (V) de 1/V/1990.
- ALADI/CM/Resolución 30 (VI) de 1/XII/1991.
- ALADI/CM/Resolución 32 (VII) de 30/XI/1992.
- ALADI/CM/Resolución 41 (VIII) de 11/XI/1994.
- ALADI/CM/Resolución 43 (I-E) de 13/VI/1994.
- ALADI/CM/Resolución 44 (I-E) de 13/VI/1994.
- ALADI/CM/Resolución 59 (XIII) de 18/X/2004.
- ALADI/CM/Resolución 62 (XIV) de 11/III/2008.
- ALADI/CM/Resolución 67 (XV) de 29/04/2009.
- ALADI/CR/Resolución 114 de 22/III/1990.
- ALADI/CR/Resolución 325 de 28/02/2008

Documentos:

- Documento de Trabajo 5 de 26/10/05. Regímenes de Solución de Controversias, Principales mecanismos y disposiciones vigentes en la región.
- Documento de Trabajo 6 de 26/10/05. Elementos para un Proyecto de Régimen de Solución de Controversias para el Espacio de Libre Comercio.
- ALADI/Informe de 05/05/06. Reunión de Altos Funcionarios Responsables de las Políticas de Integración: 4-5 de mayo de 2006.
- ALADI/SEC/Estudio 179 de 06/07/06. Estudio Técnico sobre Solución de Controversias en el marco de la ALADI.
- Informe Final del Foro sobre Solución de Controversias (Documento Informal 808 de 18/12/06).
- ALADI/REG.SC/di 1/Corr.1 de 23/02/07. Guía de Discusión para la Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Solución de Controversias.
- ALADI/REG.SC/Informe de 18/04/07. Informe Final - Reunión de Expertos Gubernamentales sobre Solución de Controversias 17-18 de abril de 2007.

- ALADI/FRPI/II/Informe de 06/06/07. Informe Final - Segunda Reunión de Altos Funcionarios Responsables de las Políticas de Integración 5-6 de junio de 2007.
- ALADI/SEC/dt 482 de 17/09/07. Guía de Discusión del Proyecto de Protocolo sobre Régimen de Solución de Controversias para la ALADI.
- ALADI/SEC/dt 483 de 12/10/07. Texto Consolidado del Proyecto de Protocolo sobre Régimen de Solución de Controversias para la ALADI (Versión 13/08/07 y Comentarios vertidos por los Países Miembros).
- ALADI/SEC/dt 484 de 12/10/07. Cuadro Comparativo del Texto Consolidado elaborado por la Secretaría General (ALADI/SEC/dt 483) y del Proyecto de Protocolo sobre Régimen de Solución de Controversias para la ALADI (Versión 13/08/07).
- ALADI/CR/di 2590 de 12/11/07. Informe del Coordinador del Grupo de Trabajo sobre Normas y Disciplinas relativo a la reunión sobre Solución de Controversias celebrada los días 17 a 19 de octubre de 2007.
- ALADI/SEC/di 2200 de 12/12/2008. Estudio sobre las controversias sucedidas en el ámbito de los diversos mecanismos de solución de controversias existentes en la ALADI.
- ALADI/RN.RRSC/Informe de 16/VII/2009. Reunión de Negociación – Régimen Regional de Solución de Controversias: 15-16 julio 2009.
- ALADI/SEC/di 2281 de 22/X/2009. Foro Virtual sobre el Régimen Regional de Solución de Controversias.
- ALADI/RN.RRSC/II/Informe de 30/X/2009. Segunda Reunión de Negociación – Régimen Regional de Solución de Controversias: 28-30 octubre 2009.
- ALADI/RN.RRSC/III/Informe de 4/VI/2010. Tercera Reunión de Negociación – Régimen Regional de Solución de Controversias: 2-4 junio 2010.

Doctrina:

- Derecho Internacional Público. Tomo I. Eduardo Jiménez de Aréchaga. Tomo I. Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- Integración Económica Latinoamericana. Proceso ALALC/ALADI. Gustavo Magariños. 1950-2000
- Las Organizaciones Internacionales. Manuel Diez de Velasco. Decimocuarta Edición, 2006. Editorial Tecnos (Pág. 716 a 725).
- El Regionalismo y el Sistema Mundial de Comercio. OMC.
- International Dispute Settlement. J. G. Merrills. Third Edition. Cambridge University Press. (P. 115 a 120).
- Principles of Public International Law. Fifth Edition. Ian Brownlie.

Sitios Web:

- Página Web oficial de la ALADI: www.aladi.org.
- Página Web oficial de la OMC: www.wto.org
- Página Web oficial de la UNCITRAL: www.unictral.org
- Página Web oficial de la Cámara de Comercio Internacional (ICC): www.iccwbo.org



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

*SANTO, Nicolás; DEVOTO, Matías; GÓMEZ, Lucía;
ETCHEBARNE, María José; SORHUET, Sofía; ETCHEVERRY, Pilar;
SOLE, Paula; PÍGOLA, Mauricio; FALCIONI, Martín;
FERRAGUT, Nicolás*

*Desafíos del procesalismo iberoamericano ante la judicialización de los derechos económicos,
sociales y culturales*

DESAFÍOS DEL PROCESALISMO IBEROAMERICANO ANTE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ^{1(*)}

NICOLÁS SANTO
 MATÍAS DEVOTO
 LUCÍA GÓMEZ
 MARÍA JOSÉ ETCHEBARNE
 SOFÍA SORHUET
 PILAR ETCHEVERRY
 PAULA SOLÉ
 MAURICIO PÍGOLA
 MARTÍN FALCIONI
 NICOLÁS FERRAGUT ^{2(**)}

SECCIÓN I CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. INTRODUCCIÓN.

Casi terminada la primera década del Siglo XXI, nos encontramos en un momento trascendental de la historia de la humanidad. Por un lado, observamos que el mundo transita por la mayor turbulencia económica que se recuerde desde 1929, la cual pone en tela de juicio muchos de los paradigmas incuestionables hasta hace poco tiempo atrás. Por el otro, fenómenos como la exclusión social, las migraciones y, sobre todo, el cambio climático, generan preocupantes incertidumbres de cara al futuro.

Dentro de este contexto mundial, nuestra América Latina y sus pobladores, se hallan en una situación de vulnerabilidad que resulta alarmante. Con dos tercios de la población viviendo con menos de dos dólares americanos al día, el desempleo en niveles elevadísimos, cárceles superpobladas en las que las vidas de los reclusos transcurren en condiciones de hacinamiento y sistemas de seguridad social, salud y educación desbordados, el continente se encuentra hoy en una encrucijada.

Si bien es cierto que—así como se ha generado una *conciencia ambiental*— parece haberse generado una verdadera *conciencia humanitaria* alrededor del globo, también lo es que han aumentado exponencialmente las situaciones en que los Derechos Fundamentales corren el riesgo de ser conculcados. En tan significativo tiempo, una adecuada aplicación de los mecanismos de protección de los mismos se torna indispensable. Mas si de vulnerabilidades se trata, son precisamente los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) los que se encuentran expuestos a los mayores peligros.

En función de lo antedicho, la relevancia del Derecho Procesal se magnifica notablemente. Sobre todo, en lo relativo a la prevención de daños y a la tutela judicial efectiva. Ante el fracaso de los sistemas administrativos, es precisamente a través de diversos instrumentos procesales que será posible hacer valer los DESC. Expresa el artículo 14 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que “*el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales*”. Creemos que es precisamente la vocación de servicio de esta rama del Derecho la que debe excitar nuestra sensibilidad perfeccionadora, para que los instrumentos con los que contamos hoy sean lo más eficaces posible a la hora de encontrar salidas a los conflictos jurídicos que se suscitan en el devenir de la vida en sociedad.

1 ^(*) Trabajo premiado en la edición 2009 del concurso que organiza el Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

2 ^(**) Alumnos de 4º año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Como actuales estudiantes de Derecho y futuros operadores jurídicos, tenemos la obligación de explorar estas realidades con espíritu crítico y profundidad. En función de esto, no buscaremos aproximarnos al fenómeno de la judicialización de los DESC desde una óptica puramente teórica sino que, por el contrario, intentaremos descubrir cuáles son las dificultades que él presenta en la práctica, para de esa manera contribuir a corregir algunos de los errores en los que se incurre al reaccionar ante ellas.

¿Parece complejo? Repensar estructuras siempre lo es. Pero si realmente queremos Estados en los que los seres humanos puedan llevar una vida acorde con su dignidad, somos, fundamentalmente, los profesionales universitarios de las nuevas generaciones, quienes debemos diseñar soluciones globales para que ello sea posible, sin perjuicio de colaborar en la mejora de las ya existentes. Sólo con compromiso, sentido común y dedicación es que lograremos recorrer exitosamente ese camino. En pos de ese objetivo, hemos realizado este trabajo...

2. MARCO FÁCTICO

No es novedad que el funcionamiento de las instituciones políticas y administrativas latinoamericanas resulta poco feliz. El lento tranco de la maquinaria estatal, la apatía de quienes están a cargo de las entidades públicas y la falta de profesionalidad de sus técnicos, son moneda corriente en nuestras sociedades. Si este hecho no repercutiera directamente sobre los derechos de las personas que deben soportar demoras injustificadas en sus tramitaciones o burócratas necesitados de beber café en oficinas públicas el día entero para sacudir su modorra, no habría mayores razones para preocuparnos. Sin embargo, la realidad indica que todas estas inconductas- además de socavar sigilosamente la confianza en el sistema democrático- en muchos casos constituyen ataques directos a los Derechos Fundamentales. Así ocurre cuando se ponen trabas infundadas o absurdas al acceso a medicamentos necesarios para combatir una enfermedad terminal, o al real ejercicio del derecho a la vivienda o a la educación alegando ausencia de rubros, por citar algunos ejemplos típicos.

Ahora bien, los medicamentos reclamados deben ser comprados a los laboratorios, las viviendas se construyen con materiales adquiridos a terceros y la educación se garantiza con recursos humanos y locativos que requieren mejoras permanentes. En definitiva- y por más duro que ello suene- la efectiva realización de estos derechos se reduce al poder económico del Estado; y las posibilidades de atender por vías políticas reclamos que giren en torno a la protección de los DESC, son, en consecuencia, directamente proporcionales a la capacidad económica de los obligados³. Por tomar la expresión de BARBOSA MOREIRA, cuanto más frondoso sea el árbol de los recursos, menores dificultades aquejarán a las instituciones políticas a la hora de resolver estos casos⁴. Sucede que para el árbol de los recursos de los Estados latinoamericanos, el otoño parece ser eterno y sus hojas y ramas estar siempre secas. Como explica el mencionado autor brasileño, situaciones como las descritas hacen que "...se vuelva necesario someter a la apreciación y decisión del juez intereses que no disfrutaban del favor de las fuerzas económicas dominantes y por regla general se sujetan tradicionalmente, en los fueros políticos, a vicisitudes harto conocidas..."⁵.

Destacamos que el asunto no es de tan sencilla dilucidación, ya que el centro del problema resulta sumamente delicado, por girar el mismo en torno a decisiones de política económica-presupuestaria, las cuales, por lo general, son responsabilidad de los Poderes Legislativos y Ejecutivos. No debemos olvidar que para plasmar los ejemplos dados en el párrafo anterior resulta necesario el desembolso de dineros provenientes del erario público. Y he aquí el punto más álgido de la discusión.

¿Está la judicatura preparada para evaluar el impacto de sus resoluciones sobre la estructura del Estado? ¿Dónde queda el principio de separación de poderes? ¿Cabe a los tribunales tomar decisiones sobre dónde invertir y qué bienes materiales ofrecer? Resulta claro que el área de conocimiento dominada por los jueces es el Derecho, y no la Economía o la Administración. Si a esto le sumamos que disponen de una perspectiva casuística y no global de los problemas, los cuestionamientos revisten mayor importancia aún. No obstante, si bien la idea originaria fue que los DESC fueran invocados y protegidos en ámbitos no judiciales, la prácti-

3 Irónicamente, señala SAGÜES que "...puede constatarse estadísticamente que, a menor producto bruto interno nacional y a menor ingreso per cápita, hay más declaraciones produciéndose así, en países del tercer mundo, una sobrecarga de derechos que desde el punto de vista cuantitativo supera largamente el estado de cosas anterior...", SAGÜES, Néstor Pedro, "Estado social de derecho y derechos imposibles", en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 6, 2005, Piura, pág. 165.

4 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "La significación social de las reformas procesales", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal (RUDP) N° 4, Año 2004, pág. 346.

5 IBIDEM. Pág. 35.

ca indica una realidad totalmente diferente. Es precisamente en las implicancias jurídico-procesales de este escenario, en las que nos sumergiremos en las páginas siguientes⁶.

3. PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ENCUADRE PRELIMINAR.

El Diccionario de la Real Academia Española define al término *judicialización* como “acción y efecto de judicializar”⁷. Mientras tanto, *judicializar* significa “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”⁸.

Por otro lado, cuando hablamos de DESC, hacemos referencia al conjunto de derechos enunciados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)⁹. A título meramente ilustrativo, destacamos algunos de ellos: derecho al trabajo, derecho de libre sindicación, derecho de huelga, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la protección de la familia, derecho a la vivienda, derecho a la cultura, derecho a la seguridad social.

El PIDESC ha sido incorporado a las legislaciones de los países latinoamericanos a través de respectivas leyes. Independientemente de ello, la mayoría de las Constituciones de los Estados de la región hacen referencia a los derechos en él consagrados. Pero no podemos continuar un estudio acerca los DESC desde una óptica procesal, sin antes aclarar un punto que ha motivado- y aún motiva- interpretaciones equivocadas.

Los derechos culturales, así como también algunos de los derechos económicos y sociales tienen, al decir de PRIETO DE PEDRO, una doble dimensión. Por un lado, *social*, relativa a los pueblos; por el otro, *individual*, que afecta a todas las personas. En esa última dimensión, los derechos culturales pertenecen a tres generaciones de Derechos Humanos¹⁰.

4. FUNDAMENTOS TEÓRICOS. LA JUDICIALIZACIÓN COMO CONSECUENCIA NECESARIA DE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN.

Los Derechos Humanos, así como también su protección, tienen hoy un carácter integral, luego de haberse interpretado correctamente la clasificación de los mismos en generaciones. Se entiende que la posibilidad de exigirlos ante los tribunales, es una consecuencia necesaria de los procesos de democratización que han tenido lugar en América Latina desde finales de los años ochenta en adelante. Sin embargo, no fue posible llegar a esta conclusión sin antes derramar ríos de tinta en investigaciones.

En los siguientes numerales, daremos una mirada a la evolución de los fundamentos de hecho y de derecho que han llevado a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, a defender la posibilidad de exigir ante la justicia ordinaria el cumplimiento de los DESC.

I) Señala CASTRO RIVERA que, primeramente, el problema de la judicialización de los DESC giraba en relación a que “...se discutía su valor como derechos en sentido jurídico y se hablaba, en cambio, de derechos en sentido muy amplio, como derechos morales o como exigencias de legitimidad del sistema político...”¹¹.

II) Posteriormente, si bien se reconoció la naturaleza jurídica de estos derechos, se sostuvo que se trataba de normas de carácter programático que debían ser implementadas de acuerdo a las cláusulas de progresividad insertas en las Constituciones. Al decir de SAGÜES, “...más que de “Constituciones-Contrato”, jurídicamente planteables ante los tribunales, se trataría de “Constituciones-Promesa”, lanzadas hacia el porvenir, inexigibles jurídicamente...”¹².

6 Nos dice SAGÜES que “...en la sociedad moderna, si la gente no encuentra respuestas útiles en el Congreso o en el Presidente, plantea hoy sus reclamos ante los estrados judiciales, y exige a los magistrados constitucionales pronunciamientos operativos para practicar aquí y ahora los derechos que enuncia la ley suprema...”, IBIDEM. Pág. 165.

7 http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicialización. Consultada el 30 de Abril de 2009.

8 http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicializar. Consultada el 30 de Abril de 2009.

9 A nivel interamericano no puede dejar de mencionarse el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como “Protocolo de San Salvador”.

10 Vid. Infra. Sección I, 4).

11 CASTRO RIVERA, Alicia, “Los derechos humanos económicos, sociales y culturales”, en Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay, N° 4, 2007, Montevideo, pág. 164-165.

12 IBIDEM. Pág. 164.

III) La perspectiva dada por la clasificación de los derechos humanos en generaciones, condujo a la confusión de que unos- los de primera generación- merecían mayor protección que los demás. Pero copiosos desarrollos doctrinales encabezados por Robert ALEXU, contribuyeron a erradicar esta confusión, reconociéndose la indivisibilidad de los Derechos Humanos, así como también su eficacia horizontal (posibilidad de hacerlos valer ante los particulares), la cual se sumaría a la ya reconocida eficacia vertical (posibilidad de hacerlos valer ante el Estado).

IV) Se asentó la idea de que, tanto los de primera como los de segunda generación, generaban a la Administración obligaciones de acción como de abstención, por lo que también se descartó este criterio como diferenciador de las categorías de derechos. De esa forma, se comenzaron a observar en las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho expresiones como *proteger, respetar, asegurar o promover*, que según el derecho del que se tratara, indicaban si el Estado debía actuar o abstenerse de ello, para defender los bienes a los que se hacía referencia.

V) ¿Dónde estaban, entonces, las diferencias entre las generaciones de derechos? Simplemente en el momento histórico en que los mismos habían sido consagrados. No hay entre los Derechos Humanos de distintas generaciones diferencias de esencia, sino de cronología. Laudada la discusión acerca de la naturaleza de los DESC, quedaba por delante- la tarea no precisamente sencilla- de explicar cómo- y con qué recursos- se implementarían.

VI) Esta situación llevó a autores como el antedicho constitucionalista argentino, a hablar de derechos "*imposibles*", en el entendido de que, si bien los mismos se encontraban reconocidos por el ordenamiento jurídico, el Estado no se encontraba materialmente capacitado para cumplir con ellos, por carecer de los fondos necesarios. A pesar de esto, se distinguía entre derechos *genuinamente imposibles* y *derechos imposibilitados o falsamente imposibles*¹³. Finalmente, señalamos que el prestigioso profesor llega hasta el extremo de considerar que, "*...en un acto de sinceramiento constitucional...no cabría prometer en la Constitución, ni comprometerse en tratados internacionales, más de lo que el Estado pueda razonablemente cumplir...*"¹⁴.

VII) No obstante lo anterior, el llamado "*proceso de motorización*" de las Constituciones, ya no tenía vuelta atrás. Los DESC habían dejado de ser considerados meros anhelos o directivas políticas, para convertirse en derechos que le permitían a su titular movilizar los mecanismos estatales de control para obtener de un tercero una prestación a la que se encontraba obligado.

VIII) Sin embargo, las críticas continuaban y, en un interesantísimo trabajo, Fernando ATRIA, escribió que "*...no sólo la función jurisdiccional, sino las propias estructuras procesales, están pensadas en función de la idea de derecho subjetivo individual y, por tanto, no se adaptan a las cuestiones que podrían plantearse como DESC...*"¹⁵. Parecía, entonces, que el Derecho Procesal no estaba preparado para adaptarse a esta nueva realidad.

IX) En sentido contrario, CASTRO RIVERA expresa que "*...no forzosamente hemos de limitarnos al esquema del derecho subjetivo que construyó la teoría tradicional: un acreedor, un deudor, una prestación y acción judicial para exigirla...*"¹⁶. En consonancia con lo expresado por la profesora, consideramos que son las estructuras procesales- en virtud de la vocación de servicio de esta disciplina- las que deben adaptarse a las nuevas realidades socio-jurídicas, y no las nuevas realidades socio-jurídicas las que deben adaptarse a las estructuras procesales.

X) Es de recibo la doctrina que entiende que la intervención del Poder Judicial resulta imprescindible en esta materia, porque, como explica BAZÁN, "*...produce un doble efecto: directo, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e indirecto, pues como mutatis mutandis se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos...y no por medio de actividades de lobby...*"¹⁷.

XI) Finalmente, resaltamos que ABRAMOVICH y COURTIS- dos de los autores que más y mejor han estudiado este tema-, en cita de OCHS, señalan que "*...si bien los principales DESC han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará*

13 Los primeros serían "*...aquellos para los cuales realmente no pueden proveerse de modo sensato y factible las partidas presupuestarias para satisfacerlos correctamente...*". Mientras tanto, los segundos "*...aparecen si el Estado argumenta que no tiene dinero para atenderlos plenamente, cuando en verdad lo posee, pero lo ha destinado a otros objetivos espurios o de menor importancia...*". IBIDEM. Pág. 160.

14 IBIDEM. Pág. 172.

15 ATRIA, Fernando, "*¿Existen derechos sociales?*", Versión Online. <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>

16 Ob. Cit. Págs. 167-168.

17 BAZÁN, Víctor, "*Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos*", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, Año 11, 2005, Pág. 580.

hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento...lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho...es la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un DESC como derecho es posible únicamente si- al menos en alguna medida- el titular/acreador está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye objeto de su derecho...”¹⁸.

Explicado el sentido de la operatividad de los DESC, estudiaremos en las siguientes secciones algunos de los mecanismos jurisdiccionales a utilizarse para su protección.

SECCIÓN II

EL DERECHO PROCESAL ANTE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Si hay algo que caracteriza a la época en que nos ha tocado vivir, eso es el dinamismo. En un abrir y cerrar de ojos se transforman diametralmente circunstancias que hasta hace no mucho tiempo atrás requerían el transcurso de un lapso prudencial para que ello aconteciera. La tecnología avanza a un paso demoledor, las comunicaciones son cada vez más veloces y esto ha sido causa directa de la instalación de una cultura del *ahora* y del *ya* en nuestras sociedades. Si bien al Derecho le es imposible acompañar la velocidad con la que evolucionan otras áreas del conocimiento humano-bajo riesgo de generar un caos legislativo procurando encontrarse siempre a la vanguardia creando instrumentos en consonancia con la concepción social reinante-, un intento de aproximación a esta celeridad podría contribuir a la construcción de una disciplina más efectiva¹⁹.

Los justiciables, generalmente, poco interés muestran en dominar los tecnicismos jurídicos. Cuando un enfermo de VIH acude a la Justicia para que el Estado le brinde los medicamentos necesarios para continuar su tratamiento, lo único que quiere es tenerlos en su poder rápidamente. Poco le importa la discusión-en torno a la cual gira la cuestión de la judicialización de los DESC- acerca de si el Poder Judicial está habilitado o no para intervenir en actividades típicamente administrativas, etc. Lo único que sabe es que, más allá de recursos, sentencias, medidas cautelares y demás, si el Tribunal no decide velozmente, él verá afectado su derecho a la salud y, probablemente, su derecho a la vida. Acostumbrado a la velocidad con la que se procesan los cambios en la sociedad, el ciudadano no puede concebir que el accionar de la Justicia de su país sea tan lento.

Pues bien: ese prejuicio del ciudadano latinoamericano medio en cuanto a la lentitud de los procesos, si bien no es enteramente cierto, tiene una cuota de verosimilitud. Arrancar el problema de raíz resulta prácticamente imposible, precisamente por la ausencia de recursos que permitan la creación de más y mejores Tribunales. Sin embargo, esto no significa que nada pueda hacerse. Tutela judicial efectiva y acciones preventivas son dos conceptos que pueden colaborar en la tarea de paliar esta problemática. Claro que esto coloca sobre la mesa nuevamente el eterno dilema entre eficacia y garantías. No obstante ello, ciertos bienes jurídicos que revisten una jerarquía especial, merecen una protección procesal más ágil, acorde a los tiempos que vivimos.

Expresa BARBOSA MOREIRA, que *“...un autor norteamericano compara la construcción de un sistema de justicia a la de una ruta: cuanto mejor es la ruta, más aumenta el tráfico; pero con el aumento del tráfico se van fa-*

¹⁸ La cita es de la obra *“La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales”*, de Víctor ABRAMOVICH y Christian C. COURTIS, y se encuentra en OCHS, Daniel, *“Invocabilidad Judicial de los derechos económicos, sociales y culturales durante las emergencias”*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N° 5, 2005, Montevideo, pág. 77.

¹⁹ Dice TAM PÉREZ que *“...las concepciones del proceso y su teoría general deben adaptarse a las nuevas necesidades sociales, producto de la masificación de la economía y la industria, de la globalización de la cultura y de la información que cada vez circula con mayor intensidad, cantidad y velocidad...”*. TAM PÉREZ, José, *“Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”*, en *“Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”*, Universidad de Lima, 2008, Lima, pág. 285.

talmente empeorando las condiciones de la ruta...²⁰. A juzgar por lo sucedido con los procesos de amparo²¹, el estadounidense estaría en lo cierto. Como operadores del Derecho, nuestra función es evitar que se produzcan círculos viciosos que terminen desvirtuando las soluciones alcanzadas. Para lograrlo, debemos procurar un equilibrio en el que, sin sacrificar calidad de las rutas, logremos que las pretensiones transiten sin atascos por el instrumento procesal de que se trate.

En virtud de lo expuesto, entendemos que la importancia de la jurisdicción preventiva, se acrecienta considerablemente, ya que podría llegar a cumplir una función similar a la del amparo. Con mucha razón y con la claridad meridiana que lo caracteriza el multitudinario profesor brasileño enseña que "...la anticipación de la tutela tiene más de un punto en común con las medidas cautelares²²...sin embargo, lo que aquí más interesa es considerar la posible significación social de este instrumento jurídico. Claro está que, para el actor provisto de razón, el efecto de disminuir el tiempo de espera ya constituye, de por sí, un beneficio no despreciable. Pero, a mi juicio, ello no es suficiente, ni mucho menos. Deberíamos averiguar qué derechos vienen siendo in concreto asegurados por la anticipación de la tutela. Si descubriéramos que se trata predominantemente de créditos pecuniarios, tendríamos que llegar a la conclusión de que la ley no habría creado más que un instrumento de cobranza. La verdadera trascendencia social de la anticipación de la tutela hay que buscarla en otros casos, sobre todo en los relativos a derechos cuya satisfacción no soporta demora, como el derecho a la vida, a la salud..."²³. Y a continuación, explica que un uso socialmente relevante de este mecanismo se ha observado en aquellos casos en que se ha impuesto a la Administración Pública proveer inmediatamente a personas carentes determinados medicamentos. No obstante ello, advierte que debe evitarse caer en exageraciones como ordenar forzar los depósitos de los hospitales públicos para retirar artículos necesarios o detener a los funcionarios públicos que se opongan al cumplimiento de dichas resoluciones.

Cabe destacarse el artículo 273 del Código Procesal Civil del Brasil, el cual permite al juez, a petición de parte, anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación. Para que esto sea posible, el juez deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) indicar, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento; b) no conceder la tutela anticipada cuando hubiere peligro de irreversibilidad de la situación ordenada. Además, se le concede al juez la posibilidad de modificar la decisión tomada en cualquier momento del proceso²⁴.

Opinamos que las legislaciones procesales deberían preocuparse por crear normas claras que faciliten la tutela anticipada de los accionantes, cuando la pretensión judicializada involucre un DESC. Si se prevén estructuras livianas para el cobro de títulos ejecutivos, con mucha más razón deberían preverse instrumentos para que la judicatura se esmere en lograr una rápida realización de Derechos Fundamentales²⁵.

2. EL PODER JUDICIAL Y LA TUTELA PREVENTIVA.

Sostiene PEYRANO que "...la doctrina acuerda en considerar necesario construir un procedimiento autónomo en materia de acciones preventivas. Aunque tal necesidad se muestra particularmente acuciante cuando se trata del ejercicio de lo que denominamos "acción preventiva portadora de una tutela especial". Es que ésta tiende a proteger de

20 Ob. Cit. Pág. 347 El autor norteamericano a que hace referencia es NEELY, la obra "Why courts don't work", New York, 1983, citado por Mc Cormick, "Canada's Courts", Toronto, 1994, p.44). "...Building a court system is like building a road. The better the road, the more the traffic..."

21 Luego de la aprobación de la Ley 16.011, se había desatado en el Uruguay una especie de "AMPARITIS", que implicó que un buen número de litigantes intentaran hacer valer sus derechos por esta vía.

22 "...Una parte de la doctrina insiste en establecer una distinción basada en el hecho de que la misión de la tutela cautelar se cifra en aprestar medios para la consecución del resultado final, mas no pone al litigante en una situación equiparable a aquella que le proporcionaría el disfrute del derecho mismo. Es precisamente esto, en cambio, lo que le facilita, aunque a título provisorio, la anticipación de la tutela..." Ob. Cit. Pág. 348.

23 Ob. Cit. Pág. 349.

24 Señala BARBOSA MOREIRA que "...Se comprende bien esa disposición con solo que se piense en la hipótesis de cambiar, con la continuación del proceso, el panorama probatorio: lo que al comienzo parecía verdadero acaba por revelarse falso a la luz de nuevos elementos recogidos. Opinan muchos que no es razonable tomar siempre la prohibición al pie de la letra, porque a veces no es la anticipación, sino la omisión de anticipar los efectos de la tutela, la que produce una situación irreversible...Y cabe añadir que un anteproyecto de reforma del art. 273 pretende convertir en definitiva la providencia, si la otra parte no impugna la concesión..." Ob. Cit. Pág. 349.

25 A excepción del proceso amparo, prácticamente no existen otros.

*eventuales y futuras violaciones a derechos que hoy poseen una singular trascendencia..."*²⁶. Creemos que los DESC ingresan dentro de esa categoría de derechos, ya que, al decir del argentino, "...son derechos en principio no fungibles y malamente reemplazables por sustituciones pecuniarias..."²⁷.

Paulatinamente, acciones preventivas se han ido incorporando a las prácticas judiciales latinoamericanas, aún no estando ellas reguladas por el legislador. En la gran mayoría de los casos se trata de creaciones jurisprudenciales que la doctrina ha contribuido a mejorar. Es así que cada vez con mayor frecuencia nos encontramos con cláusulas previsoras y mandatos preventivos en el ejercicio de la profesión. Como veremos más adelante²⁸, algunos autores entienden que el Tribunal hasta tiene la posibilidad de obligar a terceros a hacer o dejar de hacer alguna cosa, cuando en el curso del proceso hubiere tomado conocimiento de la probabilidad de que un daño ya producido vuelva a repetirse en el futuro²⁹. Observamos, pues, que el concepto de juez en el siglo XXI, difiere de aquél que daba MONTESQUIEU. Ya no será solamente la boca de la ley. Por el contrario, el juez debe ser un protagonista principal de la vida moderna, que ejerza su función con responsabilidad social. No sólo a las empresas debe exigírseles prevenir problemas sociales antes que lamentarlos. En el punto 6 de esta sección, ahondaremos en este asunto, al analizar el llamado criterio consecuencialista.

El Poder Judicial, cada vez que tenga la oportunidad para ello, debe procurar evitar la producción de daños futuros. Su función no es la de un mero espectador pasivo de la realidad social. Por el contrario, debe involucrarse y plasmar en ella los derechos que la Constitución-aquella norma que debe guiar su accionar-consagra. El fracaso de instrumentos administrativos y legislativos sumados a la cultura de acceso a la justicia que impera en las sociedades modernas, han contribuido de modo trascendental a que el Poder Judicial se haya convertido en un espacio de prevención de violaciones a los DESC. Ese fracaso y esa cultura, son dos caras de una misma moneda, que explica el fenómeno de la judicialización; la población, en términos generales, confía más en la Justicia que en la Administración, no sólo como modo de efectivizar, sino también como modo de proteger sus DESC³⁰.

En conclusión, compartimos la opinión del citado procesalista rosarino en cuanto a que "...la tutela judicial efectiva exige no sólo un juez activo, dotado de tutelas diferenciadas (urgentes y especiales) que le posibiliten prestar un servicio de justicia adecuado a las circunstancias, sino también un juez "profiláctico", más preocupado por prevenir entuertos que por "desfacerlos"..."³¹.

3. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA.

En materia de protección de los Derechos Fundamentales, resulta necesario resaltar la relevancia del Derecho Procesal Constitucional. Como hemos visto, la doctrina clásica definía a los DESC como aquellos que ponían a cargo del Estado obligaciones prestacionales, a los efectos de crear las condiciones necesarias para que el ser humano pudiera desarrollarse en su plenitud. Sucede que muchas veces, los parlamentos difieren la reglamentación de estos derechos por lapsos prolongados. Y, hasta el día de hoy, en algunos países no existen mecanismos jurídicos para constreñir a los órganos legislativos al cumplimiento de sus obligaciones³². Para evitar situaciones como la descrita, es que se creó la *acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Explica SAGÜES que esta doctrina "...auspicia que los magistrados cubran el silencio legislativo inconstitucional

26 PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", 1º Edición, LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2004, Pág. 70.

27 IBIDEM.

28 Vid. Sección III, 2) .

29 Esto podrá realizarlo a través de los llamados "Mandatos Periféricos", que, en palabras de PEYRANO, serían aquellos que "...obligan a adoptar determinados comportamientos a sujetos que no son partes ni terceros..." IBIDEM. Pág. 22.

30 Explica PEYRANO que "...algunos autores han sostenido que en estos casos parecería más propio formular un reclamo administrativo ante las autoridades de aplicación antes que reconocerle a los jueces una suerte de poder cautelar preventivo de bienes y personas. Les hemos preguntado a quienes nos formulan tal observación si no saben de la inveterada morosidad y "falta de reflejos" de las autoridades administrativas para aeventar situaciones de peligro... ¿Debe, acaso, compelerse a un juez consciente de que puede evitar nuevas pérdidas humanas a cerrar los ojos ante tal posibilidad; limitándolo, a lo sumo, a cursar una nota protocolar, (que casi siempre se perderá en algún laberinto burocrático) a alguna autoridad administrativa generalmente poco afecta a recibir sugerencias de quienes no sean sus propios superiores?...". IBIDEM. Pág. 28.

31 IBIDEM. Pág. 40. En otra parte de la obra, agrega que "...la calidad intrínseca de los derechos fundamentales que requieren ser protegidos mediante las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales no se aviene a rigideces formales. En cualquier supuesto lo que interesa es satisfacer el "resultado práctico" adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso..." Pág. 87.

32 En muchos Estados esto solamente es posible gracias a protestas encuadradas en el derecho a la libertad de expresión o a solicitudes canalizadas a través del derecho de petición.

(cuando el Congreso no dicta la legislación reglamentaria de la Constitución), siempre que hubiere transcurrido un tiempo de mora inexcusable, haya directriz constitucional clara y pueda el Poder Judicial cubrir el vacío lagunoso traduciendo en hechos a la regla constitucional congelada por el ocio del legislador...”³³. Creemos que se trata de un instrumento original de gran utilidad práctica. A nivel latinoamericano, son varios los países que, directa o indirectamente, han recogido esta acción³⁴.

4. MODIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y “SOCIALIZACIÓN” DEL PROCESO.

Durante los últimos años, hemos asistido a un fenómeno que VÉSCOVI ha denominado “socialización del proceso”³⁵. El legislador ha optado por brindarle un tratamiento privilegiado a determinadas pretensiones de carácter social. En ese sentido, se ha afirmado “...que al órgano judicial no debe serle indiferente el resultado del proceso. El juez, consciente de su misión, que es la de impartir justicia, necesariamente quiere que salga vencedor el litigante que tiene mejor derecho, no el que tiene más recursos o mejor abogado...”³⁶. En consecuencia, encontramos normas como el art. 350.3 del CGP uruguayo, el cual permite que cuando estemos ante pretensiones laborales³⁷ o “de carácter social”, sea posible modificar la pretensión en la audiencia preliminar, cuando resulte evidente que por carencias de información o asesoramiento, la parte no esté al tanto de que determinado derecho le asiste. Incluso se admite que el tribunal disponga de todos sus poderes de instrucción para proteger a la parte que deja de reclamar algo que jurídicamente le correspondía. El límite de esta facultad otorgada a la actora y al tribunal es dado por los principios del debido proceso y del contradictorio, en el sentido de que debe brindarse a la demandada la oportunidad procesal para contestar adecuadamente las nuevas cuestiones.

5. TUTELA ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD SINDICAL: EL CASO URUGUAYO.

Durante los últimos años, se produjo en el Uruguay un revuelo social que tuvo como resultado un notorio fortalecimiento del movimiento gremial que, en materia de Derecho, se vio reflejado en la aprobación de normas relativas a la protección de la libertad sindical.

33 Ob. Cit. Págs. 165-166. Mientras tanto, CABRERA ROMERO expresa que “...el presupuesto de hecho necesario será la abstención, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella...La ausencia de desarrollo del precepto constitucional que, por ello, se haya hecho ineficaz al estar impedida su aplicación, podrá ser parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio...” <http://www.tecniouris.com/venezuela/jurisprudencia/constitucional/accion-de-inconstitucionalidad-por-omision.html>. Consultada el 15 de Junio de 2008.

34 Así, la Constitución Federal de Brasil de 1988 la incluye en el artículo 103 n° 2. Mientras tanto, en Colombia, DÍAZ GAMBOA ha abogado por el reconocimiento de la figura como factor garantista de los Derechos Humanos, criterio que compartimos para nuestro país. En el mismo sentido, la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (n° 7135) en los apartados a) y b) del art. 73, establecen que cabrá la acción de inconstitucionalidad contra las leyes que, por acción u omisión, infrinjan alguna norma o principio constitucional.

35 VÉSCOVI, Enrique, “El servicio de Justicia y su modernización en el Derecho Comparado en Iberoamérica y en Uruguay”, en Revista de Técnica Forense N° 4, ITF/FCU, 1994, Montevideo, pág. 60.

36 BARBOSA MOREIRA, Ob. Cit. Pág. 350.

37 A continuación transcribimos un interesante aporte de ALLOCATI sobre el punto que tratamos, que se vincula también con la crisis del principio de congruencia: “...Hemos dicho que las normas del derecho del trabajo son, en principio, de orden público y de ello emana su carácter de forzosas, imperativas e irrenunciables. Por consiguiente, el juez no debe estar constreñido, como ocurre, en principio, en el proceso civil, a sentenciar conforme a las cifras del reclamo-intra petita-, sino que cabe autorizarlo a condenar al empleador acordando al trabajador mayores sumas que las reclamadas, ajustándose a las disposiciones legales aplicables-ultra petita-. Así, por ejemplo, si en la demanda de indemnización de accidentes de trabajo, dentro del régimen de la ley argentina 9688, el trabajador formula su pedido denunciando un salario inferior al percibido y estimando su incapacidad en menor grado del que realmente está afectado, cuando de las pruebas producidas resultan acreditadas esas circunstancias, el juez concederá la indemnización de acuerdo al mayor salario y a la superior incapacidad. La facultad concilia con la naturaleza de los derechos protegidos...”, ALLOCATI, Amadeo, “Tratado de Derecho del Trabajo”, 2ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 1972, pág. 59. Aclaremos que, si bien los jueces laborales argentinos pueden dictar pronunciamientos ultra petita, no pueden dictar sentencias extra petita.

La ley 17.940 persigue garantizarle al trabajador el libre ejercicio de sus libertades sindicales. Explica LABAT que "...para defender estos derechos, se utilizarán dos mecanismos de protección: uno sustancial, declarando la nulidad absoluta de los actos antisindicales que perjudiquen al trabajador; y otro instrumental o formal, estableciendo las diferentes vías para la eliminación real de los efectos jurídicos de esos actos y la restitución de las cosas al estado inmediato anterior a su realización..."³⁸. La norma en cuestión tiene por finalidad lograr la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, en caso de que haya sido despedido; o la reposición del estado de cosas anterior para la hipótesis de ejercicio del IUS VARIANDI con finalidad discriminatoria o persecutoria.

En lo que respecta a la legitimación activa, ella corresponderá al trabajador actuando conjuntamente con su organización sindical; la norma preceptúa la formación de un litisconsorcio activo necesario compuesto por dos sujetos: el trabajador y su sindicato. En cuanto a la legitimación pasiva, necesariamente va a ser el empleador, sea persona física o jurídica, pública o privada a quien se imputa la responsabilidad por la realización del acto dañoso. La peculiaridad de esta figura la encontramos en que se trata de una estructura procesal a la que se le aplicarán el procedimiento y los plazos establecidos para la acción de amparo. Observamos, entonces, que para defender un DESC concreto (libertad sindical) se establece un mecanismo de protección especial similar al proceso de amparo.

En caso de acoger la sentencia la pretensión del trabajador, se dispondrá la efectiva reinstalación o reposición del despedido o discriminado. Se generará, además, a favor del actor ganancioso, el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubieren correspondido durante el período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que la resolución se efectivice. En suma, si el trabajador fue despedido por motivos sindicales, éste, conjuntamente con su gremio, podrán reclamar el reintegro efectivo a la empresa, considerándose nulo el despido realizado por el empleador.

Un análisis crítico de este nuevo instituto indica que, desde el punto de vista teórico, se trata de un nuevo paso en el camino hacia una protección integral de los DESC. Sin embargo, por más que dicha norma resulte sumamente beneficiosa y garantista en la teoría, es menester reconocer el escaso pragmatismo de la misma, el cual se ha visto reflejado en el hecho de que desde su aprobación, se ha aplicado en muy pocas ocasiones. La razón: los trabajadores prefieren la indemnización por despido abusivo a la reincorporación al lugar de trabajo, ya que, en caso de que eso suceda, es claro que la relación laboral no será la misma. Probablemente, concurrir a trabajar se convierta en un martirio para el trabajador reincorporado - dada la persistencia de la mala relación con el empleador- que en muchos casos determinará que él mismo opte por renunciar.

6. CRITERIOS ORIENTADORES DE LA DECISIÓN JUDICIAL.

Al comienzo de este estudio nos encargamos de resaltar el espíritu teórico-práctico del mismo. Es así que en este punto sistematizaremos algunos de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que han sido- y/o deberían ser- utilizados por los tribunales a la hora de la resolución de casos concretos.

A) Criterio del control consecuencialista. El juez debe contemplar la sentencia en su sentido teleológico. Al momento de tomar su decisión, deberá estudiar el asunto globalmente, considerando, no sólo las consecuencias que la sentencia tendrá para el caso concreto, sino también las derivaciones jurídicas, económicas y sociales que la misma puede tener hacia el futuro. Una serie de fallos dictados sin una adecuada meditación, pueden conducirnos a una caricaturización de la tarea de la Justicia. No debemos olvidar que la limitación de los recursos constituye el límite fáctico a la efectivización de los DESC³⁹.

Una resolución judicial tomada sin cautela y apresuradamente puede llegar a producir desestabilizaciones institucionales de importancia, en el entendido que el Estado puede terminar siendo obligado a cumplir algo para lo que no está materialmente preparado. Y lo que es peor, el accionante se convertiría en poseedor de una sentencia de nula eficacia práctica. En casos como estos, antes de dictar sentencia, resulta necesario que el tribunal se dé un baño de pragmatismo y realidad. Pretender hacer valer los DESC a rajatabla podría conducirnos a que pretensiones acogidas por los tribunales sean imposibles de cumplir en la práctica.

B) Criterio de los mínimos y los máximos. Se lo conoce también como criterio de *reserva de lo posible*. Enseña DEL CARRIL que "...estos extremos marcarán el contenido de los derechos. El mínimo, por su parte, identificará aquello "por debajo" del cual el derecho en cuestión pierde su sentido y resulta negado o destruido... el máximo, en rigor nunca será alcanzado... La correcta delimitación de este mínimo y este máximo representa uno de los parámetros

38 LABAT, Santiago, "Procesos regulados por la ley 17.940 de protección de la actividad sindical", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 3, 2005, págs. 543-552.

39 "...El proceso debe ser útil, en el sentido de que no se reflejará únicamente en una hoja de papel a modo de declaración académica sin resonancias prácticas en la vida y patrimonio de los justiciables...". PEYRANO, Ob. Cit. Pág. 39.

que permiten establecer claramente pautas para la posibilidad del juzgamiento de los derechos... Cuando el individuo exige que se preserve su derecho, su pretensión será atendible (tendrá receptabilidad judicial); cuando lo que pretenda es que se lo amplíe más allá, su reclamo será prima facie impertinente, y deberá hacerse compatible y coordinarse con las pretensiones de los demás miembros de la comunidad...⁴⁰.

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional Federal de Alemania ha resuelto casos sosteniendo que la prestación reclamada debe corresponderse con lo que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, de manera que, aún cuando el Estado disponga de los recursos, no podría exigírsele lo que estuviera fuera de los límites de lo razonable. Suele destacarse el fallo en que el antedicho organismo jurisdiccional se pronunció por la no creación de nuevos cupos para la carrera de Medicina en una universidad pública⁴¹.

C) Criterio de la compensación tributaria. Consiste en permitirle al tribunal ordenar a una entidad pública (p.ej.: hospitales) ejecutar una determinada prestación (p.ej.: tratamientos en unidades de terapia intensiva), autorizándola a compensar los gastos efectuados en la operación con recursos provenientes de lo vertido al erario público por el reclamante (específicamente) por concepto de tributos⁴².

D) Criterio de la adecuación del gasto. Si bien es indudable que, como expresa SAGÜES, "...consentir que centenares o miles de jueces (que no son expertos en economía ni en contabilidad pública) puedan retocar cotidianamente el presupuesto oficial no es una buena muestra de orden financiero ni de equilibrio fiscal o administración de la hacienda pública..."⁴³, en casos en que determinados gastos efectuados por la administración sean manifiestamente inadecuados (p.ej.: compra de butacas de lujo por parte de instituciones educativas públicas en las que los techos de las aulas se encuentran en condiciones deplorables) o ilegítimos (p.ej.: excesos en gastos previstos para combustibles por parte de una institución de salud que dice no encontrarse en condiciones de proveer medicamentos a enfermos de VIH), las correcciones serían admisibles. Es necesario aclarar que este criterio debe ceñirse al caso concreto. De lo contrario, no se respetaría debidamente el principio de separación de poderes⁴⁴.

En casos más complejos, podría llegarse a admitir como medio de prueba de la inadecuación o ilegitimidad del gasto, informes librados por profesionales o estudios jurídico-contables especializados en el tema. Los mismos podrían ser propuestos por las partes o por el tribunal en uso de su iniciativa probatoria. En el primer caso, el costo de los mismos quedará, obviamente, a cargo de la parte que lo presente. Mientras tanto, cuando sea el juez quien lo solicite, a los efectos de determinar quién debe correr con los gastos del informe,

40 DEL CARRIL, Enrique, "Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 8, 2007, Piura, págs.240- 241.

41 MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina, "O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais", Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal), Año XI, N° 37, 2007, Brasília, Pág.19.

42 Sobre el punto, el juez federal brasileño GEORGE MARMELESTEIN LIMA- en la Acción Civil Pública n° 2003.81.00.009206-7- efectúa un interesante análisis.

43 SAGÜES, Ob. Cit. Pág. 172.

44 En interesante artículo, VAN ROMPAEY-comentando un caso que involucró al Instituto Nacional del Adolescente Uruguayo (INAU), explica que "... sostiene el Tribunal que debe considerarse que no parece ajustado a derecho que por la vía excepcional y sumaria del amparo el Poder Judicial se sustituya a la Administración en el ejercicio de sus funciones para las cuales es legítimamente competente, invadiendo áreas de política de salud, técnico-médicas y asistenciales, con opciones de conveniencia y utilidad propias del gobierno de la salud, cuando no se advierte en la conducta estatal clara omisión que pueda motivar tan drástica sustitución y, por el contrario se aprecia que ello podría acarrear consecuencias perjudiciales para el interés general o para los derechos de otras personas, por más compasión que puedan suscitar planteos como el de los actores, que quizás fuese más fácil atender que rechazar; pues lo que se estima que corresponde es acudir a la solución de justicia que resulte de la aplicación del derecho, como garantía objetiva de protección de todos los intereses involucrados en un caso concreto...". Y más adelante, agrega: "...Aún cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que debe jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente.... La clave última de los límites del control de constitucionalidad está en el el self restraint, prudencia o sentido común de los intérpretes que lo tengan asignado. Es que por más esfuerzo que se haga para controlar a los controladores, éstos habitualmente contarán con márgenes amplios para cumplir su función y por ende los riesgos del desborde estarán siempre presentes. Uno de los controles auspiciables es el que corresponde ejercer al mundo científico-académico, y también a la crítica de la prensa, pues éstos tienen autoridad y libertad como para ir señalando los excesos y la ausencia del self restraint o autocontrol... Precisamente, la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales...". VAN ROMPAEY, Leslie, "El rol del Juez en la Sociedad Moderna", en Revista de Derecho Público N° 34, FCU, 2008, Montevideo, págs.21-23.

se propone el establecimiento de un sistema de *responsabilidad procesal objetiva*, así, quien resulte perdedor, será quien deba pagar.

SECCIÓN III

EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LOS PROCESOS EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

En honor a la honestidad intelectual, debemos confesar que, originalmente, no pensamos en tratar en este trabajo el tema de los *intereses difusos*. Esto debido a que en los procesos promovidos en defensa de los mismos, generalmente se discuten cuestiones relacionadas con la tercera generación de Derechos Humanos (la de los llamados "*derechos difusos*", es decir, aquellos respecto de los cuales no resulta claro quiénes son los titulares ni los destinatarios; p.ej.: protección del medio ambiente, derechos del consumidor, conservación del patrimonio histórico, cultural, etc.) y sólo colateralmente versan sobre derechos pertenecientes a las restantes generaciones (p.ej.: repercusiones que la contaminación tiene sobre el derecho a la vida o el derecho a la salud). En consecuencia, que nuestra decisión inicial haya sido esa, no debiera resultar llamativo, ya que no otro es el destino al que nos conduce una primera exploración superficial de este asunto. Sin embargo, si bien es cierto que sólo infrecuentemente nos encontramos ante procesos colectivos que tengan por objeto la protección de un DESC, hemos de explicar por qué creemos que, aunque de modo excepcional, es factible que esto ocurra⁴⁵, más aún tomando en consideración al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Comenzaremos por señalar que el Capítulo I de dicho cuerpo normativo, conceptualiza los intereses que pretende tutelar. Expresa el artículo 1º que "*la acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de: I) Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II) Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase*".

2. INTERESES DIFUSOS, INTERESES COLECTIVOS E INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS⁴⁶.

Señala RAMÍREZ JIMÉNEZ que "...el Código propugna una clasificación tripartita de los derechos colectivos: los supraindividuales, que se subdividen en difusos y colectivos propiamente dichos-ambos de naturaleza claramente

45 Tan infrecuentes son los procesos en defensa de intereses difusos que tengan por objeto la protección de un DESC, que hasta en la exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica puede leerse que "...la teoría de las libertades políticas públicas forjó una nueva "generación" de derechos fundamentales. A los derechos clásicos de primera generación, representados por las tradicionales libertades negativas, propias del Estado liberal, con el correspondiente deber de abstención por parte del Poder Público; a los derechos de segunda generación, de carácter económico-social, compuestos por libertades positivas, con el correlativo deber del Estado a un dar, hacer o prestar, la teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por los derechos de solidaridad, resultantes de los referidos intereses sociales. Y, a medida que el Derecho Constitucional reconoce a esos intereses la naturaleza jurídica de derechos, no se justifica ya la clásica discusión en torno de que esas situaciones de ventaja configuren intereses o derechos...", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N°9, 2006, pág. 252. Observamos aquí, claramente, que se hace referencia a los DESC simplemente para señalar la forma en que evolucionaron los Derechos Humanos, y no porque se considere que ellos puedan protegerse a través de procesos colectivos. Esto confirma lo que dijéramos en las líneas de arriba: parece no advertirse que los procesos en defensa de intereses difusos no solamente son de utilidad para la protección de derechos difusos, sino que también lo son para la protección de DESC. Como veremos más adelante, opinamos que los conceptos de interés difuso y derecho difuso no son iguales.

46 Señala TAM PÉREZ que la distinción entre intereses colectivos e intereses difusos "...ha sido superada mediante un concepto que involucra a "ambos" tipos de intereses, teniendo en consideración su similar naturaleza (protección de intereses colectivos que involucran a una pluralidad de personas) y su problemática particular: los mecanismos de una efectiva protección para una tutela adecuada. En tal sentido, se configuró el concepto de derechos o intereses supraindividuales, más acorde con lo descrito con anterioridad. Ante ello es necesario enfrentar la siguiente interrogante: ¿cómo se tutelan los intereses supraindividuales? Según la doctrina, existen distintos mecanismos procesales que permiten dicho objetivo, los cuales se pueden englobar en la idea de acción o pretensión colectiva...". Ob. Cit. Pág. 288

*impersonal-, y los denominados individuales homogéneos. Los criterios que se utilizan para distinguirlos son igualmente tres: el subjetivo, con referencia a la titularidad del derecho material; el objetivo, atendiendo a la divisibilidad de ese derecho; y el origen común del referido derecho material...*⁴⁷.

Por su parte, explica la doctrina procesal uruguaya que los intereses difusos - son aquellos "...intereses fragmentarios o supraindividuales, que aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra sociedad moderna...difusos son aquellos intereses que se basan sobre datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mutables, como ser, habitar una misma región, consumir iguales productos, *vivir determinadas circunstancias socioeconómicas...*" (Énfasis agregado)⁴⁸. Mientras tanto, en Derecho Positivo Brasileño, el art. 18 de la ley 8078 los define como "aquellos intereses *transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho*".

Ahora bien, ¿coincide el concepto de *derechos difusos*-esto es, Derechos Humanos de tercera generación- con el de *intereses difusos*? Un primer examen de la pregunta nos dirige a contestarla afirmativamente. Sin embargo, creemos que existe entre estas dos nociones una diferencia casi imperceptible que, si bien no ha sido tomada en cuenta por la doctrina hasta ahora, en nuestra opinión, debería serlo. Consideramos que el concepto de *intereses difusos* resulta más amplio-y en consecuencia abarcativo- del concepto de *derechos difusos*. En otras palabras, los *derechos difusos* serían una especie del género *intereses difusos*. Esta interpretación nos permitiría armonizar de mejor manera dos conceptos que- si bien uno de sus términos se pronuncia de modo idéntico- presentan características diferentes. Asimismo, estaríamos dejando espacio para que, dentro del concepto de *interés difuso*, ingresaran otras situaciones jurídicas que, con los criterios clásicos, difícilmente podrían hacerlo. Independientemente de ello, creemos que si se consideran intereses difusos los vinculados a *valores espirituales o culturales*, con mucha mayor razón deberían tener la posibilidad de ingresar dentro de esta categoría- si ello les otorga mayores posibilidades de resguardo- los vinculados a la protección de los DESC de grupos indeterminados de personas. Este razonamiento nos conduce a reafirmar que los *procesos promovidos en defensa de intereses difusos no estarían limitados a que en ellos solamente se pudieran hacer valer derechos difusos*. En las próximas líneas, procuraremos determinar si ello es posible en la totalidad de los casos o si, contrariamente, solamente puede darse en algunos de ellos. Y, avanzando un paso más, discutiremos acerca de si es óptima o no la conceptualización de estos intereses como *intereses difusos*.

En otro orden, los intereses colectivos serían aquellos que pertenecen a un grupo determinado de personas. A tenor de la antedicha norma brasileña, "*son los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base*". Pues bien, como apuntan los prestigiosos procesalistas uruguayos, "...la titularidad de los intereses difusos pertenece a un grupo indeterminado de personas unidas por elementos de hecho contingentes, y ése es el elemento que los diferencia de los colectivos, dado que en ambos tipos de intereses el objeto es indivisible..."⁴⁹.

Dice RAMÍREZ JIMÉNEZ que "...la categoría de derechos difusos comprende a los derechos esencialmente colectivos, cuya caracterización está referida a un número indeterminado e indeterminable de titulares, a la naturaleza indivisible e indisponible del bien jurídico afectado y a la conexión fáctica generada por el daño materia de la pretensión colectiva. En los colectivos propiamente dichos, el derecho pertenece a un número indeterminado, pero determinable de personas, entre los que existe una relación jurídica base que los vincula, sea entre ellos o con la parte contraria, relación que por definición debe ser anterior al daño. El bien jurídico tutelado es relativamente indivisible, pues los miembros de la colectividad pueden ser identificables..."⁵⁰.

Finalmente, señala el autor que "...los intereses individuales homogéneos hacen referencia a derechos subjetivos ontológicamente individuales y a la divisibilidad del bien jurídico entre la comunidad de afectados, pero que se tratan colectivamente porque tienen por origen común la conducta de la parte contraria; precisamente la homogeneidad está definida por dicho origen común..."⁵¹. Agrega TAM PÉREZ que "...los intereses o derechos individuales homogéneos no tienen las características de los derechos colectivos, y como categoría "híbrida" ...pertenecen a un grupo de personas perfectamente individualizadas, en que...prima el interés individual: la única ligazón del grupo es el común origen de

47 RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, "El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas", Universidad de Lima, 2008, Lima, pág. 269.

48 VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, LANDEIRA, Raquel, SIMÓN, Luis María, PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Código General Del Proceso- Comentado, Anotado y Concordado", Editorial Ábaco, T. 2, 1993, Montevideo, Pág. 74.

49 IBIDEM, Págs. 74-75

50 IBIDEM, Pág. 269.

51 IBIDEM, Pág. 269.

*sus individuales pretensiones...Por eso se dice que se trata de "derechos accidentalmente colectivos", a diferencia de los derechos difusos y colectivos, que son esencialmente colectivos e indivisibles...*⁵².

Sobre el punto, resulta sumamente interesante el siguiente caso, el cual fue planteado ante el Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno de la República Oriental del Uruguay. Resultó ser que dos abogados, invocando su carácter de defensores de los Derechos Humanos y en ejercicio de una representación de intereses difusos, dedujeron acción de amparo contra el Ministerio del Interior, expresando que promovían la misma para que se protegieran los Derechos Humanos de las personas que estuvieran, o que en un futuro fueran a estar, en centros de reclusión del país, como consecuencia de su sometimiento a la Justicia Penal. Fundándose en un informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura, sostenían que se configuraban hechos y omisiones estatales que lesionaban o amenazaban derechos reconocidos en la Constitución. Se afirmaba que la superpoblación carcelaria y el hacinamiento en que vivían-y viven- los presos, eran causas directas de que tanto el acceso a los servicios esenciales como a la atención de la salud fueran totalmente insuficientes. Asimismo, entendían los actores que al no existir condiciones decorosas y dignas de alojamiento, se conculcaban flagrantemente los derechos a la reeducación y reinserción social de los reclusos. Alegaban que la inexistencia de programas de acceso al trabajo o a la educación, la inadecuada administración carcelaria donde condenados y penados, primarios y reincidentes convivían sin un criterio conveniente de distribución, no podía ser tolerada indefinidamente por la Justicia, permaneciendo en la indiferencia.

Al contestar la demanda, en lo estrictamente procesal, el Estado expresó que los actores carecían de legitimación en la causa, en virtud de que no se daban los requisitos previstos por el artículo 42 del CGP⁵³ para que resultara admisible la demanda en representación de intereses difusos. Dicha norma- que por otra parte es una copia textual del artículo 53 del Código Procesal Civil Modelo⁵⁴- habilita a cualquier interesado a promover un proceso en defensa de intereses difusos. Sin embargo, sostenía la demandada que no se trataba de un interés que afectara a un número indeterminado de personas, sino de un derecho o interés colectivo o de incidencia colectiva, perteneciente a las personas reclusas en el sistema penitenciario. En función de esto, argüía que en protección de los derechos de dichas personas existían normas y sujetos legitimados, que no eran los actores.

Por Sentencia N° 41/2009 de 08 de Junio de 2009, la Jueza María Cristina CABRERA acogió parcialmente la demanda, disponiendo, entre otras cosas, la eliminación como centro de reclusión de los módulos metálicos del Penal de máxima seguridad de nuestro país-el que, vaya paradoja, se denomina "Libertad"-, cuyo estado era realmente desastroso. Sin lugar a dudas, estamos ante un fallo histórico desde todo punto de vista. Sin embargo, no ingresaremos en valoraciones políticas del mismo. Simplemente nos ceñiremos rigurosamente a sus aristas procesales.

En relación con la legitimación de los accionantes, la doctrina es unánime en cuanto a que rigen las mismas normas para el caso que nos encontremos ante un interés colectivo que para el caso que nos encontremos ante un interés difuso. En consecuencia, la decisora no hizo lugar a las defensas interpuestas por la demandada, y estimó aplicable las reglas de representación de intereses difusos invocadas por los actores. Fundó su pronunciamiento en el art. 42 del CGP y en la acepción amplia que sobre dicho instituto plantea VÉSCOVI, la cual ya fuera analizada por nosotros algunos párrafos atrás. Dice la Jueza: "...en la actualidad existe un colectivo identificable, formado por todos los reclusos alojados en las cárceles del país, como argumenta la parte demandada. No obstante, los actores demandaron por los derechos de dicha población carcelaria y de todos quienes a diario ingresan e ingresarán en el futuro y que, en las actuales condiciones de los establecimientos en los que se aloja a la mayoría de los presos, verán indefectiblemente vulnerados sus derechos constitucionales...Por consiguiente, los accionantes han ejercido legítimamente la defensa instaurada" (el destacado es nuestro)⁵⁵.

52 TAM PÉREZ, Ob. Cit. Págs. 292-293.

53 Art. 42 CGP. Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

54 Art. 53 Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Representación en casos de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

55 Aclaramos que la sentencia no ha sido publicada aún, y que hemos accedido a ella gracias a la colaboración de un

En función de lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: a) Los derechos que los abogados defensores intentaban defender eran, principalmente, el derecho a la salud, el derecho a la educación y sus derivados- a la reinserción social y a la reeducación- y el derecho al trabajo. Como vemos, se trata de típicos ejemplos de DESC; b) Esto confirmaría que *sería posible incoar procesos en defensa de intereses difusos que tuvieran por objeto la protección de un DESC*⁵⁶; c) No obstante, dicha acción no procedería en cualquier hipótesis: solamente sería viable canalizar estas pretensiones a través de procesos en defensa de intereses difusos cuando, además de reclamarse por violaciones actuales a estos Derechos Humanos, se reclamara también por potenciales violaciones futuras. De lo contrario- y de acuerdo a los criterios clásicos-, lo que habría sería un interés colectivo; d) Sin embargo, creemos que en el caso no estamos ni ante un interés difuso ni ante un interés colectivo, sino que, por el contrario, estamos ante un interés individual homogéneo.

En los próximos numerales, intentaremos conceptualizar el caso de acuerdo a las disposiciones del Código Modelo de Procesos Colectivos y lo vincularemos con aspectos relativos a la tutela preventiva de derechos y a la crisis del principio de congruencia.

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL CASO DE ACUERDO A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

Como hemos dicho, creemos que en el caso no estamos ni ante un interés difuso, ni ante un interés colectivo, sino que, por el contrario, estamos ante un interés individual homogéneo. Veamos por qué:

I) Ellos hacen referencia a derechos subjetivos ontológicamente individuales, y los DESC, pueden perfectamente ser catalogados como tales.

II) Las pretensiones que sobre ellos versen deben tratarse colectivamente porque tienen por origen común la conducta de la demandada (en el caso, las omisiones de las autoridades del Ministerio del Interior que implicó la violación de alguno de sus DESC). En consecuencia, lo que prima es el interés individual, no estamos ante derechos colectivos en esencia⁵⁷.

III) La única vinculación existente entre los miembros del grupo es el común origen de sus pretensiones, el cual no es otro. Vimos que en Derecho Brasileño los intereses difusos son "*aquellos intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho*". Pues bien, lo dicho nos lleva forzosamente a concluir las siguientes tres cosas: a) entre los reclusos presentes hay vínculos fácticos y jurídicos, por lo que se configuraría el interés colectivo; b) entre los reclusos actuales y los que en el futuro ingresarán, no hay vínculo jurídico de ningún tipo, ni siquiera una relación jurídica base que sirviera como puntal suficiente para suponerlo; no obstante, el vínculo jurídico es inminente a corto plazo, así como también la persistencia del daño; c) el operador jurídico deberá procurar en el caso concreto, el vínculo fáctico existente entre reclusos presentes y futuros. Admitimos que el tema de si se encuentran vinculados por circunstancias de hecho, podría llegar a admitir dos lecturas. La relevancia práctica de este punto radica en que de no haber vínculo fáctico, no se configuraría el interés difuso.

IV) VÉSCOVI y sus colaboradores explican que "*...la doctrina más recibida considera que quienes componen el interés difuso, se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad...*"⁵⁸. Sin embargo, cuando estamos ante intereses individuales homogéneos compuestos por la sumatoria de derechos presentes y futuros, su naturaleza indivisible es cuestionable. La lesión sufrida por uno de los interesados no necesariamente implicará que otro la sufra posteriormente. Así, anomalías en el dictado regular de determinados cursos pueden afectar a un cierto grupo de estudiantes, pero no necesariamente afectarán de modo directo a quienes adquieran la calidad de tales en un futuro. Aunque potencialmente sí lo harán. De igual modo, esta vez considerando el caso de los reclusos, la satisfacción del interés de uno, no necesariamente constituirá la de todos (p.ej.: por falta de recursos, podría aplicársele solamente a un grupo de

periodista del Diario "EL PAÍS".

56 ¿Y por qué no la de un derecho civil o político?

57 Nos cuenta RAMÍREZ JIMÉNEZ que "*...en el Perú se ha dado el caso de leyes que modificaron la fórmula de cálculo de las pensiones de jubilación y que motivaron la interposición de otras miles de demandas...*". En este caso, se estaban afectando los derechos de seguridad social, ejemplos típicos de DESC. Finaliza el autor resaltando que "*...la necesidad de estructurar un marco de actuación para la tutela eficaz de esta categoría de derechos individuales homogéneos, así como la defensa de los intereses difusos y colectivos, constituyen la justificación de la adopción de una ruta procesal que ha comenzado a merecer mayor atención, buscando la estructuración de un nuevo procedimiento, adecuando sus estructuras para que permita la intervención idónea de esa categoría, clase o grupo en la jurisdicción...*". Ob. Cit. Pág. 267.

58 IBIDEM. PÁG. 364-365.

ellos un régimen de redención de pena por trabajo o estudio; así, habría una satisfacción parcial del interés, ya que quienes quedaran por fuera de estos programas continuarían viendo vulnerados sus derechos). Pues bien: estas situaciones no podrían subsumirse dentro del concepto clásico de interés difuso o interés colectivo.

V) Explica TAMPÉREZ que “...la tutela de estos derechos en tanto derechos que configuran pretensiones procesales absolutamente individuales, nunca ha estado en falta. El sistema procesal de derechos individuales y la clásica teoría del proceso, con altibajos, siempre han brindado instrumentos procesales idóneos para hacer efectivos estos derechos materiales individuales, a los que el Código Modelo “colectiviza”, tomando como base su origen común. Este origen común es lo único que permite la defensa colectiva porque, como es evidente, cada titular de una pretensión individual va a presentar diversas peculiaridades en relación con lo que reclama. De acuerdo con el Código Modelo, estas peculiaridades deben ser materia de conocimiento en una etapa denominada “liquidación de sentencia”...”⁵⁹.

VI) Esto demuestra que el Código Modelo de Procesos Colectivos fue concebido desde una doble perspectiva: desde los Derechos Humanos de tercera generación y desde lo monetario. Claramente, los codificadores no concibieron las soluciones para casos como el de los reclusos, por aquello de que *prima facie* no nos imaginamos procesos colectivos que tengan por objeto la protección de DESC⁶⁰.

VII) Como explica RAMÍREZ JIMÉNEZ, “...en el caso de los derechos individuales se perfila una situación excepcional, claramente explicable por la naturaleza ontológicamente individual de dicha categoría, aunque coyunturalmente colectiva, como se tiene dicho. El código admite la posibilidad de que accione individualmente cada afectado, a fin de reclamar las indemnizaciones a que tengan derecho, haya o no prueba nueva respecto al derecho de fondo discutido...”⁶¹.

4. TUTELA PREVENTIVA Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Cabría preguntarse si podría el tribunal que estuviese entendiendo en un proceso como el descrito resolver sobre virtuales daños futuros, aún cuando la parte actora no lo hubiere solicitado. El quid de la cuestión estaría en determinar si la consideración de los mismos, constituiría una introducción oficiosa de cuestiones de hecho por completo extrañas al litigio. Nuestra opinión- en base a la concepción preventiva del Derecho Procesal que compartimos- es que no, por lo que el tribunal estaría habilitado para hacerlo. Veamos las diferentes posiciones doctrinarias

Señalan SIMÓN y sus colaboradores, “...esta tesitura podría llegar a configurar excesos...el juzgador rebasaría el límite impuesto por la situación jurídica que lo rige, la jurisdicción, con sus características notas de ajenidad, imparcialidad e independencia, y el proceso, lejos de ser un instrumento para la efectividad del Derecho sustancial, podría transformarse en un menoscabo...al demandado, que se defendió en base a una postulación distinta a la que es considerada en la sentencia...”⁶².

Apunta PEYRANO que “...otra peculiaridad que puede darse en el terreno de las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales es la presencia de la operatividad de lo que se ha dado en llamar “flexibilización de la congruencia”... el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores...No puede extrañar, pues, que

59 Ob. Cit. Pág. 293.

60 Expresa RAMÍREZ JIMÉNEZ que “...antes de la aprobación del Código Modelo, lo que ha existido en nuestros países son leyes dispersas que regulan aspectos específicos de incidencia colectiva, en especial, las leyes referidas a la protección de los derechos de los consumidores y a la problemática sindical; posteriormente, se han agregado las leyes vinculadas a la preservación del medio ambiente. El caso es que, como ya se ha dicho, los derechos de incidencia colectiva no se agotan en la dicotomía de derechos difusos y colectivos propiamente dichos, pues ya tiene carta de ciudadanía la categoría de los “derechos individuales homogéneos”, especialmente útil para la protección de aquellos casos en que el daño individual puede ser de mínima cuantía, pero que colectivamente se constituyen en objeto de un reclamo importante. Se trata, pues, del acceso a la justicia de un conglomerado humano, no del individuo, quien, como bien sabemos, tiene garantizado el acceso por su sola condición de tal...”. Ob. Cit. Pág. 267. En el caso de los DESC, si bien en términos monetarios los daños pueden no llegar a ser de gran cuantía, cualitativamente las violaciones resultan inmensas. Y además de todo, el daño sufrido por cada individuo siempre resultará suficiente como para que se recurra a la Justicia.

61 Ob. Cit. Pág. 280.

62 SIMÓN, Luis M, LABAT, Santiago, TAULLARD, Alfredo, “Justicia Civil y congruencia”, en Revista de Derecho Procesal N°2, Año 2007, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Pág. 139. Concluyen estos autores que “...si bien cabe admitir al tribunal la posibilidad de determinar libremente las consecuencias jurídicas correspondientes a la plataforma fáctica que solamente las partes pueden introducir, resulta esencial que en esa determinación no se actúe de modo tal que se alteren las garantías de defensa, fallando sobre una modalidad de la pretensión que no fue objeto de debate, prueba ni estrategia procesal, o que se afecten los derechos sustantivos que pudieron haberse hecho valer si la pretensión hubiera sido incoada en la forma en que es “recogida” por el tribunal...”. Pág. 141.

*ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso...*⁶³.

No obstante compartir en términos generales la regla formulada por SIMÓN, creemos que la misma admite excepciones fundadas en el más profundo sentido de la igualdad jurídica material, que no es otro que tratar desigual a quienes son desiguales. Consecuentemente, creemos que en procesos en los que se deduzcan pretensiones en defensa de intereses supraindividuales o intereses individuales homogéneos que tengan por objeto la protección de uno o más DESC y el demandado sea el Estado, los principios de tutela efectiva y paz social deben prevalecer por sobre el principio dispositivo⁶⁴. Brindar mayores garantías a los ciudadanos y mayores potestades de contralor a los tribunales⁶⁵ resulta imprescindible en casos como estos, ya que de lo contrario-bajo una interpretación rigurosa del principio de congruencia- podría darse cobijo a injusticias perpetradas por las maquinarias burocráticas y corporativistas del Estado, las cuales están dotadas de bastantes poderes (de hecho y de derecho) en nuestras sociedades⁶⁶.

Ahora bien, una utilización poco cautelosa de la tesis que acabamos de presentar podría arrastrarnos a resultados no deseados, que terminarían desvirtuando su espíritu garantista. Por ello, se torna necesario señalar de modo diáfano sus límites. Ellos serían:

A) Factibilidad de la producción del daño. El juez valorará las pruebas aportadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las cuales le permitirán determinar cuán factible el daño es. Resulta necesaria la existencia de un peligro de daño objetivo Sería una especie de FUMUS EVENTUS DAMNI o “humo de evento dañoso”.

B) Invariabilidad en el corto plazo de la situación ilícita potencialmente dañina. El tribunal deberá demostrar a través de parámetros objetivos de razonamiento, que la situación ilícita potencialmente dañina no cambiará en el corto plazo. Por ejemplo, en el caso de los futuros reclusos, parámetros objetivos de razonamiento indican que las pésimas condiciones de los establecimientos carcelarios, no variarán sustancialmente de un momento para otro, por lo que existiría la presunción simple de que todo el que ingrese a un centro de reclusión, verá vulnerados sus derechos a la salud y/o a la educación, entre otros.

Dicen VÉSCOVI y sus colaboradores que “...en las hipótesis de intereses difusos no existiría una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, sino más bien una **situación mucho más fluida**...”⁶⁷. MORELLO y STIGLITZ completan la idea expresando que “...la sentencia beneficiará no solo a los miembros de la agrupación legitimada (como sucede en los intereses colectivos) sino además a la de otros **centros similares de afectación**...”⁶⁸. A la luz de estas aseveraciones, cabe realizarnos estas tres preguntas: A) ¿Cuán imprecisos pueden llegar a ser los límites del grupo indeterminado de personas? B) ¿Hasta dónde llega el índice de fluidez de la comunidad de personas genéricamente organizada e identificable? C) ¿Hasta dónde se extienden esos otros centros similares de afectación?

Hagamos el siguiente razonamiento, para descubrir sus debilidades y arrancar de raíz interpretaciones erróneas. *¿Es concebible la existencia de derechos sin que exista actualmente un titular de los mismos, aunque tengamos la certeza de que éste virtualmente existirá en un futuro más o menos inmediato?* Podría

63 PEYRANO, Ob. Cit. Págs. 85-86.

64 Dice RAMÍREZ JIMÉNEZ que “...alienta que sea así, pues hoy se aprecia la enorme dificultad que existe para la ejecución de las sentencias en el proceso individual clásico. Bien sabemos que la crisis de cooperación genera el conflicto, el que sólo puede ser resuelto con intervención del juez como tercero imparcial y a través del proceso... Ahora bien, cuando el conflicto se relaciona con la protección de los derechos del consumidor o la tutela del medio ambiente, la intervención del juez se hace más necesaria, como también la real efectividad de sus decisiones, dada la envergadura social de la protección que otorga...”. Resulta claro que en casos que involucren DESC, la participación del juez se encuentra más que justificada, en tanto autoridad encargada de velar por el respeto de tan importantes derechos. Agrega el citado autor que “...la carga del tiempo del proceso sólo afecta al demandante; casi nunca al demandado... Por ende, que el Código Modelo haya recogido un instrumento tan valioso como la tutela jurisdiccional anticipada, es indicativo de su interés por una justicia eficaz, satisfactoria, en el sentido de ser una anticipación de tutela sobre el fondo de la materia controvertida...”. Ob. Cit. Págs. 273-274.

65 Apoyados en el principio de separación de poderes.

66 En contrario, SIMÓN expresa que “...Los principios de tutela efectiva, pronta y eficiente administración de justicia, y paz social, no pueden privar sobre el principio dispositivo y su corolario de la regla del due process of law en el proceso civil y su vulneración implica un menoscabo, que sería inadmisibles en un sistema democrático republicano de justicia, pues en último grado de análisis... se abandonarían por el tribunal el rol imparcial para asumir prerrogativas propias de las partes, afectándose la igualdad e incluso los posibles derechos sustantivos de los litigantes... ello porque la paz social no puede ser considerada la finalidad inmediata del proceso, sino su efecto, esto es, la consecuencia que el Derecho Objetivo imputa a la sentencia como instrumento para la satisfacción de la pretensión o eliminación de la insatisfacción jurídica...”. IBIDEM. Pág. 142.

67 IBIDEM. Pág. 74.

68 MORELLO, A., y STIGLITZ, G., “Hacia un ordenamiento jurisdiccional de los intereses difusos”, JA, t. 1985- IV, “Secc. Doctrina”, pág. 660.

sostenerse que la *fluidez* de situaciones como las de comunidades de personas genéricamente organizadas e identificables, así como la *imprecisión de sus límites*, llevaron a jueces como la Doctora CABRERA, a consagrar la justiciabilidad de DESC que aún no han nacido, ni se conoce su titular.

Analizar el caso desde esa perspectiva, es un error. Sabido es que los Derechos Humanos tienen como fundamento último la dignidad humana. Desde el momento que somos sujetos de derecho, nos convertimos en titulares de los mismos. Sucede que, mientras no sean violados, no nos preocupamos por protegerlos. Ergo, las preguntas que cabrían formularse serían las siguientes: **¿es posible dictar una sentencia definitiva basándose en futuras transgresiones a los DESC? ¿Es posible dictar una sentencia definitiva basándose en daños aún no acaecidos?** El artículo 11.3 del Código Procesal Civil Modelo expresa que *"el interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando éste no haya sido violado o desconocido..."*. Creemos que no otra cosa significa el acogimiento de la demanda planteadas por los letrados que buscaban defender los derechos de los que en el futuro ingresarán al sistema penitenciario. Si bien ellos no serán violados hasta el momento en que se produzca su ingreso al centro de reclusión, podría reclamarse por futuras vulneraciones como forma de intentar prevenirlas; haber acogido la sentencia, significa reafirmar el siguiente mensaje: es posible acudir a la jurisdicción a reclamar el respeto de derechos que aún no han sido violados. Resaltamos que la sentencia obtenida por los abogados del caso narrado no fue meramente declarativa sino que, por el contrario, fue de condena⁶⁹.

Con criterios de protección de amplio espectro como los sugeridos, los defensores acérrimos de los Derechos Humanos estarán de parabienes. Pero, ¿cuál será la opinión de los demandados en esos casos? ¿Cómo explicarles que se los juzga-y eventualmente condena- por daños que **quizás** le produzcan en un futuro a determinados sujetos que ni siquiera saben quiénes son? Lo relatado, no es otra cosa que una manifestación- en sede de intereses difusos- del proceso de expansión que están viviendo los institutos procesales de tutela anticipada, la cual, de acuerdo a lo explicado- también puede darse a través de sentencias definitivas.

Finalmente, debemos resaltar que, tanto el art. 53 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, como el art. 42 del Código Procesal uruguayo, establecen que *"en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que PERTENEZCAN a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido"*.

Vemos pues, que estos dos cuerpos normativos exigen que los derechos *pertenezcan* a los interesados. De modo que podría sostenerse que si el sujeto por el que se pretende incoar el proceso en defensa de intereses difusos no existe, difícilmente los derechos le puedan *pertenecer*. Cuando se trata de futuros reclusos, estudiantes o pacientes, la dilucidación del tema podría dar lugar a cuestionamientos como los referidos. Porque si bien es cierto que éstos sujetos son susceptibles de derechos y obligaciones desde su nacimiento, no tendrán de antemano los mencionados status (preso, alumno, paciente). En consecuencia, no resultaría descabellado que alguien alegara que el respeto a los derechos al trabajo, educación y salud en centros de reclusión, hospitalarios o educativos, les correspondería siempre y cuando tuvieran la calidad de reclusos, pacientes o estudiantes. De esa forma, podría intentarse hacer valer la ausencia de interés de los que no se ajustan hoy a las situaciones descritas, pero que potencialmente lo harán en un futuro.

Pues bien: una interpretación piedeletrista, nos conduciría a que para iniciar procesos en defensa de intereses difusos, fuera necesario que los derechos que se pretendan defender, pertenezcan a sus titulares de modo efectivo y actual. Sucede que esta regla no sólo podría regir para cuestiones judicializadas a través de procesos en defensa de intereses difusos que tuvieran como trasfondo la custodia de DESC, sino también para asuntos que tuvieran como objeto la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-cultural. Esto porque, muchas veces, se invocan ante los tribunales como derechos de los integrantes las nuevas generaciones, el derecho a un medio ambiente sano o a la conservación del patrimonio histórico. Admitimos que en este caso es más discutible su existencia. Si no han nacido aún, ¿son los integrantes de las futuras generaciones sujetos de derechos? ¿Es su interés potencial o actual?⁷⁰. Vista desde la perspectiva de los derechos de

69 El dispositivo fue el siguiente: "...Ordénase al Estado, Poder Ejecutivo, Ministerio del Interior, que en forma inmediata, conforme a lo dispuesto por el art. 9 literal c) de la ley 16.011: 1) Disponga la eliminación como centro de reclusión de los módulos metálicos del Penal de Libertad, lo que deberá efectivizarse en el plazo máximo de 120 días; 2) Disponga las medidas necesarias para eliminar el hacinamiento carcelario en los centros de reclusión que padecen superpoblación, lo que deberá efectivizarse en un plazo máximo de 8 meses. 3) Disponga la separación de los procesados y de condenados en todos los establecimientos del país, lo que deberá efectivizarse en el plazo máximo de 8 meses..."

70 Señala MARTÍN MATEO que *"...el rasgo más novedoso del Derecho Ambiental es el cambio de sujeto. Los ordenamientos contemporáneos giran en torno al individuo físico, titular de derechos, al que se garantiza constitucionalmente el disfrute de los inherentes*

tercera generación, la consideración de este tema hasta podría llegar a poner en crisis uno de sus sistemas de protección, en el sentido de que, reiteramos, la ley exige en este artículo pertenencia actual del interés.

5. EXTENSIÓN DE LA COSA JUZGADA⁷¹

Cabe destacar lo acertado de la solución de la Jueza CABRERA, así como también del planteo de los demandantes, previniendo violaciones futuras a los DESC de un grupo indeterminado de personas. Cabría cuestionarnos si en el caso los letrados no hubieran demandado por los intereses de los reclusos futuros, podrían ellos de cualquier manera cobijarse en la sentencia dictada, virtud de sus efectos. Recordemos que la extensión *in utilibus* es el modelo elegido por los codificadores.

Si bien no lo hace desde la perspectiva de los futuros interesados, explica GIDI que “...una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efector obligatorios **ultra partes**, más allá de las partes. El carácter *erga omnes* de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva. Una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal destruye la esencia fundamental del proceso colectivo. Así, la doctrina de la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva...”⁷². Y LANDONI SOSA agrega que “...si la provisión jurisdiccional resultante de la acción en defensa de derechos individuales homogéneos no es tan eficaz como aquella que derivaría de las acciones individuales, la acción colectiva no se demuestra útil para la tutela de los referidos intereses, ni se caracteriza como la vía adecuada para su protección...”⁷³.

En nuestra opinión, los efectos *ultra partes* de estas sentencias, alcanzan también a los futuros interesados. Reconocemos que el asunto es discutible, y si estos desarrollos son el punto de partida para una interesante discusión por parte de quienes tienen mayor dominio del tema que el que puede tener un grupo de estudiantes, nos alegraremos profundamente.

SECCIÓN IV CONSIDERACIONES FINALES

1. TUTELA ANTICIPADA: EN BÚSQUEDA DEL JUSTO MEDIO.

Sostiene RAMÍREZ JIMÉNEZ que “...la visión clásica de tutela no puede seguir sin reformarse. Tutela, previo conocimiento exhaustivo, es insensata, pues no todos los casos de la vida pueden esperar. Una tutela esencialmente represiva, que no busca evitar el daño, deja de lado casos humanamente inaceptables. Un proceso que reclama instancia plural, siempre con carácter suspensivo, alienta la dilación procesal. El proceso plenario como único instrumento procesal al servicio de la justicia es una posición sincretista, obsoleta, desconectada de la realidad. La exigencia de la hora actual reclama el tipo de respuesta propuesto por el Código Modelo. La nueva concepción del proceso descansa más que en su instrumentalidad, en su efectividad, pues hay conciencia de que tanto las personas como los bienes que proteger merecen tratamiento diferenciado; es decir, una tutela urgente reclama un proceso diferenciado...”⁷⁴.

a su condición de persona socialmente contratante. Pero los protagonistas del Derecho Ambiental aún no han nacido y puede ser que no tengan probabilidad de hacerlo nunca si alteramos sustancialmente la biosfera...”. MARTÍN MATEO, Ramón, “La Revolución Ambiental Pendiente”, Universidad de Alicante, 1º Edición Online, 1999, Pág. 19

71 Expresa RAMÍREZ JIMÉNEZ que “...La discusión es en torno a si la inmutabilidad de la cosa juzgada debe alcanzar o no a quienes no han participado en el proceso, incluso cuando es probable que ni siquiera hayan sabido de su existencia... Si la cosa juzgada tiene un efecto *erga omnes* “relativo”, como se ha visto, nada impedirá que se sucedan reclamaciones una y otra vez, con base en nuevas pruebas que pueden parecer inagotables, sin que la cosa juzgada llegue nunca, lo cual afecta a la parte emplazada y a la seguridad jurídica. Por otro lado, en el caso de los derechos individuales homogéneos se producirán tantos procesos individuales cuantos ciudadanos se vean obligados a demandar la ineficacia de la sentencia negativa a sus derechos, con lo cual por esta vía se habrán multiplicado los procesos a título individual, los que se querían evitar, principal razón para impulsar la regulación de los procesos colectivos. La relativización de la cosa juzgada no debiera ser tan abierta. Habría que procurar un límite a cualquiera de dichas variables, porque de lo contrario incurriremos en el dispendio de la actividad jurisdiccional que se quería evitar...”. Ob. Cit. Págs.279- 280.

72 GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil”, Ciudad de México, UNAM, p. 98-99.

73 LANDONI SOSA, Ángel, “Análisis del Anteproyecto de Código Modelo para los procesos colectivos en Iberoamérica” en “La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, Ciudad de México, Porrúa, 2003. Pág. 389.

74 Ob. Cit. Pág. 277.

Enseña BERIZONCE que "...el sistema de justicia asienta en la lógica del garantismo y de la eficiencia, que se logra al cabo de un proceso pleno; de ahí que el legislador debe sopesar sesudamente los riesgos sesudamente los riesgos inherentes a la amplificación de las soluciones provisionales y coyunturales vis a vis el imperativo de seguridad, aún concebida como una seguridad dinámica, y la paralela garantía constitucional del debido proceso... No obstante, con todas esas seguridades y salvaguardias, es lo cierto que los mecanismos de tutela procesal diferenciada tienen ya ganado un lugar preponderante en la experiencia de nuestros sistemas procesales. Es deber de los juristas contribuir a su perfeccionamiento, para que brinden la utilidad que el anhelo de una más efectiva prestación jurisdiccional exige. De ahí la conveniencia de legislar sobre las medidas en cuestión, previendo expresamente cuáles son los derechos que autorizan la tutela diferenciada, sus presupuestos, pruebas, trámites, recursos, efectos ejecutorios, modificación, responsabilidad por exceso y demás aspectos implicados..."⁷⁵.

Por nuestra parte, creemos que, debido a los riesgos que acarrea, la tutela anticipada debe ser la excepción ante el proceso de mayores garantías, debiendo limitarse su utilización para casos límite, en los que estén en juego DESC. En el adecuado equilibrio de esta cuestión radica el éxito de la solución.

2. EL PROCESALISMO IBEROAMERICANO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LAS GLOBALIZACIONES JURÍDICAS.

En los tiempos que corren, comúnmente empleamos el término *globalización*. Pero, ¿llegamos a comprender cabalmente su significado? Explica GRÜN-con mucho de humor negro- que "...el mejor ejemplo lo tenemos en el caso de la Princesa Diana: se trata de una ex Princesa Británica, con un novio egipcio, que usa un celular sueco, que choca en un túnel francés, en un auto alemán, con motor holandés, manejado por un conductor belga, que estaba excedido de whisky escocés. A ellos les seguía de cerca un paparazzi italiano, en una motocicleta japonesa..."⁷⁶.

Estamos convencidos de que el Derecho no puede aislarse del proceso de globalización que vive hoy el planeta. Las *globalizaciones jurídicas* son una realidad. Y si hay algo que ellas han traído consigo, eso es, ciertamente, el pensar las estructuras jurisdiccionales en clave de Derechos Humanos. Así como es lugar común afirmar que estamos inmersos en la *sociedad de la información*, creemos que también lo estamos en la *sociedad de los Derechos Fundamentales*. O al menos, es allí donde decimos- o pretendemos- estar.

Apunta BARBOSA MOREIRA que "...la comunidad cultural explica el hecho de que sea igualmente común a los países latinoamericanos una serie de preocupaciones e inquietudes respecto del funcionamiento, que está lejos de ser satisfactorio, de nuestros sistemas judiciales. Muchos de nosotros estamos intentando hacerlos avanzar hacia un régimen de prestación jurisdiccional más rápido y más eficaz; y propuestas muy parecidas surgen en los más distantes rincones de Latinoamérica. Se trata de forjar nuevos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales consagrados en nuestras constituciones; de asegurar a los más carentes el acceso efectivo a la justicia; de remediar la excesiva demora de los pleitos con técnicas anticipatorias de los efectos de las sentencias..."⁷⁷.

En la misma línea, STÜNER escribe que "...una de las temáticas centrales de la sociedad impersonal moderna y de la idea del estado de bienestar social es el acceso del ciudadano a los tribunales. No basta con tener la simple posibilidad teórica de recurrir a los tribunales, el acceso a la justicia debe ser practicable y debe tener sentido..."⁷⁸. Creemos que la judicatura debe contribuir hoy, como nunca antes, a forjar las transformaciones políticas y sociales de nuestro tiempo; claro que siempre ejerciendo un estricto autocontrol para evitar ser ganada por impulsos individualistas que acaben desvirtuando su tan noble misión⁷⁹.

75 BERIZONCE, Roberto, "La tutela anticipatoria en los procesos colectivos", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas", Universidad de Lima, 2008, Lima, pág. 322.

76 GRÜN, Ernesto, "Las globalizaciones jurídicas", en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 36, No. 105, Medellín, 2006, Págs. 323 a 339.

77 BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Proceso y Cultura latinoamericana", en RUDP N° 1/2003, FCU, Montevideo, 2003, págs. 11-12.

78 STÜNER, Rolf, "Derecho Procesal y Culturas Jurídicas", en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 36, No. 105, Medellín, 2006, Págs. 323- 339.

79 En un muy recomendable trabajo, Andrés de la OLIVA SANTOS afirma que "...La administración de justicia... no se encuentra herméticamente separada de la sociedad a la que sirve... ¿Qué clase de sentencias y resoluciones pueden emanar de jueces y magistrados inmersos en un entorno con una mentalidad socialmente dominante de desapego al rigor intelectual y de superlativa inclinación a lo que individualmente parezca conveniente?... ¿Puede florecer en los tribunales una genuina atención a los argumentos de los consejeros jurídicos de los litigantes? ¿Cómo esperar que, de no ser compartidos esos argumentos, reciban razonada y cumplida respuesta?...". OLIVA SANTOS, Andrés de la, "El "factor humano" en la Justicia (hablando claro sobre el tópico "Justicia y Sociedad")", Revista IUS ET PRAXIS, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 12, Número 2, 2006, Talca, Págs. 255-258.

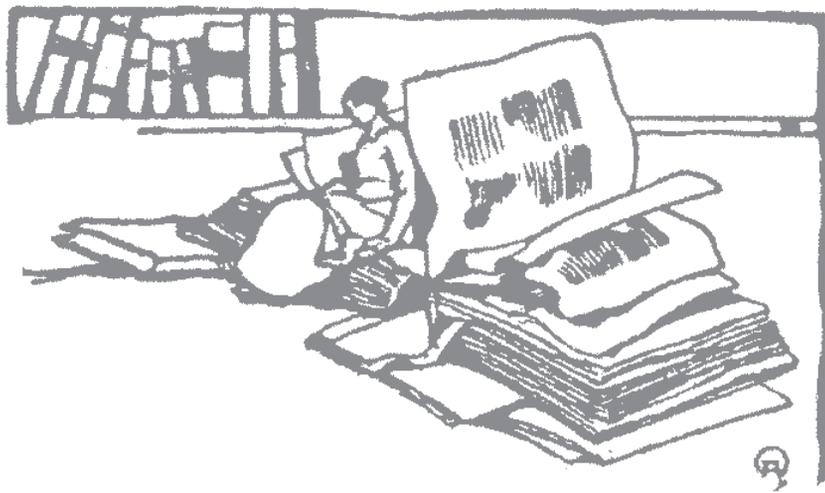
Que vivimos en un tiempo complejo, es cierto. Que ello nos obliga a asiduamente repensar la sociedad y el Derecho, también. En lo atinente a esta rama, creemos que el procesalismo iberoamericano debe procurar soluciones armónicas sin dejar de considerar los particularismos de cada Estado. De modo natural, las similitudes de nuestras sociedades tienden a generar una homogeneización del pensamiento jurídico y, como resultado de ello, una convergencia hacia una cultura procesal común. Tanto el Código Procesal Civil Modelo como el recientemente aprobado Código Modelo de Procesos Colectivos⁸⁰, son algunos ejemplos de ello. Aunque es necesario que los trasplantes se realicen de manera responsable. Si bien nuestros ordenamientos jurídicos están bien encaminados, aún queda mucho por delante. Sabemos que la base del Derecho Procesal es evolutiva y cambiante, por lo que si este estudio contribuye un ápice en dar a algún lector una visión más amplia de lo que está ocurriendo en materia de protección de los Derechos Fundamentales en nuestro continente, nos daremos por satisfechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ARCOS, Luiz Stella, "Derecho al Desarrollo", Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 38, N° 108, 2008, Medellín, Págs. 167- 185.
- ATRIA, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- BARBAGELATA, Héctor Hugo, "Tendencias de los Procesos Laborales en Iberoamérica", Revista Facultad de Derecho UDELAR, N° 21, 2002, Págs. 27- 43.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "Proceso y Cultura latinoamericana", en RUDP N° 1/2003, FCU, Montevideo, 2003, págs. 11-12.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "La significación social de las reformas procesales", en RUDP N° 4/2004, FCU, Montevideo, 2004, págs. 343-350.
- BAZÁN, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, Año 11, 2005, Págs. 547- 583.
- BERIZONCE, Roberto, "La tutela anticipatoria en los procesos colectivos", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas", Universidad de Lima, Lima, 2008, págs.311-322.
- CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Exp. N°: 03-1254; y, 03-1308, JECR en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1582-120603-03-1254%20.htm>
- CASAL, H, Jesús María, "Las restricciones al Velo Islámico. Neutralidad Estatal y DDHH", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Tomo 2, Año 2007, Págs. 13-33.
- CASTRO RIVERA, Alicia, "Los derechos humanos económicos, sociales y culturales", en Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay, N° 4, 2007, Montevideo, pág. 159-171.
- DEL CARRIL, Enrique, "Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 8, 2007, Piura, págs. 227-247
- Diccionario ONLINE de la Real Academia Española. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicialización. Consultada el 30 de Abril de 2009. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicializar. Consultada el 30 de Abril de 2009.
- FEDERICI, Mario F. "Gobernabilidad Democrática y Estado de Derecho frente a las emergencias económicas y sociales", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Volumen 5, 2003, Págs. 19 a 57.
- FERRADA BÓRQUEZ, "Los derechos fundamentales y el control constitucional", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, 2004, Santiago de Chile, págs. 113-137.
- FERRER, Alicia, OLIÚ, Alfredo, "El derecho a la salud y su real ejercicio en los estados de emergencia", Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Volumen 5, 2003, Págs. 211-223.
- GRÜN, Ernesto, "Las globalizaciones jurídicas", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 36, No. 105, Medellín, 2006, Págs. 323- 339.

80 En la exposición de motivos, se reconoce la necesidad de "...tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales de cultura jurídica común. El Código-como su propia denominación dice-debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo..." (énfasis agregado), en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N°9, 2006, pág. 255.

- LABAT, Santiago, "Procesos regulados por la ley 17.940 de protección de la actividad sindical", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 3, 2005, págs. 543-552.
- LANDARÍN, Wenceslao, "Legitimación Activa en los procesos previstos para la protección de la Libertad Sindical", Revista Jurídica Regional Norte, Año 3, N° 3, 2007, FCU, Págs. 229- 248.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson, "Estudio sobre la aplicación jurisprudencial de la Ley de Fuero Sindical", en Revista de Derecho y Tribunales, N° 8, 2008, AMF, Págs. 153-162.
- MAIORANO, Jorge Luis, "El defensor del pueblo en América Latina: necesidad de fortalecerlo", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XII 2001, Santiago de Chile, págs. 191-198.
- MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina, "O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais", Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal), Año XI, N° 37, 2007, Brasília, págs. 14-24.
- MORELLO, Augusto M., "Apuntes sobre el Derecho Procesal Civil en la primera parte del Siglo XXI", en Revista de Derecho Procesal N°2, Año 2007, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, págs. 413-440.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, "El "factor humano" en la Justicia (hablando claro sobre el tópico "Justicia y Sociedad")", Revista IUS ET PRAXIS, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 12, Número 2, 2006, Talca, Págs. 255- 264.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada", en "Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi", 1° Edición, FCU, 2000, Montevideo, págs. 313-342.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, "Panorama de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de DDHH", Revista de Derecho Público, Número 17, Año 2000, FCU, Págs. 59- 85.
- PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", 1° Edición, LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2004.
- PEYRANO, Jorge W. "La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar", en "Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi", 1° Edición, FCU, 2000, Montevideo, págs. 585-590.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, "El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas", Universidad de Lima, Lima, 2008, págs. 265-284.
- RASO DELGUE, Juan, "Impacto de la ley de fuero sindical en las relaciones colectivas de trabajo", Revista de Derecho y Tribunales N° 1, Año 2006, AMF. Pág. 121-147.
- SAGÜES, Néstor Pedro, "Estado social de derecho y derechos imposibles", en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 6, 2005, Piura, págs. 159-172.
- Sentencia N° 41/2009 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno de la República Oriental del Uruguay.
- SIFUENTES, Mónica, "Direito da Educação e Função dos Juízes", Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal), Año IX, 2005, Págs. 5-13.
- SIMÓN, Luis M, LABAT, Santiago, TAULLARD, Alfredo, "Justicia Civil y congruencia", en Revista de Derecho Procesal N° 2, Año 2007, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, págs. 121-143.
- STRECK, Lenio Luiz, "La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales", Revista de Estudios Jurídicos, N° 2, 2006, UCUDAL, Págs. 7 -51.
- STÜNER, Rolf, "Derecho Procesal y Culturas Jurídicas", en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100015&script=sci_arttext.
- TAM PÉREZ, José, "Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva", en "Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas", Universidad de Lima, Lima, 2008, págs. 285-297.
- URIOSTE BRAGA, Fernando, "En torno a los derechos culturales", Revista de Estudios Jurídicos, N° 5, 2008, UCUDAL, págs. 221- 244.
- VAN ROMPAEY, Leslie, "El rol del Juez en la Sociedad Moderna", en Revista de Derecho Público N° 34, FCU, 2008, Montevideo, págs. 13-33.
- VAN ROMPAEY, Leslie, "Justicia y Sociedad", en Revista La Ley Uruguay, N° 1, La Ley, 2008, Montevideo, págs. 1-4.
- VÉSCOVI, Enrique, "El servicio de Justicia y su modernización en el Derecho Comparado en Iberoamérica y en Uruguay", en Revista de Técnica Forense N° 4, ITF/FCU, 1994, Montevideo, págs. 55-63.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

El estatuto jurídico del cigoto: ¿persona o cosa? de Santiago Altieri por Carlos E. Delpiazzo

Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano. Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo de la Junta de Castilla y León por Carlos E. Delpiazzo

El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica. Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo de Jaime Rodríguez Aarana Muñoz, Víctor Leonel Benavides Pinilla, Javier Ernesto Sheffer Tuñón y Miguel Angel Sendín García por Carlos E. Delpiazzo

Acceso a la información pública: pilar fundamental del buen gobierno de Laura Nahabetián por Carlos E. Delpiazzo

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL CIGOTO: ¿PERSONA O COSA?

SANTIAGO ALTIERI
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO,
MONTEVIDEO, 2010, 160 PÁGINAS

La lectura de un libro de cara a su presentación siempre genera una especial relación entre el lector y la obra y, a través de ella, con su autor.

En tal sentido, en el caso del “Estatuto jurídico del cigoto” del Dr. Santiago Altieri quiero comenzar con dos evocaciones resultantes de su lectura:

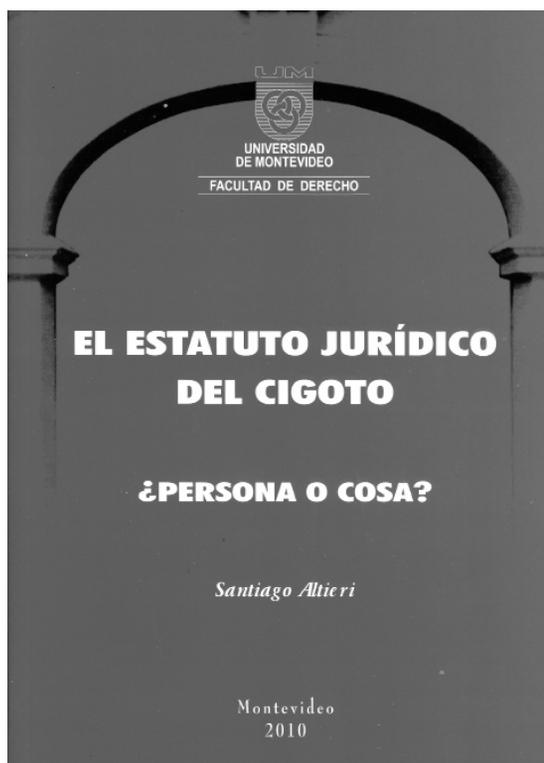
- a) la primera se remonta al lejano año 1970, en el cual, durante el curso de Derecho Civil 1º, el recordado Dr. Nelson Nicoliello -destacado Juez y docto Maestro- nos encargó escribir sobre “El estatuto jurídico del nasciturus”, obligándonos a reflexionar en el momento mismo del ingreso a la Facultad de Derecho acerca de la cuestión del comienzo de la personalidad en nuestro Derecho; y
- b) la segunda tiene que ver con el contenido mismo del libro en tanto el mismo explica lo que uno intuye y aporta argumentos para confirmar esa intuición natural.

Ambos aspectos han generado en mí una particular vinculación con la obra y con su autor, que motiva desde ya un agradecimiento por su aporte.

II

Ingresando a la consideración de la obra en sí misma, cabe señalar que ella está compuesta de dos Partes claramente diferenciadas, precedidas de una Introducción y epilogadas con unas Conclusiones que resumen acabadamente (en 12 puntos) el contenido de todo el libro.

La Parte I, que consta de un capítulo, está dedicada a la “Base fáctica de la concepción humana”, expli-



cando cómo la Biología aporta categórica información para la definición del cigoto y para resolver el dilema implicado en el subtítulo de la obra, en el sentido de que no se trata de una cosa sino de una persona.

La Parte II, bajo el título de “Estatuto jurídico del cigoto. Análisis jusfilosófico”, confronta los conceptos filosófico (capítulo 2) y jurídico (capítulo 3) de persona, indagando en la relación entre ambos (capítulo 4) y dedicando el capítulo 5 -el más extenso del libro- a la consideración del cigoto como persona para el Derecho. En el corolario de este último capítulo, el autor anuncia su propósito de “desarrollar un trabajo más extenso y detallado en el que analizaré con más detenimiento las disposiciones normativas de ordenamientos jurídicos concretos referidas al estatuto jurídico del cigoto”.

Es de desear que ese propósito se concrete en un compromiso, que desde ya todos aguardamos con singular expectativa que el Dr. Santiago Altieri cumpla a la brevedad.

III

Uno de los principales desafíos que se presenta a quien hace la recensión de una obra difícil y medulosa

como la que se comenta, es motivar a su lectura y no sustituirla.

Por eso, quiero detenerme especialmente en lo que señala el autor en la Introducción, cuando dice que “el eje central en torno al cual giran los demás conceptos es el tema de la persona humana y su dignidad”.

Tal afirmación tiene, para un cultor del Derecho público como quien habla, una especial significación a la luz de los arts. 7 y 72 de la Constitución y del llamado “neoconstitucionalismo” que en nuestros días se erige como una nueva etapa del Estado de Derecho, centrada justamente en la persona, desde su concepción hasta su muerte natural.

IV

Por un lado, desde la perspectiva de nuestra Carta política, como ya tuve oportunidad de señalarlo años atrás ¹⁽¹⁾, “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida” (art. 7^o) y “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son *inherentes* a la personalidad humana” (art. 72), aventando así toda posible duda acerca de si existen o no derechos inherentes al ser humano. Nuestra Constitución asegura categóricamente que sí.

Dicho art. 72 proviene de la reforma constitucional de 1917 (art. 173) y su fuente de inspiración surge claramente de los trabajos de la Comisión de Constitución de la Convención Nacional Constituyente ²⁽²⁾, que tuvo en cuenta el art. 33 de la Constitución argentina de 1860, informado por Mitre, Sarmiento y Vélez Sarfield, quienes afirmaron que hay derechos “que son anteriores y superiores a la Constitución misma, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar. Los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos... porque fluyen de la razón del género humano” ³⁽³⁾.

1 ⁽¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Misión del Estado en defensa de la vida”, en Estudios en memoria de Héctor Frugone Schiavone (A.M.F., Montevideo, 2000), pág. 137 y sigtes.

2 ⁽²⁾ Alberto Ramón REAL - “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” (Montevideo, 1965), pág. 18 y sigtes.

3 ⁽³⁾ Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO - “Derecho Administrativo” (TEA, Buenos Aires, 1949), tomo I, pág. 119.

La novedad del texto patrio es la frase -ausente en el texto argentino- que dice “inherentes a la personalidad humana”, tomada probablemente de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. “Inherente significa que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no se puede separar”, de modo que “derechos inherentes a la personalidad humana son pues, aquellos inseparables por su naturaleza de dicha personalidad, de los que se goza por el solo hecho de ser hombres” ⁴⁽⁴⁾.

Ellos fincan en la eminente dignidad de toda persona que, como acierta el Dr. Santiago Altieri, “es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana”.

V

Por otro lado, asistimos al presente a una superación del Estado social de Derecho, cual es el *Estado constitucional de Derecho* ⁵⁽⁵⁾, como nuevo modelo en el que la limitación del poder se expresa en clave de garantía de todos los derechos fundamentales.

De este modo, el Estado constitucional de Derecho expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales, en la cual el principio de juridicidad supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales sino también a límites sustanciales impuestos por los principios generales y por la eminente dignidad de la persona humana, de la que derivan todos sus derechos ⁶⁽⁶⁾.

Según la explicación de Luigi Ferrajoli, el *neoconstitucionalismo* no es sólo una conquista y un legado del siglo XX sino que es, sobre todo, un programa normativo para el futuro, al menos en un doble sentido: por un lado, en el sentido de que los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales y las Cartas internacionales deben ser

4 ⁽⁴⁾ Alberto Ramón REAL - “Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya” cit., pág. 24.

5 ⁽⁵⁾ José Luis CEA EGAÑA - “Estado constitucional de Derecho: nuevo paradigma jurídico”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Konrad Adenauer, Montevideo, 2005), Año 11, tomo I, pág. 47 y sigtes.

6 ⁽⁶⁾ Luis PRIETO SANCHIS - “Constitucionalismo y garantismo”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (Editores) - “Garantismo” (Trotta - UNAM, Madrid, 2005), pág. 41 y sigtes.

garantizados y concretamente satisfechos mediante la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los mismos, y por otro lado, en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional puede y debe ser extendido en una triple dirección, a fin de que se garanticen todos los derechos, frente a todos los poderes, y en todos los niveles (no sólo en el Derecho estatal sino también en el internacional) ⁷⁽⁷⁾.

Lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho público contemporáneo, es el reconocimiento de la primacía de la persona humana ⁸⁽⁸⁾, derivada de su eminente dignidad ⁹⁽⁹⁾, de la que se desprenden todos y cada de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos ¹⁰⁽¹⁰⁾.

En palabras de Arturo Ardao, cabe tener siempre presente que, en todo momento, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta aquella interior dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción ¹¹⁽¹¹⁾.

7 ⁽⁷⁾ Luigi FERRAJOLI - "Sobre los derechos fundamentales", en Miguel CARBONELL (Editor) - "Teoría del neoconstitucionalismo" (Trotta, Madrid, 2007), págs. 72 y 73.

8 ⁽⁸⁾ Eduardo SOTO KLOSS - "La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno", en Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real (F.C.U., Montevideo, 1996), pág. 507 y sigtes.; y "Derecho Administrativo" (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo I, pág. 83 y sigtes.

9 ⁽⁹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" (U.M., Montevideo, 2001), pág. 27 y sigtes.; Héctor GROS ESPIELL - "La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; y José Aníbal CAGNONI - "La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público, Año 2003, N° 23, pág. 11 y sigtes.

10 ⁽¹⁰⁾ Jesús GONZALEZ PEREZ - "La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo", (Jurúa, Curitiba, 2007), pág. 6; y "La dignidad de la persona humana" (Civitas, Madrid, 1986), pág. 85 y sigtes.

11 ⁽¹¹⁾ Arturo ARDAO - "El hombre en cuanto objeto axio-

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales -todos- parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica ¹²⁽¹²⁾.

En ese marco, cada vez se tiende más a aceptar con carácter universal la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno como en el internacional. Tal *bloque de constitucionalidad de los derechos humanos* viene abriendo camino hacia el reconocimiento de un Derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional que no es ya meramente Derecho interno o internacional sino universal ¹³⁽¹³⁾.

En efecto, la universalidad de los derechos humanos quiere significar que le son debidos al hombre -a cada uno y a todos- en todas partes, entroncada con la igualdad de todos los seres humanos en cualquier tiempo y lugar ¹⁴⁽¹⁴⁾.

Siendo así, *el bloque de los derechos humanos obliga a todos los Estados*, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional, de modo que ya no puede invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender una pretendida potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos puesto que la regulación actual de los derechos humanos no se agota en la posición soberana de los Estados sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado ¹⁵⁽¹⁵⁾.

lógico", en "El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi" (UPRED, Buenos Aires, 1980), págs. 73 y 74.

12 ⁽¹²⁾ Germán J. BIDART CAMPOS - "Teoría general de los derechos humanos" (Astrea, Buenos Aires, 2006), págs. 72 a 79.

13 ⁽¹³⁾ Héctor Hugo BARBAGELATA - "La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos", en Rev. Derecho Laboral, tomo LIII, N° 237, pág. 141 y sigtes.

14 ⁽¹⁴⁾ Germán J. BIDART CAMPOS - "Teoría general de los derechos humanos" (Astrea, Buenos Aires, 2006), pág. 34 y sigtes.

15 ⁽¹⁵⁾ Martín RISSO FERRAND - "¿Qué es la Constitución" (UCUDAL, Montevideo, 2010), pág. 61.

VI

En la medida que ese ser humano lo es desde lo que el Dr. Santiago Altieri llama el "momento cero", el cigoto es una nueva persona (y no una parte de su madre) y su particular situación de debilidad obliga -más que en otras áreas del Derecho- a proclamar el principio de "in dubio pro nasciturus".

Sólo así haremos verdad en nuestra realidad la proclamación del art. 1º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, al tenor de cuyo art. 1º se proclama enfáticamente que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida", mandando que "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

Dr. Carlos E. Delpiazzo

LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO. ACTAS DEL VII FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN,
NETBIBLO, 2008, 689 PÁGINAS.

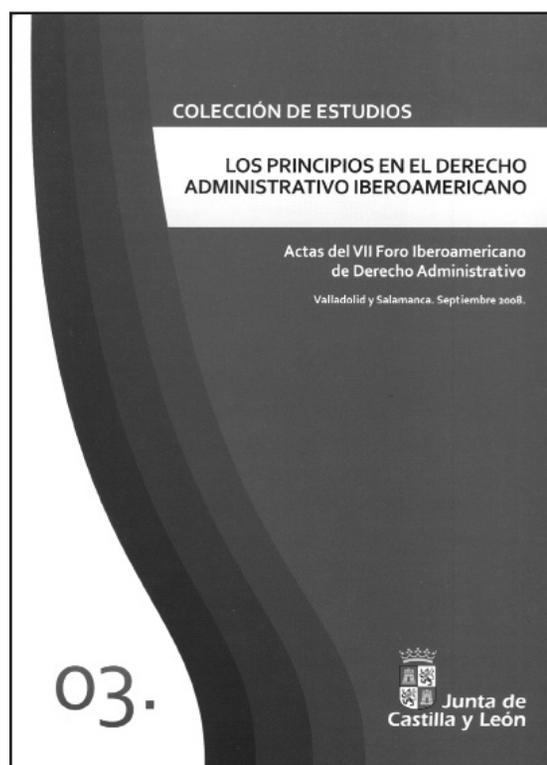
En el mes de setiembre de 2008 se realizó en las ciudades de Valladolid y Salamanca la VII reunión del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, centrada en el estudio de los principios generales de Derecho como fuente del Derecho Administrativo.

Como ya es tradición en las labores del Foro, todos los Profesores participantes remitieron sus ponencias, según directivas previamente trazadas por los organizadores, en tiempo y forma a fin de que el libro que las recoge -y que aquí se comentaría- pudiera aparecer simultáneamente con la celebración del encuentro anual.

En esta oportunidad, el libro es una cuidada edición que recoge 33 trabajos de otros tantos especialistas de los 17 países que estuvieron representados.

Ellos fueron los siguientes:

De **Argentina**, "Principios de Derecho Administrativo y corrupción" (por el Prof. Alejandro Pérez Hualde), "Los principios de Derecho en el Derecho argentino: su aplicación a la celebración de los contratos administrativos" (por el Prof. Ismael Mata), "Sobre los principios generales de Derecho en el Derecho Administrativo" (por el Prof. Juan Carlos Cassagne), "El principio de buena fe en los contratos administrativos" (por la Prof. Miriam Mabel Ivanega) y "Los valores jurídicos en el Derecho Administrativo" (por el Prof. José Jorge Coviello).



De **Bolivia**, José Mario Serrate Paz escribió y expuso sobre "Principios generales del Derecho en Bolivia".

De **Brasil**, se contó con un interesante trabajo de titulado "Sobre a natureza vinculativa dos princípios de direito a Administração Pública Brasileira" (del Prof. Rogerio Gesta Leal).

Los aportes de **Colombia** fueron. "Los principios generales del Derecho y el procedimiento administrativo en Colombia" (de la Prof. Consuelo Sarria Olcos), "Principios del Derecho urbanístico colombiano" (del Prof. Jaime Orlando Santofimio), "Principios generales del Derecho Administrativo en Colombia" (del Prof. Jaime Vidal Perdomo), "Principios generales en la contratación estatal" (del Prof. José Luis Benavides), y "Fundamentos de los principios generales y el Derecho Administrativo en Colombia" (del Prof. Libardo Rodríguez Rodríguez).

El Prof. Enrique Rojas Franco de **Costa Rica** centró su aporte en "Los principios generales de Derecho en el régimen jurídico costarricense".

"Los principios generales del Derecho Administrativo en **Chile**" fueron desarrollados por el Prof. Claudio Moraga.

Desde **Ecuador**, el Prof. Javier Robalino dedicó su ponencia a lo que llamó la "Crisis de los principios generales del Derecho Administrativo".

De **España** se sumaron los siguientes aportes: "Derecho Administrativo y equidad" (por los Profs. Enrique Rivero Isern y Marcos Matías Fernando Pablo), "Los principios generales de Derecho en la jurisprudencia administrativa" (por el Prof. Jaime Rodríguez Arana Muñoz), "Los principios generales del Derecho Administrativo constitucionalizados en el Derecho español" (por el Prof. José Luis Martínez López Muñoz), "Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España" (por el Prof. José Luis Meilán Gil), y "Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo español" (por el Prof. Miguel Angel Sendín).

De **Guatemala**, la ponencia del Prof. Hugo Haroldo Calderón versó sobre "Los principios generales del Derecho Administrativo" en su país.

Desde **México**, el Prof. Jorge Fernández Ruiz nos deleitó con un enjundioso aporte sobre "Los principios generales y el Derecho Administrativo mexicano".

"Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo de **Nicaragua**", correspondió al Prof. Karlos Navarro, con la coautoría del Prof. Miguel Angel Sendín.

"Los principios generales en el Derecho Administrativo de **Panamá**" fueron analizados por el Prof. Javier Ernesto Sheffer Muñón.

El análisis del tema desde el punto de vista del Derecho Administrativo en **Perú** fue realizado por el Prof. Jorge Danós Ordóñez.

De **Portugal**, el Prof. Mario Aroso de Almeida escribió sobre "Os principios gerais de Direito na perspectiva do Direito Administrativo" de aquel país.

De **El Salvador**, el autor de la ponencia sobre "Principios generales en el Derecho Administrativo" fue el Prof. Alejandro Arturo Solano Ghiorzi.

En el caso de **Uruguay**, los Profesores participantes decidimos previamente dividir el tratamiento del tema, de modo de examinar separadamente los "Caracteres de los principios generales de Derecho" (por el Prof. Mariano Brito), su "Recepción por el Derecho positivo uruguayo" (por quien escribe esta nota), las "Relaciones de los principios generales de Derecho con otras fuentes del Derecho Administrativo" (por el Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo) y su "Aplicación por el legislador, el administrador y el juez" (por el Prof. Augusto Durán Martínez).

Finalmente, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo" de **Venezuela** fueron presentados por el Prof. Víctor Hernández Mendible.

El resultado es una obra de alta enjundia sobre un tema no tratado en muchas obras generales de Derecho Administrativo y que examina la importancia de esta fuente principal desde la óptica de cada uno de los países de Iberoamérica.

Carlos E. Delpiazzo

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA. ACTAS DEL VIII FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

EDITORES: JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, VÍCTOR LEONEL BENAVIDES PINILLA, JAVIER ERNESTO SHEFFER TUÑÓN Y MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA, 2009, 847 PÁGINAS.

Continuando con la línea de trabajo inaugurada en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) en el año 2002, en el mes de setiembre de 2009 el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo celebró su VIII reunión en Panamá, centrando su atención en "El acto administrativo como fuente de Derecho" en América Latina, España y Portugal.

De este modo, el libro que se comenta viene a engrosar la colección constituida por los anteriores libros que fueron recogiendo las ponencias de los miembros del Foro en cada una de las citas previas.

En esta oportunidad, la obra consta de 36 capítulos elaborados por otros tantos Profesores de 17 países.

De **Argentina**, integran el libro los siguientes trabajos: "La estabilidad del acto administrativo" (del Prof. Juan Carlos Cassagne), "El acto administrativo a la luz de las fuentes del derecho y como sustento fundamental de la legalidad administrativa" (del Prof. José Jorge Coviello), "Alcance de la presunción de juridicidad en la República Argentina" (de la Prof. Miriam Mabel Ivanega), "Actos de los entes reguladores de los servicios públicos" (del Prof. Alejandro Pérez Hualde) y "Función jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos" (del Prof. Ismael Mata).

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA

(ACTAS DEL VIII FORO IBEROAMERICANO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO)

Editores

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Víctor Leonel Benavides Pinilla
Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Miguel Ángel Sendín García

VIII FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

De **Bolivia**, el Prof. Mario Serrate Paz trabajó sobre la "Particularidad de los actos administrativos de contenido jurisdiccional".

De **Brasil**, se destacan los aportes de los Profs. Rogerio Gesta Leal y Romeu Felipe Bacellar Filho sobre "A estabilidade do ato administrativo criador de direitos".

De **Colombia**, el libro incorpora los siguientes trabajos: "Las decisiones de los órganos de regulación" (del Prof. Libardo Rodríguez Rodríguez), "Estabilidad del acto administrativo creador de derechos" (de la Prof. Consuelo Sarria Olcos), y "Alcance de la presunción de juridicidad" (del Prof. José Luis Benavides).

De **Costa Rica**, se destacan las ponencias sobre "La inmutabilidad del acto administrativo creador de derechos subjetivos administrativos firmes y definitivos" (del Prof. Enrique Rojas Franco), "Reglamentos, circulares e instrucciones como fuente de Derecho Administrativo" (del Prof. Ernesto Jinesta Lobo) y "La arbitrariedad producida desde y a partir del acto administrativo" (del Prof. Enrique Romero Pérez).

De **Chile**, figura en el libro un trabajo de la Prof. Sandra Alvarez sobre "Decisiones de los órganos reguladores: ubicuidad de éstos, origen de aquéllas".

De **Ecuador**, el Prof. Javier Robalino brindó su aporte sobre "El acto administrativo: una visión ecuatoriana".

De **España**, se destacan las siguientes ponencias: "El acto administrativo como categoría jurídica" (del Prof. José Luis Meilán Gil), "Procedimiento administrativo y acto administrativo: reflexiones sobre el Derecho panameño y el Derecho español" (del Prof. Enrique Rivero Isern), "¿Es el acto administrativo fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico español?" (de los Profs. Jaime Rodríguez Arana Muñoz y Miguel Angel Sendín), e "Incidencia del acto administrativo en las situaciones jurídicas del interesado: algunos aspectos a propósito de las autorizaciones" (del Prof. José Carlos Laguna de Paz).

De **Guatemala**, el Prof. Hugo Haroldo Calderón estudia el acto administrativo en su país.

De **México**, se destacan las ponencias de los Profs. Jorge Fernández Ruiz y Germán Cisneros Farías sobre "El acto administrativo como fuente de Derecho administrativo" y "La verdadera naturaleza del acto jurídico" respectivamente.

A su tiempo, los Profs. Karlos Navarro y Miguel Angel Sendín aportan sobre "El acto administrativo como fuente del Derecho en **Nicaragua**: algunas reflexiones sobre la presunción de validez del acto administrativo y su revocación".

Del país anfitrión, **Panamá**, lucen dos trabajos: "Algunos actos administrativos de los órganos reguladores como fuente de Derecho administrativo (del Prof. Víctor Leonel Benavides) y "El acto administrativo y su configuración esencial como fuente del Derecho" (del Prof. Javier Ernesto Sheffer Tuñón).

De **Perú**, el Prof. Jorge Danós se pregunta si "¿Constituye el acto administrativo fuente de Derecho en el ordenamiento jurídico peruano?".

De **Portugal**, el Prof. Mario Aroso de Almeida indaga en torno a "Novas tendencias do regime do acto administrativo no ordenamiento jurídico português".

Por su parte, el Prof. Henry Alexander Mejía analiza "El acto administrativo como fuente de Derecho" en **El Salvador**.

De **Uruguay**, como lo hacemos tradicionalmente, los participantes coordinamos previamente nuestras ponencias a fin de cubrir los requerimientos de los organizadores evitando superposiciones o repeticiones entre nosotros. En tal sentido, los trabajos versan sobre "El acto administrativo como fuente de Derecho" (del Prof. Mariano Brito), "Enfoque conceptual y positivo, desde el Derecho uruguayo, del acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo" (del Prof. Juan Pablo Cajarville Peluffo), "La presunción de legitimidad del acto administrativo" (del Prof. Augusto Durán Martínez) y "Estabilidad del acto administrativo generador de derechos" (de quien escribe esta reseña).

Finalmente, de **Venezuela**, se incorporan al volumen en comentario los siguientes trabajos: "Los actos administrativos normativos" (del Prof. Allan R. Brewer Carías), "El acto administrativo como fuente del Derecho en Venezuela" (del Prof. Armando Rodríguez García) y "El acto administrativo como fuente de Derecho Administrativo" (del Prof. Víctor Hernández Mendible).

Con el contenido que viene de describirse, el libro reseñado viene a incorporarse a la colección de obras que viene produciendo el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo a partir de su V reunión, dedicadas a estudiar especialmente las fuentes del Derecho Administrativo: la Constitución (en Quito), la ley y el reglamento (en Bogotá), los principios generales de Derecho (en Valladolid y Salamanca), y el acto administrativo (en la instancia que se comenta). Las restantes fuentes serán objeto de consideración (y consiguiente publicación) en la IX reunión a realizarse en la ciudad de Mendoza.

Carlos E. Delpiazzo

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: PILAR FUNDAMENTAL DEL BUEN GOBIERNO

LAURA NAHABETIAN BRUNET
AMF, MONTEVIDEO, 2010

I

La presentación de un libro enfrenta siempre a la necesidad de referirse equilibradamente al autor y a su obra, lo que nunca es fácil porque no se trata de alimentar el ego de quien la escribió ni de sustituir la lectura del trabajo sino, por el contrario, motivar a ella.

Por eso, nunca es una tarea fácil pero sí desafiante en los dos aspectos que involucra: la obra y su autor.

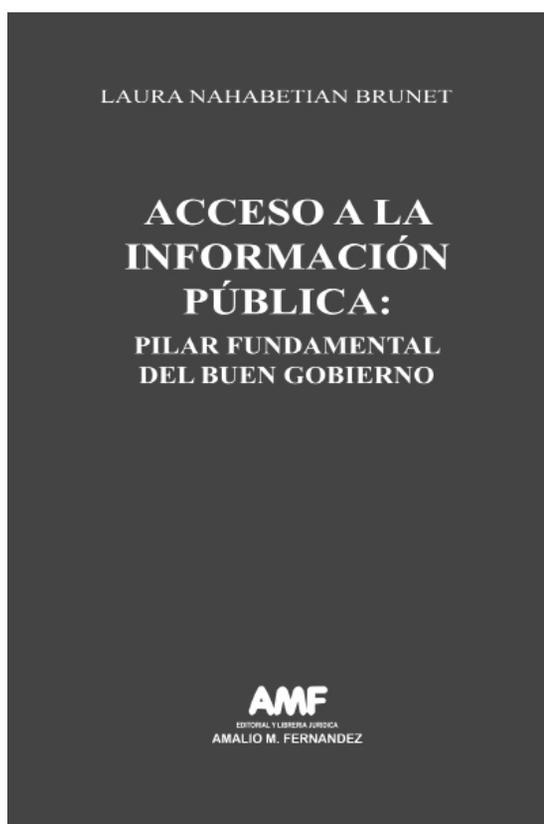
II

Respecto al “Acceso a la información pública: pilar fundamental del buen gobierno” de Laura Nahabetian, corresponde señalar en primer lugar que el libro se inscribe en una línea de trabajo pautada por obras precedentes que importa destacar.

Sin propósito de exhaustividad -porque la obra de Laura Nahabetian es ya abundante- quiero recordar en primer lugar su conferencia en el X Congreso de la Federación Iberoamericana de Derecho e Informática (FIADI), realizado en Santiago de Chile en setiembre de 2004, publicada en el tomo que recoge las ponencias allí presentadas. La misma versó sobre “Protagonistas del cambio: derechos ciudadanos y nuevas tecnologías” y en ella la autora ya ponía de manifiesto su inquietud por los temas que ahora aborda con mayor profundidad y madurez en el libro que se presenta.

En segundo lugar, no puedo dejar de citar su libro del año pasado sobre “Gobernanza electrónica y gobierno electrónico”, que tuvo el privilegio de prologar. Allí se encuentran las bases conceptuales sobre las cuales se construye esta nueva obra.

En tercer lugar, adentrándose ya en lo propio de esta nueva obra, en el tomo X del anuario “Derecho



Informático” de reciente aparición, la autora examina la cuestión del acceso a la información pública desde la perspectiva de los “Desafíos de la implementación legal en países en desarrollo”.

En este nuevo libro el horizonte de análisis se ensancha significativamente a través de 10 capítulos centrales precedidos de una Introducción y cerrados con Una Reflexión Final.

En un esfuerzo de acumulación informativa destacable, el capítulo II está dedicado a los orígenes y evolución de derecho de acceso a la información pública en todos los continentes.

El capítulo III tiene por centro el marco conceptual -que la autora denomina Teoría- del acceso a la información pública.

El capítulo IV es medular, como siempre que se examinan temas vinculados a los derechos fundamentales de las personas, ya que está dedicado a los principios generales de Derecho, que son los cimientos de base sobre los cuales se edifica todo el ordenamiento jurídico.

Los capítulos V y VI contienen un relevamiento de normas internacionales y de jurisprudencia de interés en materia de acceso a la información pública.

Los capítulos VII y VIII tratan de un aspecto poco estudiado desde las ciencias jurídicas, cual es el rol de los archivos, y presentan a los Organos de Control como "garantes" del acceso a la información pública, en una visión que no siempre se encuentra presente en la mentalidad de muchos funcionarios públicos, más acostumbrados a las prerrogativas que a las garantías, a los privilegios que a los deberes de servicio.

El capítulo IX abunda acerca del principio de transparencia -intrínseco a un Estado de Derecho de calidad- que, como ya he tenido oportunidad de señalarlo en reiteradas oportunidades anteriores, implica "dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal".

El tema del capítulo X es la rendición de cuentas que los administradores públicos deben a todos los ciudadanos todos los días y que es imprescindible para que pueda ser verdad lo que nuestra ley anticorrupción N° 17.060 titula con buen tino como "control social".

Todo esto no es sencillo de llevar a la práctica. Por eso, resulta muy interesante y útil el capítulo XI dedicado a los "Desafíos de la implementación" de un régimen en el que el acceso a la información pública sea para los ciudadanos un derecho de ejercicio sencillo y fluido.

El libro se cierra con una bien escogida bibliografía, que reúne a la mayoría de las obras citadas a lo largo de sus páginas en una forma equilibrada, que no dificulta la lectura.

III

Respecto a la autora, basta la mención de los trabajos que se han citado para advertir que la Dra. Laura Nahabetian ha canalizado buena parte de su energía intelectual en el marco de la Aspirantía a Profesora Adscripta de Informática Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de su Maestría en Ciencias de la Legislación y Governance Política hacia los temas que aborda -ahora con más profundidad y mayor amplitud- en el libro que tenemos entre manos.

No obstante, la impronta de la Dra. Laura Nahabetian no se advierte sólo en los desarrollos realizados en cada capítulo sino también en las bien escogidas citas de diversos autores que encabezan cada uno de ellos y -a mi juicio- de modo muy especial en la Dedicatoria que encabeza el libro.

La misma contiene un entrañable agradecimiento a su familia, a su colegio de los Hermanos Maristas de Rocha y a "todos quienes buscan en la efectividad de la democracia y el Estado de Derecho, la vivencia de sus sueños de libertad y la concreción de los derechos fundamentales para todos sin excepción".

Quiero detenerme en estos tres aspectos porque me permiten referirme a la autora sin lesionar su modestia.

Se trata como de tres círculos concéntricos que van acuñando la personalidad de quien -como es el caso de la autora- no es sólo una jurista sino, antes que ello, una mujer situada.

Como escribí hace muchos años, citando al recordado Prof. Adolfo GELSI BIDART, la familia constituye "el lugar de la persona". En la familia se aprende a vivir. La familia es la principal tarea humana, tanto pasiva (la niñez) como activa (la madurez): en ella se pueden llevar a la plenitud algunas de las dimensiones humanas más radicales. La familia proporciona un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de hablar, cultura práctica, etc.). Pero además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.).

Cuando el colegio o la escuela son buenos, constituyen como una segunda familia, en la medida que son la prolongación formativa de lo que se vive en el hogar.

De ahí el indiscutible valor de la familia y de los centros de enseñanza como instituciones que, si no cuidamos, comprometemos seriamente la calidad del Estado de Derecho, cuya vivencia por todos sin excepciones pretende con buen fundamento la autora.

IV

Aunque quizás pueda parecer ajeno a la obra que se comenta -en realidad, no lo es- quiero terminar

esta presentación subrayando que familia, colegio y Estado de Derecho no son compartimentos estancos porque los ciudadanos y gobernantes del mañana son los niños y jóvenes que se están formando hoy en sus hogares y en los centros educativos a los que asisten. Es allí donde debe sembrarse la semilla del culto por el cuidado de los derechos fundamentales -de todos y no de algunos o de unos más y otros menos- para que nuestro país haga del buen gobierno un servicio verdadero a la sociedad y ésta y sus integrantes vean en sus gobernantes no sólo un obrar accesible y transparente -aspectos sobre los que se centra la obra de la Dra. Laura Nahabetian- sino servicial y justo, con todos y para todos.

Dr. Carlos E. Delpiazzo



Diciembre, 2010. Depósito Legal N°. 354.784 / 10
www.tradinco.com.uy