





UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO
Agradecimiento sin despedida

DOCTRINA

BARONA BETANCOURT, Ricardo
El contrato colectivo sindical: una expresión del derecho de asociación sindical o una forma de tercerización en Colombia

CAL LAGGIARD, Maximiliano
Primera lectura de las reformas introducidas al CGP por la ley N° 19.090

CAÑETE, Luciana Soledad
Acerca de la tutela judicial efectiva en el ámbito del proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires

CASANOVA, Miguel
La noción jurídica de empresa y su impacto sobre las decisiones empresariales

**GARCIA REYES, Daniel y
LAVECCHIA, Hugo**
La llamada vía de excepción del Gobierno Departamental de Rivera. Un caso de desaplicación singular de actos legislativos generales

PÉREZ BENECH, Viviana
Alcance de las competencias del Banco Central en materia de relaciones de consumo

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DELPIAZZO, Carlos E.
En defensa de la radiodifusión

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago
Valores para el cambio

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 1.897 de 20 de agosto de 2012

BARBOSA, Ximena y ROMERO, Romina
Medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Civil 1° Turno N° 51/2012 y de la Suprema Corte de Justicia N° 215/2013

CHÍRICO, Florencia
El derecho de suscripción preferente del accionista

INFORMACIONES
Carreras de grado

Maestrías y Posgrados

Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

RUIZ, Carlos y MEZZERA, Rodolfo
Evolución del secreto bancario en Uruguay

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

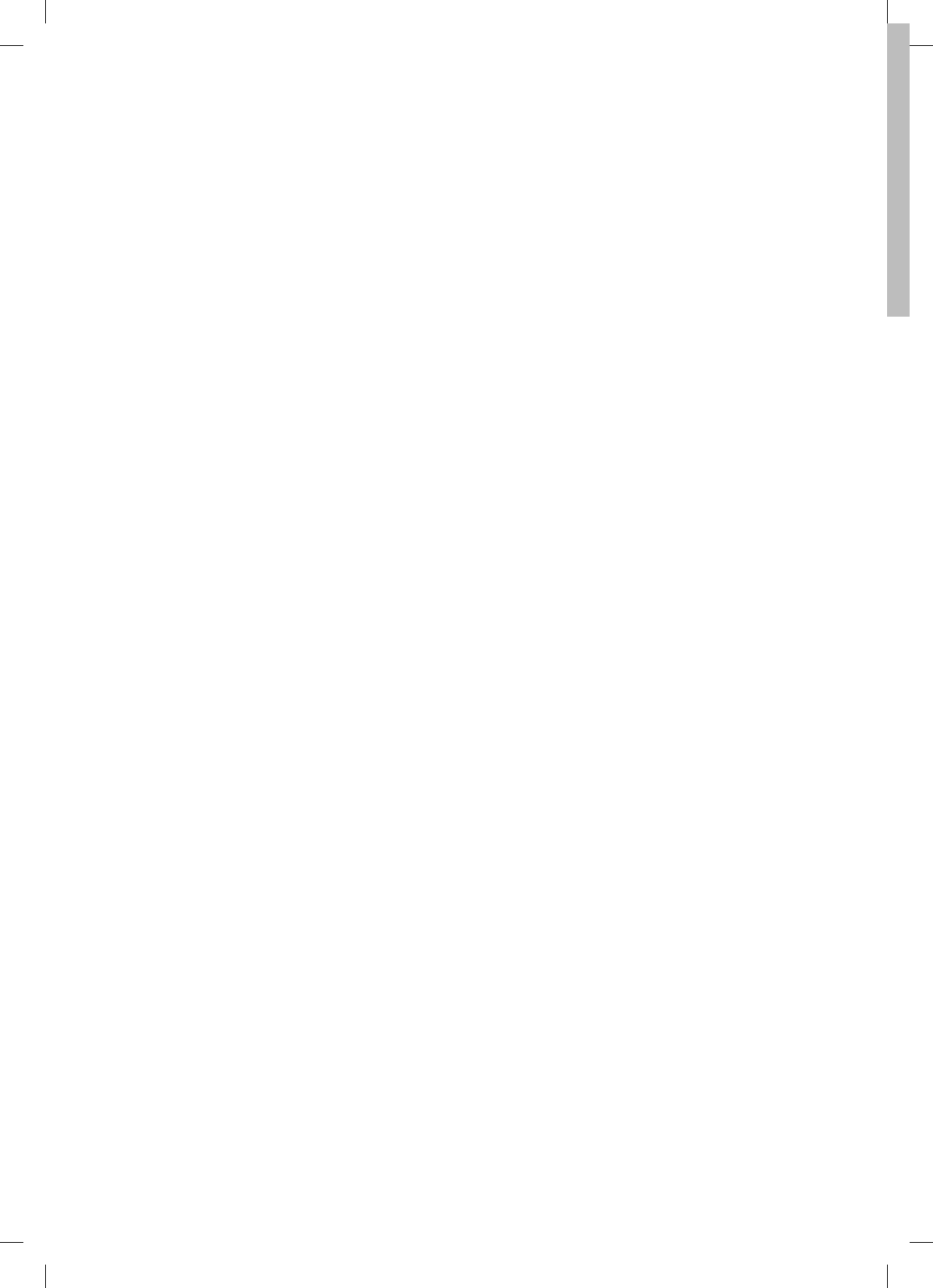
**FISCHER CASTELLS, Federico y
MAILHOS GALLO, Juan**
Una aproximación a los pactos de exclusividad como elemento de los contratos de distribución

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Código Penal y Leyes Penales - Tomo II”
de Miguel LANGÓN (por Martín Pecoy Taque)

“El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional”
de Pablo FERRERI (por Carlos Loaiza).

“Ética empresarial y profesional: casos prácticos de decisiones humanas fundamentales”
Varios autores (por Nicolás Etcheverry).





Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DECANO

Agradecimiento sin despedida.....7

DOCTRINA

BARONA BETANCOURT, Ricardo

El contrato colectivo sindical: una expresión del derecho de asociación sindical o una forma de tercerización en Colombia 11

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Primera lectura de las reformas introducidas al CGP por la ley N° 19.090..... 23

CAÑETE, Luciana Soledad

Acerca de la tutela judicial efectiva en el ámbito del proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires 83

CASANOVA, Miguel

La noción jurídica de empresa y su impacto sobre las decisiones empresariales 89

GARCIA REYES, Daniel y LAVECCHIA, Hugo

La llamada vía de excepción del Gobierno Departamental de Rivera. Un caso de desaplicación singular de actos legislativos generales 103

PÉREZ BENECH, Viviana

Alcance de las competencias del Banco Central en materia de relaciones de consumo 115

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DELPIAZZO, Carlos E.

En defensa de la radiodifusión..... 127

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago

Valores para el cambio 137

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 1.897 de 20 de agosto de 2012

BARBOSA, Ximena y ROMERO, Romina

Medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad 141

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Civil 1° Turno N° 51/2012 y de la Suprema Corte de Justicia N° 215/2013

CHÍRICO, Florencia

El derecho de suscripción preferente del accionista..... 152

INFORMACIONES

Carreras de grado 169

Maestrías y Posgrados 172

Otras noticias de interés 177

TESINAS DE MASTERS

RUIZ, Carlos y MEZZERA, Rodolfo

Evolución del secreto bancario en Uruguay 181

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

FISCHER CASTELLS, Federico y MAILHOS GALLO, Juan

Una aproximación a los pactos de exclusividad como elemento de los contratos de distribución 231

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Código Penal y Leyes Penales - Tomo II”

de Miguel LANGÓN
(por Martín Pecoy Taque) 241

“El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional”

de Pablo FERRERI (por Carlos Loaiza)..... 243

“Ética empresarial y profesional: casos prácticos de decisiones humanas fundamentales”

Varios autores (por Nicolás Etcheverry). 245



MENSAJE DEL DECANO

Agradecimiento Sin Despedida

Resulta un poco extraño escribir este mensaje luego de haber tenido durante 23 números de esta Revista de Derecho al Dr. Carlos Delpiazzo como su Director.

El primer número apareció en el año 2002 y durante todos esos años el Dr. Delpiazzo fue volcando su experiencia profesional y docente, su actitud cuidadosa de los detalles y su profundo enfoque de jurista cabal en todos y cada uno de los números que se fueron editando. Revisando, filtrando y seleccionando el material que se le enviaba cada vez, le dio a la Revista un respaldo y una jerarquía que ha dejado huella y que hasta hoy podemos aprovechar. Tanto los emisores como los receptores de sus artículos de doctrina, conferencias y clases magistrales, jurisprudencia comentada, informaciones, tesinas o notas de libros y otras revistas, han podido enriquecer y enriquecerse con ese material cuidadosamente elegido por el Director y su equipo de colaboradores. Entre otros ejemplos, basta citar su mensaje más reciente dejado en el N° 23 de la Revista en torno a la Calidad del Estado de Derecho. Importa destacar también la puntualidad con que aparecieron los dos números anuales de la Revista durante todo ese lapso.

Las nuevas tareas y desafíos que recientemente asumió el Dr. Delpiazzo explican con toda lógica y comprensión el alejamiento que tuvo que hacer del cargo de Director de esta Revista.

Le toca ahora al Dr. Santiago Pérez del Castillo asumir esta función que con gran generosidad y optimismo aceptó. Tomar esta posta y continuar la interminable labor de construir y transmitir el espíritu universitario es lo que tiene por delante el nuevo Director. Trabajo especialmente difícil y delicado, máxime si se tiene en cuenta las múltiples otras tareas y funciones que desempeña el Dr. Pérez del Castillo. Pero nos consta que no es la primera vez que se ha embarcado a navegar en aguas profundas y no carentes de riesgos a lo largo de su vida profesional, académica y política. Por otra parte, la figura del nuevo Director le da una garantía de continuidad a la Revista, pues tanto el nuevo como el anterior Director fueron miembros fundadores de esta Universidad y de la Facultad de Derecho en particular. Con ese antecedente, la sintonía en materia de exigencias y rigor académico tiene un resello y una garantía adicional, máxime si se tiene en cuenta que la Revista, desde hace un tiempo, integra la lista de las publicaciones consideradas arbitradas por la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). Al Dr. Delpiazzo no podemos decirle más que un simple y enorme gracias. Y deseárselo el mayor de los éxitos en la nueva etapa que acaba de comenzar. Confiamos en que lo seguiremos teniendo entre nosotros colaborando con la misma dedicación y generosidad que ha tenido desde siempre.

Nicolás Etcheverry
Decano



Revista de DERECHO

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

*

Director

Dr. Santiago Pérez del Castillo

Director Fundador

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Sub. Director y Redactor Responsable

Dr. Miguel Casanova
Lord Ponsonby 2506

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

Dra. Beatriz Bugallo
Dr. Miguel Casanova
Dr. Juan Manuel Gutiérrez

Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

*

Redacción y suscripciones

Facultad de Derecho
Universidad de Montevideo
Lord Ponsonby 2506
11600 Montevideo – Uruguay

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 2409 4463 – 2409 5589
Montevideo – Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Depósito Legal 360.809 / 12
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 XII (2013), N° 24





DOCTRINA

BARONA BETANCOURT, Ricardo

El contrato colectivo sindical: una expresión del derecho de asociación sindical o una forma de tercerización en Colombia

CAL LAGGIARD, Maximiliano

Primera lectura de las reformas introducidas al CGP por la ley N° 19.090”

CAÑETE, Luciana Soledad

Acerca de la tutela judicial efectiva en el ámbito del proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires

CASANOVA, Miguel

La noción jurídica de empresa y su impacto sobre las decisiones empresariales

GARCIA REYES, Daniel y LAVECCHIA, Hugo

La llamada vía de excepción del Gobierno Departamental de Rivera. Un caso de desaplicación singular de actos legislativos generales

PÉREZ BENECH, Viviana

Alcance de las competencias del Banco Central en materia de relaciones de consumo



EL CONTRATO COLECTIVO SINDICAL: UNA EXPRESIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL O UNA FORMA DE TERCERIZACIÓN EN COLOMBIA

RICARDO BARONA BETANCOURT¹

EL CONTRATO COLECTIVO SINDICAL: UNA EXPRESIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL O UNA FORMA DE TERCERIZACIÓN

1. Protección Nacional del Derecho de Asociación Sindical

En Colombia el derecho de asociación sindical presenta las siguientes dimensiones:

Una **dimensión individual**, que se traduce en la posibilidad que tienen los trabajadores de organizar sindicatos y de ingresar, permanecer o retirarse de la organización sindical que deseen en su lugar de trabajo, puesto que en una empresa pueden coexistir varios sindicatos; una **dimensión colectiva**, vinculada a la idea básica de la libertad sindical y conforme a la cual se garantiza tanto la autonomía para la conformación de las organizaciones sindicales, con sujeción al orden legal y a los principios democráticos, y al margen de toda restricción, intromisión o intervención del Estado, como la capacidad que tienen estas organizaciones para promover no sólo los intereses laborales de sus afiliados, sino también su visión de la política general en temas que afectan o convocan a los trabajadores como "...ciudadanos de una democracia participativa", y una **dimensión instrumental**, en la medida que la asociación sindical se crea "...sobre la base de un vínculo jurídico, necesario para la consecución de unos fines que las personas van a desarrollar en el ámbito de la formación social", en especial, la negociación y suscripción de una convención colectiva, con la salvedad que en nuestro ordenamiento se predica de los sindicatos de empleados públicos"².

Adicionalmente, el derecho de asociación sindical en Colombia tiene las siguientes características:

a) Es un derecho subjetivo que tiene una función estructural que desempeñar, en cuanto constituye una vía de realización y reafirmación de un estado social y democrático de derecho, más aún cuando este derecho que permite la integración del individuo a la pluralidad de grupos, no constituye un fin en sí mismo o un simple derecho de un particular, sino un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática y, es más, debe ser reconocido por todas las ramas y órganos del poder público.

b) Tiene un carácter voluntario, ya que su ejercicio descansa en una autodeterminación de la persona de vincularse con otros individuos y que perdura durante esa asociación.

1 Docente de Pregrado y Especialización en Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia. Investigador del Centro de Investigaciones Laborales de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Comité Editorial de la Revista Médico - Legal de la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación (SCARE). Miembro del Comité de Redacción de la Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho de Empleo de ADAPT University Press y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamerica de la Universidad de Alcalá (España). Candidato a Magister en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia.

2 Sentencia T-764 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

c) Tiene también un carácter relacional o sea que se forma de una doble dimensión. Ya que de un lado aparece como un derecho subjetivo de carácter individual y por el otro se ejerce necesariamente en tanto haya otros ciudadanos que estén dispuestos a ejercitar el mismo derecho y una vez se dé el acuerdo de voluntades se forma una persona colectiva.

d) Tiene así mismo un carácter instrumental ya que se crea sobre la base de un vínculo jurídico, necesario para la consecución de unos fines que las personas van a desarrollar en el ámbito de la formación social.

e) Tiene los siguientes enfoques: - Libertad individual de organizar sindicatos, cuyo pluralismo sindical está consagrado en el artículo 2 del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo. - Libertad de sindicalización (o sindicación), ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiliarse a un sindicato; en palabras del artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1: "Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores". - Autonomía sindical que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno, para organizarse. Así lo dispone el artículo 3 del Convenio 87 de la OIT³.

2. Clasificación y Función de los Sindicatos en Colombia

Los sindicatos de Trabajadores o de primer grado se clasifican así⁴:

1. De empresa: Cuando están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución.

2. De industria o por rama de actividad económica: Están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica.

3. Gremiales: Están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad.

4. De oficios varios: Están formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas.

Los sindicatos de trabajadores o de primer grado tienen las siguientes funciones⁵:

1. Estudiar las características de la respectiva profesión y los salarios, prestaciones, honorarios, sistemas de protección o de prevención de accidentes y demás condiciones de trabajo referentes a sus asociados para procurar su mejoramiento y su defensa.

2. Propulsar el acercamiento de empleadores y trabajadores sobre las bases de justicia, de mutuo respeto y de subordinación a la ley, y colaborar en el perfeccionamiento de los métodos peculiares de la respectiva actividad y en el incremento de la economía general.

3. **Celebrar** convenciones colectivas **y contratos sindicales**; garantizar su cumplimiento por parte de sus afiliados y ejercer los derechos y acciones que de ellos nazcan.

4. Asesorar a sus asociados en la defensa de los derechos emanados de un contrato de trabajo o de la actividad profesional correspondiente, y representarlos ante las autoridades administrativas, ante los empleadores y ante terceros.

3 Sentencia T-441 de 1992 de la Corte Constitucional, M.S. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

4 Artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado Ley 50 de 1990, Artículo 40).

5 Artículos 373 y 374 del Código Sustantivo del Trabajo.

5. Representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva, y representar esos mismos intereses ante los empleadores y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando la conciliación.
6. Promover la educación técnica y general de sus miembros.
7. Prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación, enfermedad, invalidez o calamidad.
8. Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas de ahorros, préstamos y auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deportes y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y previsión contemplados en los estatutos.
9. Servir de intermediarios para la adquisición y distribución entre sus afiliados de artículos de consumo, materias primas y elementos de trabajo a precio de costo.
10. Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades.
11. Designar las comisiones de reclamos permanentes o transitorias, y los delegados del sindicato en las comisiones disciplinarias que se acuerden.
12. Presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los empleadores, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios.
13. Adelantar la tramitación legal de los pliegos de peticiones, designar y autorizar a los que deban negociarlos y nombrar los conciliadores y árbitros a que haya lugar.
14. Declarar la huelga de acuerdo con los preceptos de la ley.

3. Contrato Colectivo Sindical

3.1. Concepto

Se entiende por contrato colectivo sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno varios patronos o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados⁶. Es decir, el contrato colectivo sindical es un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo⁷.

3.2. Características

Las principales características del Contrato Colectivo Sindical son las siguientes:

6 Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo.

7 Artículo 1 del Decreto 1429 de 2010.

1. Uno de los ejemplares del contrato colectivo sindical debe depositarse, en el Ministerio del Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma⁸. Es decir, debido a su naturaleza de contrato colectivo laboral, deberá depositarse copia del contrato sindical con su correspondiente reglamento ante la respectiva Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social, en donde éste se suscriba o se ejecute⁹. Adicionalmente, la respectiva dependencia del Ministerio de la Protección Social, expedirá previa solicitud la constancia del depósito del contrato colectivo laboral¹⁰.
2. El sindicato de trabajadores que haya suscrito un contrato colectivo sindical, responde tanto por las obligaciones directas que surjan del mismo como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados, salvo en los casos de simple suspensión del contrato, previstos por la ley o la convención, y tiene personería para ejercer tanto los derechos y acciones que le correspondan directamente, como los que le correspondan a cada uno de sus afiliados. Para estos efectos, cada una de las partes contratantes debe constituir caución suficiente; si no se constituye, se entiende que el patrimonio de cada contratante responde de las respectivas obligaciones¹¹.
3. En caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato colectivo sindical, los trabajadores continuarán prestando sus servicios en las condiciones estipuladas, mientras dure la vigencia del contrato. La caución que haya prestado el sindicato disuelto subsistirá para garantizar las obligaciones de los respectivos trabajadores¹².
4. Además de las cláusulas relativas a las condiciones específicas del objeto del contrato colectivo sindical y las circunstancias en que se desarrollará, éste deberá indicar el valor total de la prestación del servicio o de la ejecución de la obra, así como la cuantía de la caución que las partes deben constituir para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas y definir de común acuerdo las auditorías que consideren necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones recíprocas una vez suscrito el respectivo contrato¹³.
5. El contrato colectivo sindical será suscrito por el representante legal del sindicato de acuerdo con lo establecido en la Ley o en sus estatutos. Para todos los efectos legales, el representante legal de la organización sindical que suscriba el contrato sindical, ejercerá la representación de los afiliados que participan en el Contrato Sindical¹⁴.
6. El sindicato firmante de un contrato colectivo sindical, deberá establecer en su contabilidad general una subcuenta para cada uno de los contratos sindicales suscritos¹⁵.
7. La solución de las controversias que se originen entre las partes contratantes en virtud del contrato colectivo sindical podrán ser resueltas por tribunal de arbitramento voluntario o demás mecanismos alternativos si así lo acuerdan las partes, o en su defecto, por la autoridad judicial laboral competente¹⁶.

3.3. Objetivos del Contrato Colectivo Sindical

De acuerdo con la cartilla que sobre el contrato sindical realizó el Ministerio de la Protección Social¹⁷, los objetivos de dicho contrato se sintetizan en: mejorar los ingresos para los afiliados a la organización promo-

8 Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo.

9 Artículo 7 del Decreto 1429 de 2010.

10 Artículo 8 del Decreto 1429 de 2010.

11 Artículo 483 del Código Sustantivo del Trabajo.

12 Artículo 484 del Código Sustantivo del Trabajo.

13 Artículo 3 del Decreto 1429 de 2010.

14 Artículo 4 del Decreto 1429 de 2010.

15 Artículo 6 del Decreto 1429 de 2010.

16 Artículo 9 del Decreto 1429 de 2010.

17 Ministerio de la Protección Social. Cartilla contrato sindical. 2010. Bogotá.

viendo el bienestar social, brindar participación activa a los sindicalizados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas, promover el trabajo colectivo o grupal motivando la contratación colectiva, crear confianza y transparencia en las relaciones de la empresa o empleador con los sindicatos y sus afiliados, y ser aliados en la productividad y la calidad.

Además de lo anterior, el contrato sindical se caracteriza por ser solemne, nominado y principal, realizado en ejercicio de la libertad sindical, que goza de autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato. Adicionalmente, en virtud de él, (i) el sindicato contratista responde porque sus afiliados presenten los servicios o ejecuten la obra contratada; (ii) el representante legal de la organización sindical como encargado de suscribir el contrato sindical, ejerce la representación de los afiliados que participan en el mismo"; (iii) el sindicato se asimila, sin serlo como quedo dicho, a un empleador sin ánimo de lucro por expresa disposición de la ley laboral" y, (iii) en caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato sindical, los trabajadores quedan facultados para continuar prestando sus servicios mientras dure la vigencia del contrato y en las condiciones inicialmente estipuladas".

Como está regulado el contrato colectivo sindical en nuestro país", se busca promover el derecho a la negociación colectiva, a la promoción del derecho de asociación sindical y a generar múltiples empleos más dignos para los afiliados, en procura de dar una dinámica a la actividad sindical". Así mismo, busca mitigar el fenómeno de la tercerización reinante en Colombia, evitando de tal forma la deslaboralización de la relación de trabajo o que el empleador acuda a otras formas de contratación como cooperativas, outsourcing o contratos de prestación de servicios, para solucionar determinadas necesidades del servicio. Entonces, podemos afirmar que dicho contrato que se encuentra en pleno auge", marca una pauta de transición hacia una contratación directa de los trabajadores por las empresas, y más aún, propende por garantizar a los afiliados partícipes las mínimas condiciones en materia de seguridad social¹⁸.

3.4. Naturaleza del Contrato Colectivo Sindical

Precisamente, el Decreto 1429 del 28 de abril de 2010, "por medio del cual se deroga el Decreto 657 de 2006, se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones", señala en su artículo 1º que el contrato sindical es un acuerdo de voluntades cuya naturaleza yace en el derecho colectivo laboral, pero que debemos decir tiene una cierta influencia del contrato civil de prestación de servicios o de ejecución de obra o labor porque, como lo adujo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, "siendo uno de los sujetos del negocio jurídico el sindicato y el otro el empresario, empleador o asociación de empleadores, pero sin que operé aquí la subordinación, la autonomía jurídica, propia del contrato civil, es la nota predominante en ese tipo de relaciones"¹⁹. No obstante, la propia Corte Suprema de antaño lo ubicó como un contrato de naturaleza colectiva laboral que corresponde desentrañar, en caso de conflictos jurídicos, al juez del trabajo.

Esa posición jurisprudencial se abrió camino, al punto que en la actualidad, por expresa disposición del artículo 9º de Decreto 1429 de 2010, la solución de controversias que se originen entre las partes contratantes en virtud del contrato sindical, podrán ser resueltas por tribunal de arbitramento voluntario o demás mecanismos si lo acuerdan las partes, o en su defecto, por la autoridad judicial laboral competente.

En este orden de ideas, se colige que el contrato colectivo sindical es de estirpe laboral de la modalidad colectivo, por consiguiente, los conflictos que surjan respecto a la ejecución y al cumplimiento del mismo, deben ser ventilados ante la justicia ordinaria laboral. Dicho contrato pretende dar una dinámica amplia a la actividad sindical, mediante la promoción del derecho de asociación y la creación de empleos dignos para los afiliados partícipes, a quienes se les garantizan los diferentes componentes en materia salarial y de seguridad social integral²⁰.

18 Sentencia T-457 de 2011 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

19 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 13 de diciembre de 1994. M.P. Hugo Suescún Pujols.

20 Sentencia T-457 de 2011 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

3.5. ¿Qué normas del Contrato Individual de Trabajo rigen el contrato colectivo sindical?

De conformidad con el Artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, la duración, la revisión y la extinción del contrato colectivo sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.

Por tal razón, analizaremos las siguientes figuras del contrato individual de trabajo:

3.5.1. Duración del Contrato Individual de Trabajo

La duración del contrato individual de trabajo, está regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, así: Artículo 45 del C.S. del. T: Duración, Artículo 46 del C.S. del. T. (Subrogado Ley 50 de 1990, Artículo 3): Contrato a término fijo, Artículo 47 del C.S. del. T. (Subrogado Decreto 2351 de 1965, artículo 5): Duración indefinida.

3.5.2. La Revisión del Contrato Individual de Trabajo

La revisión del contrato individual de trabajo, está regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, así: Artículo 50 del C.S. del. T: Revisión.

3.5.3. Extinción del Contrato Individual de Trabajo

La extinción del contrato individual de trabajo, está regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, así: Artículo 61 del C.S. del. T. (Modificado Ley 50 del 1990, Artículo 5): Terminación del contrato, Artículo 62 del C.S. del. T. (Modificado Decreto 2351 de 1965, Artículo 7): Terminación del contrato por justa causa, Artículo 64 del C.S. del. T. (Modificado Ley 789 de 2002, Artículo 28): Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, Artículo 65 (Modificado Ley 789 de 2002, Artículo 29): Indemnización por falta de pago, Artículo 66 del C.S. del. T. (Sustituido Decreto 2351 de 1965, Artículo 7 Parágrafo): Manifestación del motivo de la terminación.

Sin embargo, el contrato colectivo sindical difiere sustancialmente del contrato individual de trabajo en cuanto a su contenido, forma y propósito, así:

- a) El contrato de trabajo puede ser verbal y el contrato colectivo sindical tiene que ser siempre escrito.
- b) El contrato de trabajo se celebra con el trabajador y el colectivo sindical se celebra entre uno o varios patronos y uno o varios sindicatos.
- c) El contrato colectivo es solemne por cuanto según el artículo 482 C.S.T., uno de sus ejemplares tiene que depositarse ante el Ministerio del Trabajo, mientras el contrato individual no requiere de esta solemnidad. Adicionalmente, según el artículo 5° del decreto 1429 de 2010, "las organizaciones sindicales deben elaborar un reglamento por cada contrato sindical...".
- d) Según el artículo 22 del C.S.T. el contrato individual de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal. En el contrato colectivo sindical, quien se obliga es el sindicato a través de su representante legal actuando en nombre de los afiliados que participan en el contrato sindical.
- e) En el contrato colectivo sindical, la relación jurídica entre contratante y contratista es equitativa. En el contrato individual del trabajo se configura una relación de subordinación y dependencia del trabajador con respecto al patrono.
- f) En el contrato colectivo sindical se presentan dos tipos de relaciones: una entre el afiliado y su sindicato y otra entre el sindicato y el contratante, mal denominado empleador en el artículo 482 C.S.T., aunque en ocasiones la relación del afiliado con su sindicato puede vertirse en un verdadero contrato individual de trabajo.

g) Los dos contratos pueden asemejarse en que la duración, revisión y extinción del contrato colectivo sindical puede regirse por las normas del contrato individual. (inciso final, artículo 482 C.S.T.)

h) De otra parte, según el artículo 483 C.S.T., el sindicato de trabajadores que suscriba un contrato sindical responde tanto por las obligaciones directas que surjan del mismo, como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados, y tiene personería para ejercer tanto los derechos como las acciones que le correspondan a cada uno de sus afiliados²¹.

Finalmente, en sentencia de junio 24 de 1976, al establecer las diferencias del contrato colectivo sindical con la convención colectiva, la Corte Suprema de Justicia dejó en claro que en el Contrato Colectivo del trabajo la organización sindical también puede representar a trabajadores independientes, así:

“Mas lo que en últimas viene a diferenciar, de manera clara y ostensible, la convención colectiva del contrato sindical y a establecer una enorme distancia entre las dos figuras jurídicas, es el hecho de que, en la primera, el sindicato actúa en representación de los trabajadores pertenecientes a la empresa, es decir, vinculados a ella por sendos contratos individuales de trabajo, en tanto que, en la segunda, la organización sindical puede representar a trabajadores independientes, sin nexo alguno con la beneficiaria del servicio, pues el vínculo contractual se establece únicamente entre la entidad empresarial y el sindicato, sin consideración a las personas que en calidad de socio formen parte de éste”.

3.6. Reglamento del Contrato Colectivo Sindical

Las organizaciones sindicales deberán elaborar un reglamento por cada contrato colectivo sindical, el cual contendrá como mínimo las siguientes garantías en defensa de sus afiliados partícipes:

1. Tiempo mínimo de afiliación al sindicato para participar en la ejecución de un contrato colectivo sindical.
2. Procedimiento para el nombramiento del coordinador o coordinadores en el desarrollo del contrato colectivo sindical.
3. Procedimiento para seleccionar a los afiliados que van a participar en el desarrollo del contrato colectivo sindical, así como la forma de distribuir entre los afiliados partícipes el valor del trabajo del grupo, garantizando que éste sea como mínimo equivalente y nunca inferior al salario mínimo legal mensual vigente, en proporción a la participación individual.
4. Causales y procedimiento de retiro y de reemplazo de afiliados que participan en el desarrollo del contrato colectivo sindical.
5. Mecanismos de solución de controversias de quienes participan en la ejecución del contrato colectivo sindical, teniendo en cuenta la normatividad establecida tanto en los estatutos como en el reglamento específico del contrato colectivo, con el objeto de garantizarle a los afiliados, los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.
6. Porcentaje del excedente del contrato colectivo sindical que se destinará a educación, capacitación y vivienda para los afiliados partícipes.
7. El sindicato será el responsable de la administración del sistema de seguridad social integral, tales como la afiliación, retiro, pagos y demás novedades respecto de los afiliados partícipes.
8. El sindicato promoverá la salud ocupacional de los afiliados partícipes.

21 Sentencia T-303 de 2011 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Perez.

9. Dado el plano de igualdad en la que intervienen los afiliados partícipes entre si y con el Sindicato en la ejecución del contrato colectivo sindical, el reglamento deberá incluir lo pertinente a las compensaciones o participaciones y deducciones para los afiliados partícipes a que haya lugar.
10. Los demás derechos y obligaciones que se establezcan para los afiliados partícipes²².

3.7. ¿Existe relación laboral entre los afiliados partícipes y el sindicato cuando se suscribe un contrato colectivo sindical?

Frente a la pregunta anterior, se han observado dos (2) posiciones:

3.7.1. No existe relación laboral

La primera posición afirma, que no existe relación laboral entre los afiliados partícipes y el sindicato cuando se suscribe un contrato colectivo sindical, por lo siguiente:

El Literal 9 del artículo 5 del Decreto 1429 de 2010, establece:

“Dado el plano de igualdad en la que intervienen los afiliados partícipes entre si y con el Sindicato en la ejecución del contrato sindical, el reglamento deberá incluir lo pertinente a las compensaciones o participaciones y deducciones para los afiliados partícipes a que haya lugar”.

El Ministerio de la Protección Social en su cartilla sobre contrato sindical del 28 de abril de 2010, estableció:

El afiliado partícipe en la ejecución del contrato sindical no es trabajador del sindicato porque éste lo componen los mismos afiliados y ejecutan dicho contrato sindical en desarrollo del contrato colectivo, no encontrándose el elemento esencial de la subordinación. Esta relación se rige por principios democráticos, de autogestión, colaboración y de autorregulación donde los afiliados actúan en un plano de igualdad.

Entre el afiliado partícipe y la organización sindical no existe una relación laboral y en consecuencia no hay contrato de trabajo. No obstante, el sindicato dada su finalidad compensará a éstos, por su contribución en la ejecución del contrato sindical, con los beneficios definidos en la asamblea de afiliados, en el reglamento en el contrato sindical.

La Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-303 de 2011, con M.P. Dr. Juan Carlos Henao Perez, indico:

En conclusión, cuando se celebra un contrato colectivo sindical, las condiciones en que se pacta no son de subordinación y dependencia como en un contrato individual de trabajo, sino que los términos de la negociación son fruto de una concertación en igualdad de condiciones, entre el representante legal del sindicato y la empresa contratante, que según el artículo 482 C.S.T. consiste en un sindicato patronal. De hecho, según el numeral 7º del artículo 5º del decreto 1429 de 2010, “*El sindicato será el responsable de la administración del sistema de seguridad social integral, tales como la afiliación, retiro, pagos y demás novedades respecto de los afiliados partícipes*”.

La Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-457 de 2011, con M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, indico:

Cabría entonces una pregunta: ¿Los afiliados partícipes que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen un contrato de trabajo con la organización sindical? La respuesta es no, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo. El afiliado partícipe durante la ejecución del

²² Artículo 5 del Decreto 1429 de 2010.

contrato sindical compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con éste frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical.

En la ponencia Métodos y Formas de Contratación Colectiva a aplicarse en Colombia frente a las nuevas realidades, realizada por Marcel Silva Romero, se afirmó lo siguiente:

“...d) Son los mismos afiliados quienes en asamblea toman la determinación de suscribir el contrato sindical, precio del mismo, condiciones, etc, aspecto democrático fundamental que demuestra cómo el sindicato no es patrono, sino la decisión mayoritaria de los trabajadores interesados”²³.

3.7.2. Existe Relación Laboral

La segunda posición afirma, que existe relación laboral entre los afiliados partícipes y el sindicato cuando se suscribe un contrato colectivo sindical, por lo siguiente:

El Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado artículo 2 ley 50 de 1990) establece:

“...Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo...”.

El Profesor Guillermo Camacho Henríquez manifestó:

“...C) Entre el sindicato pactante y sus afiliados que prestan el servicio personal. ¿Cuáles son las obligaciones y derechos surgen entre ellos?

El silencio del legislador es total al respecto y es necesario determinar la relación jurídica entre trabajadores y sindicato.

Creemos que en este caso se configura una relación distinta a la que nace del negocio jurídico de constitución o afiliación sindical que debe presuponerse. Paralelamente a éste se configura un contrato individual de trabajo, donde el sindicato se convierte en patrono...”²⁴.

El Doctor Fernando Afanador Núñez indicó:

“...El sindicato contratista se convierte en empleador de sus afiliados para la prestación de los servicios o ejecución de la obra contratada...”²⁵.

El autor Guillermo Guerrero Figueroa señaló:

“...El sindicato que actúa como contratista se compromete a ejecutar determinada obra por medio de sus afiliados. Estos, con respecto al sindicato, tienen un contrato individual de trabajo. Realizan un trabajo a favor de un tercero denominado beneficiario de la obra o prestación de servicios...”²⁶.

23 Derribando los obstáculos del derecho laboral, Ponencia Métodos y Formas de Contratación Colectiva a aplicarse en Colombia frente a las nuevas realidades, Ponencia para el seminario “Homenaje de la CUT a los abogados laboristas de Colombia, realizada por Marcel Silva Romero, páginas 671 y 672.

24 Derecho del Trabajo, Guillermo Camacho Henríquez, Editorial ABC, Bogotá, 1973, p.p. 339.

25 Derecho Colectivo del Trabajo, Fernando Afanador Núñez, Editorial Legis, Tercera Edición, Bogotá, p.p. 253.

26 Derecho Colectivo del Trabajo, Guillermo Guerrero Figueroa, Editorial Leyer, séptima edición, Bogotá, p.p. 418.

4. CONCLUSIONES

1. En Colombia el derecho de asociación sindical, está garantizado en el artículo 39 de la Constitución Política; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"; los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.
2. En Colombia el derecho de asociación sindical presenta una dimensión individual, que se traduce en la posibilidad que tienen los trabajadores de organizar sindicatos y de ingresar, permanecer o retirarse de la organización sindical que deseen; una dimensión colectiva, vinculada a la idea básica de la libertad sindical y conforme a la cual se garantiza tanto la autonomía para la conformación de las organizaciones sindicales, con sujeción al orden legal y a los principios democráticos, y al margen de toda restricción, intromisión o intervención del Estado, como la capacidad que tienen estas organizaciones para promover no sólo los intereses laborales de sus afiliados, sino también su visión de la política general en temas que afectan o convocan a los trabajadores; y una dimensión instrumental, en la medida que la asociación sindical se crea sobre la base de un vínculo jurídico, necesario para la consecución de unos fines que las personas van a desarrollar en el ámbito de la formación social, en especial, la negociación y suscripción de una convención colectiva.
3. El contrato colectivo sindical está regulado en los artículos 482, 483 y 484 del código sustantivo del trabajo; y el decreto 1429 de 2010. Adicionalmente, la Corte Constitucional lo ha protegido en las sentencias T-303 y T-457 de 2011.
4. Los sindicatos pueden celebrar con uno varios patronos o sindicatos patronales la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados a través del contrato colectivo sindical. Sin embargo, el sindicato para evitar prácticas de intermediación laboral en virtud del contrato colectivo sindical, debe ejercer el derecho de la libertad sindical, debe actuar con autonomía administrativa e independencia financiera y aplicando las normas y principios del derecho colectivo del trabajo.
5. En la actualidad el Ministerio del Trabajo, la Corte Constitucional y algunos autores sostienen que entre el afiliado participe y el sindicato no existe relación laboral. Pero, otros autores sostienen lo contrario.
6. Los objetivos del contrato sindical se puede sintetizar así:
 - Mejora de ingresos para los afiliados a la organización promoviendo el bienestar social.
 - Participación activa de los sindicalizados en el desarrollo y sostenibilidad de las empresas.
 - Promoción del trabajo colectivo o grupal, motivando la contratación colectiva.
 - Crear confianza y transparencia en las relaciones de la empresa o empleador con los sindicatos y sus afiliados.
 - Ser aliados en la productividad y la calidad²⁷.

27 Cartilla Contrato Sindical del Ministerio de la Protección Social del 28 de abril de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

1. Derribando los obstáculos del derecho laboral, Ponencia Métodos y Formas de Contratación Colectiva a aplicarse en Colombia frente a las nuevas realidades, Ponencia para el seminario “Homenaje de la CUT a los abogados laboristas de Colombia, realizada por Marcel Silva Romero.
2. CAMACHO HENRIQUEZ, Guillermo. Derecho del Trabajo, Editorial ABC, Bogotá, 1973,
3. AFANADOR NÚÑEZ, Fernando. Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Legis, Tercera Edición, Bogotá.
4. GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Derecho Colectivo del Trabajo, Editorial Leyer, séptima edición, Bogotá.
5. LAFONTO, Francisco. Tratado de Derecho Laboral Individual, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá.
6. CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano, Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá.
7. YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral, Octava Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1998.
8. CABANELLAS, Guillermo. Derecho Sindical y Corporativo, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1959.
9. KROTOSCHIN, Ernesto. Cuestiones Fundamentales del Derecho del Trabajo, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1957.
10. DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 1989.



PRIMERAS LECTURAS DE LA REFORMA DEL CGP

MAXIMILIANO CAL LAGGIARD¹

INTRODUCCION

La Ley N° 19.090, de 14 de junio de 2013, modifica 191 artículos del CGP, lo cual representa un tercio de su articulado.

Las reformas introducidas son de diversa índole, en algunos artículos se limita a alterar algunas palabras, mientras que en otras disposiciones establece modificaciones de gran trascendencia, destacándose alteraciones en cuestiones de derecho sustantivo, por ejemplo la eliminación del secreto bancario en el ámbito de la vía de apremio.

La ley aprobada tiene como antecedente un proyecto de ley promovido por la Suprema Corte de Justicia -según su iniciativa legislativa prevista en el art. 240 de la Constitución- en junio de 2008, con la participación del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.

Como lineamientos generales de la reforma, la Prof. Klett, expresó tres puntos básicos:

- a. Clarificar textos que daban lugar a diversas aplicaciones e interpretaciones a nivel de doctrina y jurisprudencia;
- b. disminuir la duración de los procesos;
- c. potenciar los principios procesales que inspiraron al CGP².

A modo de síntesis de las principales reformas introducidas, conviene destacar las siguientes:

- a. Aplicación genérica de la regla de admisión en los casos de rebeldía, no contestación de demanda o contestación con respuestas evasivas, e incomparecencia del demandado a la audiencia preliminar;
- b. específica regulación de la inasistencia de las partes a la audiencia preliminar y recursos en contra de las resoluciones judiciales dictadas en el decurso de dicha audiencia, especialmente la resolución sobre las excepciones previas;
- c. modificaciones en materia de medios impugnativos; y
- d. reformas en los procesos ejecutivos y de ejecución, con especial acento en la celeridad de los mismos.

La ley 19.090 consta de 5 artículos, cuyo contenido abarca los siguientes puntos:

- a. El art. 1° introduce las modificaciones en el articulado del CGP;
- b. los arts. 2° y 3° refieren a la vigencia y aplicación de la normativa;
- c. el art. 4° consiste en una norma genérica atinente a la coordinación de la normativa, en cuanto refiere a que las remisiones que realicen otras normas al CGP, comprenden a éste y sus modificaciones;
- d. el art. 5° refiere a derogaciones expresas, las cuales serán analizadas en el capítulo final.

1 Dr. en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República – 2010), Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal I y II (Universidad de la República); Post graduado en Derecho Procesal Aplicado (Universidad de Montevideo - 2012), Cursante de la Maestría de Derecho Administrativo Económico (Universidad de Montevideo).

2 Extraído del Informe de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes de 28 de diciembre de 2011, citado por Jorge Veiras – “Código General del Proceso. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.090” en RUDP, N° 2/2012, págs. 887 - 888.

A continuación se realizará un comentario liminar y valoración de las reformas introducidas en la normativa procesal. El referido análisis se extenderá hasta las modificaciones introducidas en el proceso de ejecución inclusive.

La forma de análisis consiste en un comentario de los artículos modificados, los cuales serán complementados con referencias bibliográficas en relación a las diversas posturas doctrinarias esgrimidos en base a los mismos, a efectos de comprender la opción doctrinaria realizada por el legislador.

Previo a desarrollo del articulado, se referirá a las cuestiones atinentes a la vigencia de la normativa.

I. APLICACIÓN y VIGENCIA

El art. 2º, bajo la denominación vigencia, establece: *“Esta ley entrará en vigencia el día hábil siguiente a los sesenta días de su promulgación”*

La disposición regula un plazo diverso al previsto en el Título Preliminar de las Leyes del Código Civil para la vigencia de la Ley -art. 1º-, el referido plazo aconteció el pasado 14 de agosto de 2013.

En cuanto a la vigencia, el art. 3º prevé la aplicación inmediata de la ley, en disposición prácticamente análoga al art. 12 del CGP.

Por otra parte, el art. 12 del CGP no ha sido modificado, por lo cual la previsión del art. 3º de la Ley 19.090 debe considerarse que comprende exclusivamente a la aplicación de las reformas del CGP.

Según lo manifestado, el inc.1º del art. 3º consagra la aplicación inmediata de las normas, mientras que los restantes incisos disponen excepciones. Así, el inc. 2º prevé: *“No obstante, no regirán para los actos cuyos plazos hubieran comenzado a correr antes de su entrada en vigencia, que se regirán por las excepciones anteriormente vigentes”*

La excepción no comprende a la totalidad del proceso, sino *“actos cuyos plazos hubieran comenzado a correr...”*. Del contexto de la norma se desprende que por *“acto”* corresponde entender *“acto procesal”* y como requisito para la aplicación de la excepción se establece que el plazo -para la realización del acto procesal- hubiere comenzado a correr.

Dicha excepción puede tener trascendencia en algunas variantes introducidas en la normativa, por ejemplo el nuevo art. 133 del CGP establece un plazo preclusivo para la oposición de la excepción de prescripción, en una solución derogatoria de la normativa del Código Civil (art. 1191, en redacción dada por ley N° 16.603, de 19 de octubre de 1994).

Por ende, podría sustentarse que en los procesos donde el plazo para contestar la demanda hubiera comenzado a correr previo a la vigencia de la reforma -14 de agosto de 2013- la excepción de prescripción podrá oponerse hasta la conclusión de la causa en primera instancia e inclusive en el transcurso de la segunda instancia.

Similares precisiones resultan de la adhesión a la casación -nueva redacción del art. 274 inc. 2º-, en tal sentido, de haberse iniciado el computo del plazo para evacuar el traslado del recurso de casación previo al 14 de agosto de 2013, la contraparte no podrá adherir al recurso.

El inc. 3º establece que la vigencia de la nueva normativa no alterará la competencia del Tribunal -reitera la disposición del inc. 3º del art. 12 del CGP-.

En cuanto a los incs. 4º y 5º, estos contienen previsiones sobre el embargo genérico y la constitución de domicilio electrónico.

Resulta relevante la disposición atinente al embargo genérico, que versa: *“Los embargos genéricos inscriptos antes de la entrada en vigencia de esta ley tendrán el alcance dispuesto por la nueva redacción dada al artículo 380,*

salvo en el caso de los actos realizados con información registral anterior a la vigencia de esta ley". La disposición consagra el "principio de la apariencia" que, en síntesis, más allá de diversas interpretaciones, establece que deberá estarse al resultado de la información registral.

II. REFORMAS INTRODUCIDAS

A. PRINCIPIOS PROCESALES

El art. 5 del CGP varía su denominación y pasa a identificarse: "Buena fe, lealtad y colaboración procesal", se agrega "colaboración procesal" a la denominación.

También se agregan los incs. 2° y 3°, que establecen: "Los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales (artículo 142)" y "El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley"

Dicha norma debe relacionarse con el art. 142 -que también es modificado-, arts. 63 -veracidad de actos procesales-, 168 -documentos en poder del adversario-, 189 -colaboración en materia de inspección judicial- y 191 -colaboración en materia de prueba por informes-.

En síntesis, se explicita un deber genérico de colaboración en la realización de la función jurisdiccional que comprende tanto a las partes como a los terceros, similar, en cuanto a su finalidad, a lo establecido en el Título V, del Libro II del Código Penal atinente a los "Delitos en contra de la Administración de Justicia".

En cuanto al deber de "veracidad", éste no resulta ajeno, ni diverso a la valoración de la conducta procesal de las partes de conformidad a los estándares previstos en el art. 688 del CC.

Al art. 8 del CGP le fue agregado como excepción al principio de inmediación a "los casos expresamente previstos en la ley", enmienda que no modifica el contenido del art., ni la posibilidad preexistente de establecer excepciones por vía legislativa.

Al art. 11.4 del CGP, se le confirió la siguiente redacción: "Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones, así como el derecho a la **tutela jurisdiccional efectiva**".

La mención a tutela jurisdiccional efectiva puede interpretarse como la noción moderna de debido proceso, de larga data en la evolución del Derecho. Sobre el alcance de la noción, precisó Couture: "la realidad de la tutela jurídica consiste en que, en un lugar geográfico determinado y en un momento histórico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente"³

B. SUJETOS PROCESALES

B.1. El Tribunal

En el art. 19.2 del CGP fue agregado -en relación al funcionamiento de los Tribunales Colegiados- "la deliberación se hará en Acuerdo", lo cual consiste en la forma de arribar a la voluntad orgánica de los cuerpos colegiados.

En el art. 24 nral. 6° del CGP se modificó la redacción en la siguiente forma, estableciendo como facultad del Tribunal: "rechazar las pruebas inadmisibles, así como las manifiestamente innecesarias, las **manifiestamente inconducentes** y las manifiestamente impertinentes". Al analizar las variantes en materia de prueba se comentará la modificación anterior.

El art. 25 del CGP aparece como modificado, sin embargo no existen divergencias entre la redacción original y la nueva redacción. Veiras, refiere a que el Proyecto remitido por la Corte, contenía la siguiente

3 Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pág. 395.

redacción: “En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho”, eliminando el adjetivo “positivo” que calificaba la expresión “regla de derecho”

Al **art. 26 del CGP** se le incorporó una nueva causal de responsabilidad del Tribunal, consistente en demora en fijar fechas de audiencia, según la nueva redacción del art. 101 del CGP.

B.2. Partes

El **art. 32 del CGP** figura como modificado, sin embargo mantiene su redacción original.

En el **art. 33 del CGP** -discernimiento del cargo de tutor o curador y habilitación para comparecer en juicio- se sustituye la palabra menor por niño o adolescente.

En el **art. 34 del CGP** -modificaciones en la capacidad durante el proceso- se realiza una pequeña variación en el punto 2, donde se elimina el término “fallecimiento”, la modificación resulta acertada ya que el artículo siguiente comprende los supuestos de sucesión de parte, abarcando entre ellos a la muerte de la parte.

La nueva redacción del **art. 35 del CGP** -sucesión de parte- contiene modificaciones que implican cambios adjetivos y sustantivos:

- a. Desde el punto de vista sustantivo establece que la comparecencia de los sucesores en juicio, no implica aceptación de la herencia;
- b. en lo que refiere a las modificaciones adjetivas, reitera la solución del art. 34 del CGP sobre las alteraciones de la capacidad durante el curso del proceso, estableciendo que si la parte actúa por representante, el proceso no se suspenderá;
- c. sin embargo, la modificación anterior sólo acontece si la parte actúa por representante, es decir, en caso de que su actuación sea personal, el proceso se suspenderá.

El **art. 37 del CGP** -postulación- contiene ligeras modificaciones en las excepciones a la capacidad postulatoria. Por una parte eleva a 20 UR el mínimo de cuantía para comparecer sin asistencia letrada, tal extremo se condice con la tendencia seguida en las pequeñas causas de consumidores (ley N° 18.507, de 26 de junio de 2009).

Por otra parte, a la excepción prevista para los casos de ausencia de abogados, establecida en relación a los Juzgados Letrados, se extiende a los Juzgados de Paz.

El **art. 39 del CGP** -poder- amplía el elenco de actos procesales para el cual se considera otorgado el poder, dentro de los cuales se agrega: liquidación y ejecución de sentencia, entrega de la cosa subastada, expedición de segundas copias relativas al bien rematado y el juicio ordinario posterior al ejecutivo y de ejecución.

También se consagra que la facultad de sustituir el poder, deberá constar expresamente en la escritura.

Modificaciones de similar tenor, en cuanto al alcance de la representación, son realizadas en el **art. 44.1 del CGP** -representación judicial de los abogados-.

B.2.i. Parte plurisubjetiva

Se modifica parcialmente el **art. 47 del CGP** -poderes del Tribunal-, dicho artículo establece el poder deber del Tribunal de suspender el proceso hasta tanto se integre completamente la litis en los casos de litis consorcio necesario, sea activo o pasivo.

4 Veiras, Jorge. “Código General del Proceso. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.090”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, pág. 892.

La novedad consiste en que se establece que la resolución que adopte el Tribunal al respecto será apelable sin efecto suspensivo, extremo que resulta innecesario, en tanto consiste en una repetición del régimen general de apelación de sentencias interlocutorias simples.

B.3. Intervención de terceros

En el **art. 48 del CGP** se modifica la denominación, previamente se denominaba: *“Intervención coadyuvante y litisconsorcial”*, pasando a denominarse *“Intervención Coadyuvante”*, la cual se subdivide en dos especies reguladas en la norma: coadyuvante simple y coadyuvante litisconsorcial⁵.

Al **art. 51 del CGP** -intervención necesaria por citación- le es adicionado un inciso donde se establece que la intervención de terceros deberá de cumplir los requisitos de la acumulación inicial de pretensiones en la demanda. Los supuestos de intervención de terceros regulados en dicho artículo comprenden hipótesis de acumulación sucesiva de pretensiones por inserción.

El **art. 52 del CGP** resulta enteramente modificado, inclusive su denominación, previo a la reforma se denominaba: *“Oposición al llamamiento de terceros”*, con posterioridad a la misma, pasa a denominarse: *“Procedimiento de la citación de terceros”*.

La denominación anterior resulta acertada, en tanto establece el trámite de la intervención coactiva de terceros, que en el régimen anterior se tramitaba como excepción previa, art. 133, nral. 6° del CGP, el contenido de dicho numeral fue eliminado en la actual reforma.

En cuanto al trámite establecido, puede considerarse como un nuevo incidente nominado, así la solicitud se sustanciará con un traslado a las demás partes y será resuelto fuera de audiencia, mediante una sentencia interlocutoria apelable sin efecto suspensivo.

Debe destacarse la diferencia con el régimen anterior, donde se establecía exclusivamente la apelabilidad -sin pronunciarse sobre el efecto- de la providencia interlocutoria que rechace la intervención de terceros⁶.

La nueva redacción del **art. 53 del CGP** contiene una modificación atinente al trámite a la denuncia de terceros y regula los medios impugnativos en relación a dicho trámite, básicamente se consagra: *“La solicitud será resuelta sin más trámite por sentencia interlocutoria apelable sin efecto suspensivo...”*.

Por otra parte, según la transcripción anterior se consagra la apelabilidad de la providencia que se pronuncie sobre la denuncia de terceros, extremo que se condice con las reglas generales en materia de apelación de sentencias interlocutorias.

B.4. Conducta procesal de las partes

El **art. 56 del CGP** amplía la noción de costas, que a partir del nuevo texto comprenderá, además de lo ya previsto -tributos y honorarios de auxiliares judiciales-, a *“todo otro gasto necesario debidamente acreditado”*.

En cuanto al **art. 57 del CGP** -condenaciones en la sentencia definitiva y condenaciones en los incidentes respectivamente- las modificaciones introducidas no alteran los aspectos sustanciales de la norma en materia de incidente, donde se establece el carácter preceptivo de las costas en primera instancia y de los costos y gastos en caso de sentencia confirmatoria de segunda instancia, de lo cual podrá apartarse el tribunal en forma fundada.

El **art. 61 del CGP** -daños y perjuicios- mantiene su redacción originaria, no obstante contiene una remisión expresa a las disposiciones atinentes a los actos de proposición, lo cual esclarece la perspectiva doctrinaria

⁵ En relación a la clasificación de las diversas formas de intervención de terceros, ver: Enrique Tarigo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código. T. I, págs. 315 y ss.*

⁶ Ver: *“La intervención necesaria de terceros por citación como proceso incidental”* de Fernando Cardinal Piegas y Santiago Labat Pérez Gomar en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 321 y ss.

en cuanto a la vía procesal para reclamar los daños y perjuicios que se originan al litigar, consistente en una nueva pretensión, cuya inserción en el proceso requiere del cumplimiento de los requisitos de los actos de proposición.

C. ACTOS y FUNCIONES PROCESALES

El **art. 71 del CGP**-constitución de domicilio- contiene algunas modificaciones, dentro de las cuales se destacan:

- a. Incorpora en las normas del CGP al domicilio electrónico, cuya recepción positiva fue realizada a través del artículo único de la ley N° 18.237, de 26 de diciembre de 2007;
- b. regula con total precisión el alcance del domicilio constituido, que: *“regirá para todos los actos, incidentes y etapas del proceso, incluyendo la liquidación y ejecución de sentencia, expedición de segundas copias y entrega de la cosa subastada. Igual regla regirá para el domicilio real denunciado como propio por un compareciente”* (art. 71.2 del CGP en su nueva redacción); y
- c. establece como consecuencia de la omisión de la carga de constituir domicilio, que el mismo se tendrá por constituido en los estrados sin necesidad de mandato judicial.

Al **art. 72 del CGP** -documentos- se le agrega un punto atinente al desglose de documentos.

En el **art. 74 del CGP** -recibo de entrega de los escritos- se especifica que la copia de recibo deberá contener, además de la fecha de recibo, hora de entrega del escrito.

También, se establece como requisito de admisibilidad inicial, la presentación del número de copias necesarias, según cuantas personas deban ser notificadas.

El **art. 79 del CGP** -notificación en el domicilio- presenta ligeras variantes de redacción, así se sustituye la expresión *“casa”* por *“domicilio”*

Al **art. 86 del CGP** -notificación ficta en la oficina-, se le agrega un inciso final, donde se extiende el régimen de la notificación ficta a los casos de domicilio constituido en los estrados, en los cuales se había interpretado que la notificación se realizaba en el mismo día de dictado de la providencia.

En el **art. 87 del CGP**⁷-providencias exceptuadas a la notificación ficta- fue eliminado el nral. 3°, que preveía la notificación a domicilio de la providencia que cite a absolución de posiciones, extremo que queda cubierto con el régimen establecido para dicho medio probatorio.

Por su parte, se agregó la notificación a domicilio de la providencia que da traslado de las excepciones, así como de los recursos de apelación, casación y las respectivas adhesiones a dichos recursos.

También se especificó que en los casos de que el tribunal disponga la notificación a domicilio, deberá utilizar un criterio restrictivo.

En el **art. 89 del CGP** -notificación por edictos- se prevé la posibilidad de sustituir la publicidad en un periódico de circulación local por publicidad en la red informática. También se realiza mención, además de la auxilioria de pobreza a las caso de asistencia por Defensorías de Oficio y Consultorios Jurídicos, en cuanto a la exoneración de la segunda publicación.

El **art. 90 del CGP** -comunicaciones internas- figura como modificado, aunque simplemente se alteran algunas expresiones que no ameritan mayores comentarios.

⁷ Abal Oliú, Alejandro. “Resoluciones judiciales que se notifican a domicilio a partir de la reforma del CGP (Ley N° 19.090)” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 2/2012, págs. 873 – 883.

C.1. Plazos procesales

Se modifica ligeramente el **art. 96 del CGP** -días y horas hábiles-, sustituyendo la expresión “*funcionamiento de las Oficinas Judiciales*” por “*horario de atención al público*”

El **art. 97 del CGP** -habilitación de días y horas inhábiles- establece que podrá pedirse de Oficio la habilitación de días y horas inhábiles.

C.2. Audiencias y Expediente Judicial

Al **art. 100 del CGP** -presencia del tribunal en las audiencias- se le agrega un inciso referente a la presencia de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia en la audiencia.

En el **art. 101 del CGP** -continuidad de las audiencias- se establecen plazos para la fijación de audiencias, básicamente se dispone que no podrán mediar más de 90 días entre el acto de fijación de la audiencia y su realización.

El **art. 102 del CGP** -documentación de la audiencia- dispone que la Suprema Corte de Justicia implemente un sistema de registro de las audiencias a través de nuevas tecnologías⁸.

Al **art. 105 del CGP** -testimonios y certificados- se le establecen ligeras modificaciones, básicamente en cuanto a la facultad del tribunal de conferir o no traslado de la solicitud de testimonio, dado que la redacción anterior establecía que el testimonio se ordenaría por el tribunal con citación de la contraria.

El **art. 107 del CGP** -retiro en confianza del expediente- contiene una breve modificación, que consagra una práctica habitual, consistente en el retiro en confianza del expediente por cualquier persona expresamente autorizada para ello, bajo la responsabilidad del letrado firmante.

C.3. Nulidad de los actos procesales

Al **art. 114 del CGP** -anulación de actos procesales fraudulentos- se le establece una pequeña variante, aunque significativa, ya que para la tramitación de la solicitud de anulación en los casos de fraude o colusión, remite a las vías para reclamar las nulidades establecidas en el art. 115 del CGP, por lo cual debe entenderse definitivamente excluida de nuestro derecho la acción autónoma de nulidad, extremo que se condice con la exposición de motivos del proyecto de ley⁹.

El entendimiento anterior es ratificado por la nueva redacción del **art. 115 del CGP** vías procesales para la reclamación de la nulidad, al cual se le agrega el siguiente acápite: “*La nulidad podrá ser reclamada, únicamente, por los medios que se establecen a continuación*”. Por otra parte, en el art. 115.2 se elimina la remisión al art. 114 como vía para reclamar la nulidad.

Por otra parte, extremo que consistía en una omisión de la redacción anterior, se especifica que la nulidad hecha valer mediante la vía recursiva, también podrá requerirse a través del recurso de casación.

⁸ Sobre las diversas formas de registración de las audiencias y particularmente la utilización de nuevas tecnologías, ver: Labat Pérez Gomar, Santiago. “El Documento: Prueba en (y del) proceso civil en Uruguay” en *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 163 y ss., y Calaggiard, Maximiliano. “La tecnología en las funciones procesales” en *Anuario de Derecho Informático*, t. XIII, págs. 26 y ss.

⁹ Ver: Veira, Jorge, Ob. Cit., pág. 909. En relación a las discusiones sobre la pervivencia de la acción autónoma de nulidad, ver: Véscovi, Enrique y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. II, págs. 461 y ss. y Fernando Gomes Santoro – *Vigencia o no de la acción autónoma de nulidad*.

C.4. Actos de proposición

El art. 117 del CGP -forma y contenido de la demanda-, si bien aparece como modificado, la alteración -nral. 2º- no resulta relevante, ya que se limita a remitir al art. 71 del CGP en su nueva redacción, atinente a la constitución de domicilio.

El art. 120 del CGP -acumulación de pretensiones- establece breves modificaciones en el su punto 1, nral. 1º, tendientes a especificar el alcance de la expresión, de la expresión "igual o análoga materia", al respecto indica: "pretensiones de igual materia competencial; si pertenecieran a fueros competenciales diversos deberán ser conexas entre sí". En definitiva, el nuevo texto consagra la interpretación doctrinaria realizada del texto anterior, en cuanto para acumular inicialmente pretensiones en la demanda, éstas deben pertenecer a la misma materia, de lo contrario, ser conexas entre sí, en cuyo caso corresponderá al actor la elección de la competencia¹⁰.

El art. 121 del CGP -cambio de demanda- contiene dos modificaciones:

- a. En el art. 121.1 se establece un nuevo momento preclusivo para modificar la demanda, la redacción anterior preveía exclusivamente como límite para modificar la demanda, a la contestación de la misma. En cambio, la redacción actual agrega como momento preclusivo para modificar la demanda al vencimiento del plazo para su contestación, lo cual tiene incidencia en los casos donde la demanda no ha sido contestada, donde igualmente, vencido el término para la contestación de la demanda, acaecerá la preclusión para ampliar la demanda, sin importar que ésta haya sido contestado o no.
- b. En el art. 121.2 se establecen plazos preclusivos para la alegación de hechos nuevos en segunda instancia, en el caso de tribunales colegiados podrán alegarse hechos nuevos hasta el primer acuerdo y en los tribunales unipersonales hasta tanto se convoque a audiencia o se dicte decisión anticipada.
- c. Las normas anteriores deben relacionarse con la nueva redacción del art. 341, nral. 2º del CGP que establece otro momento preclusivo para alegar y probar hechos nuevos en primera instancia, en tal sentido se dispone que la alegación y prueba de hechos nuevos anteriores a la audiencia preliminar, deberá realizarse en dicha audiencia, no pudiendo realizarse con posterioridad a la misma.

El art. 123 del CGP -procedencia del emplazamiento- presenta modificaciones de escasa trascendencia en la regulación del emplazamiento, las mismas refieren especialmente a los casos de modificaciones en la capacidad y sucesión de parte.

El art. 124 del CGP -emplazamiento dentro de ciudad, villa, o pueblo- presente una ligera modificación en la denominación del artículo.

El art. 129 del CGP -sanción por omisión- se elimina la categorización de "insanable" de la nulidad, extremo que se condice con el resto de la redacción del artículo, en cuanto se establecen hipótesis donde las irregularidades en el emplazamiento, en caso de conocimiento fehaciente de la parte que debía ser emplazada, no vician de nulidad al mismo.

El art. 130 del CGP -formas y contenido de la contestación- se pronuncia en relación a las diversas interpretaciones doctrinarias sustentadas especialmente por Vécovi y sus Colaboradores por una parte y Tarigo por otra, en relación a los supuestos de incontestación de demanda y no comparecencia -rebeldía-, contestación con respuestas ambiguas o evasivas, o inasistencia a la audiencia preliminar.

Al respecto, se establece en la parte final del art. 130.2: "El tribunal deberá diligenciar los medios de prueba referidos a hechos no alcanzados por al regla de la admisión (art. 137)". En síntesis, se acoge la postura seguida por Vécovi y su grupo de Colaboradores en cuanto, a pesar de no ser contestada la demanda, igualmente deberá diligenciarse prueba, especialmente aquella que no estuviese alcanzada por la regla de la admisión,

¹⁰ Sobre el punto: Teitelbaum, Jaime. "La acumulación de pretensiones y el dilema del art. 120.1 del CGP" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/1994, págs. 723 y ss., y Vécovi, Enrique y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. II, págs. 206 y ss.

por ejemplo la atinente a hechos personales del actor, solución que la nueva redacción extiende a los casos de rebeldía e inasistencia del demandado a la audiencia preliminar¹¹.

Al art. 132 del CGP -actitudes del demandado- se le agregan dos nuevas actitudes: limitarse a comparecer -mera comparecencia- y provocar la intervención de terceros. Las referidas actitudes, aún sin ser enunciadas, ya resultaban admitidas en base a la normativa general del CGP. No obstante, debe destacar su inclusión, especialmente en lo que refiere a la sistematización de la normativa.

El art. 133 del CGP -excepciones previas- contiene una serie de modificaciones que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- a. Elimina la anterior redacción del nral. 6° que preveía: “*el emplazamiento de terceros...*”, al respecto debe recordarse que la nueva redacción del art. 52 de CGP establece un trámite particular en referencia a la intervención provocada de terceros.
- b. Se establece claramente como plazo preclusivo para la oposición de la excepción de prescripción a la contestación de la demanda, derogando así la normativa del Código Civil (art. 1191 del CC en la redacción dada por la ley N° 16.603, de 19 de octubre de 2004).
- c. Se prevé específicamente la excepción de manifiesta improponibilidad de la demanda.
- d. Se establecen como relevables de oficio a las excepciones de falta de legitimación, cuando surge de los propios dichos de la demanda, y la excepción de manifiesta improponibilidad de la misma.
- e. Se incorpora a la parte final del art. 133 del CGP lo establecido por la ley N° 16.226, de 29 de octubre de 1991, en cuanto a que la excepción de incompetencia por razón de materia, no podrá ser relevada más allá de la audiencia preliminar, salvo en los casos de materia penal. También se incorpora la interpretación jurisprudencial existente, en cuanto a que subsanada la incompetencia en la Primera Instancia, ello no implicaba la determinación de la Alzada, la cual debía remitirse al Tribunal competente. Sobre el punto se agregó la siguiente redacción: “*Declarada la incompetencia, las actuaciones cumplidas serán válidas y se remitirán a conocimiento del tribunal competente*”¹².

Al art. 134 del CGP -allanamiento de la demanda- se regula expresamente el allanamiento parcial, agregando un inciso final: “*el allanamiento parcial declarado en la oportunidad prevista por el numeral 6) del artículo 341 habilitará la ejecución*”

La norma anterior resulta novedosa, consagrando un mecanismo similar al establecido en el nuevo proceso laboral en donde se estableció el dictado de sentencia anticipada en los casos de allanamiento parcial (art. 14, nral. 2° de la ley N° 18.572 de 13 de setiembre de 2009, en la redacción dada por el art. 4° de la ley N° 18.847, de 25 de noviembre de 2011).

11 Sobre la referida disputa doctrinaria, ver en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*: “La carga de la comparecencia en el proceso ordinario de conocimiento” (págs. 169 y ss.) y “La carga de la contradicción del demandado compareciente en el proceso de conocimiento” (pág. 183 y ss.) y “La carga de la asistencia personal de las partes a las audiencias del proceso” (págs. 195 y ss.), todos trabajos presentados por Enrique Tarigo. También en las mismas Jornadas, sosteniendo la posición opuesta: “Enfoque sistemático de las cargas de y su incidencia en el objeto de la prueba” por Enrique Vescovi, Margarita de Hegedus, Selva Klett, Bernadette Minvielle, Luis María Simón y Santiago Pereira Campos (págs. 211 y ss.), “¿Corresponde diligenciar prueba en casos de falta de comparecencia o contradicción del demandado?” por Luis María Simón (págs. 247 y ss.). La posición de Vescovi y sus Colaboradores figura también en el *Código General del Proceso. Comentario, anotado y concordado*, t. III., págs. 310 y ss. En relación a las diversas ponencias y trabajos presentados en las referidas *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, así como las conclusiones arribadas en las mismas, ver: “Carga de la comparecencia y de la contradicción en el proceso civil (VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Comisión II) Relación General” por Edgar J. Varela Méndez en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/1995, págs. 247 y ss.

12 A modo ejemplificativo de la situación, en caso de promoverse una acción atinente a aspectos patrimoniales de la familia en un Juzgado Letrado con competencia civil, cuando tal cuestión es materia propia de los Juzgados Letrados con materia de familia (art. 69 de la LOT) y no habiendo sido relevada la incompetencia del Juzgado Letrado con competencia civil, ello no determina la competencia de los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, sino que mantienen la competencia para entender en la Alzada los Tribunales de Apelaciones de Familia. En relación a la **jurisprudencia** sobre tal punto, corresponde remitir a las Sentencias N° 123/2011, 359/2011, 454/2011, de la Sala en lo Civil de 5° Turno, y recientemente, de la misma Sala, invocando la reforma en estudio, la Sentencia N° 434/2013.

Por su parte, el nuevo inciso del art. 134 del CGP prevé el dictado de sentencia definitiva -que puede denominarse parcial, en relación al allanamiento también parcial-, la norma al referir a que dicha Sentencia “habilitará la ejecución” puede generar equívocos en cuanto a los medios impugnativos que será susceptible la mencionada Resolución.

Respecto a lo anterior, la Sentencia que se pronuncie sobre el allanamiento parcial, será una sentencia definitiva que resuelve una parte de la pretensión y, por ende, impugnabile como tal.

C.5 Prueba

Al **art. 142 del CGP** -producción de la prueba- se le agregan algunos incisos, los cuales consagran el deber de colaboración, tanto para las partes como para terceros en la producción de la prueba, estableciendo una presunción simple en contra de la parte que no colabora en el diligenciamiento probatorio.

El **art. 144 del CGP** -rechazo de la prueba- contiene una serie de modificaciones:

- a. xplícita el rechazo de la prueba manifiestamente impertinente, innecesaria e inconducente, en tal sentido, debe relacionarse con la nueva redacción del art. 24 nral. 6° del CGP;
- b. Regula expresamente el rechazo de prueba que tiende a sustituir otro medio probatorio -inconducente-, al respecto establece: “*También rechazará el diligenciamiento del medio que manifiestamente tienda a sustituir a otro que específicamente corresponda por la ley o por la naturaleza del hecho a probar, en cuyo caso el tribunal podrá disponer el diligenciamiento del medio de prueba que corresponda*”. Tal disposición debe interpretarse en relación a la iniciativa probatoria del tribunal y a los límites de la referida iniciativa, por ejemplo en los casos que se pretenden sustituir prueba pericial por informes técnicos, donde la iniciativa probatoria del Tribunal no podrá suplir la deficiencia probatoria de las partes.

El **art. 145 del CGP** -prueba trasladada- en su nueva redacción prevé específicamente la facultad de la contraparte de ofrecer contrapueba.

El **art. 148 del CGP** -admisibilidad de la declaración de partes y absolución de posiciones-, contiene las siguientes variantes:

- a. Se especifica que no procede el interrogatorio de la parte por su patrocinado, a excepción preguntas aclaratorias;
- b. Se establece como plazo preclusivo para la solicitud de interrogatorio con citación o absolución de posiciones a las oportunidades de ofrecimiento de prueba;
- c. La limitación anterior no rige para el interrogatorio libre.

El **art. 149 del CGP** -interrogatorio- contiene algunas modificaciones de escasa significación, por ejemplo en el art. 149.1 se sustituye la expresión “*hechos controvertidos*” por “*objeto de la prueba*”. Por su parte, ratifica el carácter preclusivo de la solicitud de interrogatorio con citación y absolución de posiciones.

El **art. 150 del CGP** -posiciones- establece, además del momento preclusivo para formular la solicitud de absolución de posiciones, la preclusión para presentar el pliego cerrado con las posiciones, que será en audiencia preliminar.

El **art. 155 del CGP** -testigos- establece en 13 años a la adquisición de la capacidad para ser testigo, en consonancia con las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia (art. 1°).

Al **art. 170 del CGP** -autenticidad de los documentos- se le agrega un inciso en relación a la eficacia convictiva de los documentos emanados por terceros, sin firmas autenticadas, los cuales serán valorados conforme las reglas de la sana crítica.

El **art. 173 del CGP** -reconocimiento de documentos privados- contiene dos variantes en relación al reconocimiento de documentos privados librados por el representante:

- a. La redacción anterior del art. 173.2 sólo preveía las consecuencias de no comparecer a reconocer el documento o brindar respuestas evasivas en relación al representante, no pronunciándose sobre el representado citado a reconocer un documento librado por su representante. La actual redacción establece igual régimen tanto para el representante como el representado en los casos en que son citados a reconocimientos de documentos.
- b. También en relación de reconocimiento de documento librado por representante, se establece una modificación en relación a la forma de acreditar la representación, la redacción actual establece sobre el punto que el documento se tendrá por auténtico *“una vez admitida o probada la representación al tiempo del otorgamiento”*, la redacción anterior sólo refería a *“probada la representación...”*. En síntesis, la nueva disposición es más estricta en cuanto requiere probar la representación al tiempo del otorgamiento y más laxa, al establecer la posibilidad de admisión de la representación, y por ende libramiento de la carga probatoria sobre tal punto.

El **art. 174 del CGP** -cotejo de letras o firmas- contiene también una ligera variación en su redacción, aunque la misma resulta trascendente. En tal sentido, se establece que podrá requerirse pericia caligráfica o cualquier otro medio idóneo cuando el documento fuere desconocido, prueba que será requerida *“en el proceso principal respectivo”*.

El precepto anterior refiere a las discusiones existentes en cuanto a la vía para comprobar la autoría de un documento desconocido, especialmente su procedencia como diligencia preparatoria, optando el legislador por el proceso principal, extremo que puede tener incidencia en materia de títulos ejecutivos¹³.

El **art. 176 del CGP** -documentos incompletos- presenta una muy breve modificación, en el inc. 1º se agrega la expresión *“alterados”*.

El **art. 178 del CGP** -número de peritos- mantiene su redacción originaria y agrega una remisión al procedimiento de designación previsto por el art. 3º de la ley N° 17.088, de 30 de abril de 1999, en la redacción dada por la ley N° 17.258, de 19 de mayo de 2000, tales leyes refieren a la participación como peritos de personal técnico del Instituto Técnico Forense, remitiendo en definitiva a la elección de peritos del listado de profesionales confeccionado por al Suprema Corte de Justicia.

También prevé específicamente la posibilidad de las partes de designar de común acuerdo al perito, extremo que no podrá ser denegado por el Tribunal.

El **art. 185 del CGP** -honorarios periciales- contiene una serie de modificaciones, consistentes en:

- a. 185.3 del CGP inc. 2, se establece el carácter irrecurrible de la resolución que exonera de consignar honorarios provisorios del perito en casos de pobreza;
- b. 185.4, refiere el trámite de regulación de los honorarios periciales, remitiendo al art. 183.1. En tal sentido, se establece que los honorarios periciales serán comunicados a las partes en la oportunidad prevista por el art. 183.1 del CGP, lo cual supone su comunicación en la misma oportunidad que el dictamen pericial.
- d. En cuanto a la impugnación de los honorarios periciales, se establece que, en caso de **no deducir oposición** a los honorarios, estos serán fijados por el Tribunal una vez culminada el encargo pericial.
- e. Al contrario, de **deducirse oposición** al monto de los honorarios estimado por el Perito, el debate se realizará fuera del expediente, conforme el trámite del proceso de regulación de honorarios (art. 144 de la LOT), siendo una guía para su determinación, el arancel pertinente y en su defecto el precio de costumbre (art. 1834 del CC.).

¹³ La postura contraria, en cuanto a la realización de una pericia caligráfica en sede de diligencia preparatoria ante el desconocimiento de la firma o autoría de un documento, fue sostenida por Teitelbaum (ver: Jaime Teitelbaum – “Proceso Monitorio y Ejecutivo” en *Curso sobre el Código General del Proceso*, t. II, pág. 131).

Al **art. 186 del CGP** -inspección judicial- se le agrega un inciso, que establece: “*Podrá ser cometida al al-guacil de la sede la inspección que sólo tenga por objeto determinar la identidad de los ocupantes de un inmueble*”, la especificación anterior genera dudas en cuanto a la vigencia de otras inspecciones judiciales, cuya delegación resulta admitida por la normativa en materia de arrendamientos, especialmente art. 53, inc. 2º del Decreto Ley N° 14.219, de 4 de julio de 1974.

En relación con lo anterior, corresponde sostener la vigencia de la legislación arrendaticia por tratarse de una ley especial, no derogada por las normas generales.

El **art. 193 del CGP** -pruebas posteriores a la conclusión de la causa- contiene una ligera modificación en cuanto a la oportunidad en que el tribunal podrá requerir tales diligencias. Previo a la reforma se establecía que las diligencias para mejor proveer deberían requerirse “*al retirarse el tribunal para considerar su decisión...*”, la nueva redacción prevé la posibilidad de solicitar las mismas durante el plazo para el dictado de sentencia.

El **art. 194 del CGP** -efectos de las diligencias para mejor proveer sobre los plazos para dictar sentencia- contiene algunas modificaciones en cuanto al plazo que dispondrá el tribunal para dictar sentencia, la redacción original establecía que la sentencia debía dictarse dentro de los treinta de días de dictada la diligencia para mejor proveer, la redacción actual mantiene dicha pauta, pero establece posibilidades de prórroga del dictado de sentencia cuando la diligencia para mejor proveer haya sido dictada en determinadas condiciones.

C.6. Resoluciones judiciales

El **art. 200 del CGP** -decisión anticipada- en su nueva redacción elimina las causales específicas para el dictado de decisión anticipada, estableciendo como único requisito para el dictado de decisión anticipada a la unanimidad de votos en el acuerdo -respecto de resolver mediante decisión anticipada-.

La disposición anterior pone fin a una práctica habitual de los Tribunales de resolver mediante decisión anticipada la mayoría de los asuntos sometidos a su conocimiento, aún cuando no se configuraban las causales previstas.

El **art. 203 del CGP** -plazos para dictar sentencia- contiene algunas modificaciones de redacción, especialmente en el funcionamiento de los tribunales colegiados. En relación con el último aspecto, la redacción original preveía que el plazo para dictar sentencia se computaría desde el día hábil siguiente al último estudio. La actual redacción establece que finalizado el estudio sucesivo, dentro de los 5 días hábiles siguientes, se realizará el acuerdo, y el plazo de dictado de sentencia se computará a partir del día hábil siguiente al acuerdo.

El **art. 204 del CGP** -plazos de estudio en los tribunales colegiados- , establece una serie de modificaciones en la segunda instancia, dentro de las cuales puede destacarse:

- a. Reduce los plazos de estudio de cada miembro del colegiado a 10 días en caso de sentencias interlocutorias -antes eran 15 días- y a 20 días en caso de sentencias definitivas -antes eran de treinta días-;
- b. Culminado el estudio por el último Ministro, los autos pasan al acuerdo -que deberá realizarse dentro de los 5 días hábiles siguientes al último estudio, nueva redacción del art. 203.4 del CGP-, el contenido de dicho acuerdo podrá ser el siguiente: dictado de sentencia anticipada o convocatoria a audiencia, que deberá realizarse dentro de los 30 días;
- c. Se establece un trámite especial para el diligenciamiento de prueba en segunda instancia como consecuencia de la iniciativa probatoria del tribunal, distinguiéndose si la solicitud de prueba se realiza en forma previo o finalizado el estudio de los Ministros, así como el trámite posterior a la solicitud de diligenciamiento de prueba en ambas hipótesis (nueva redacción art. 204.3);
- d. También se establece la posibilidad, en casos excepcionales, de realizar un segundo estudio sucesivo, evidentemente con plazos más acotados que el primer estudio.

El **art. 205 del CGP** -plazos de estudio en los tribunales unipersonales-, se altera parcialmente la norma, dado que anteriormente remitía a los plazos previstos para los tribunales colegiados. En la nueva redacción se establece un plazo de estudio mayor para los tribunales unipersonales en relación a los tribunales colegiados. Así, en los primeros el plazo de estudio para sentencias interlocutorias, será de 15 días -en los tribunales colegiados es de 10 días- y en el caso de sentencias definitivas 30 días -en los tribunales unipersonales el plazo es de 20 días-.

El **art. 207 del CGP** cambia su denominación, originariamente se denominaba “*suspensión de plazos -para dictado de sentencia-*”, en la reforma el artículo se titula: “*comienzo y suspensión de plazos*”. Efectivamente, la nueva redacción de la norma establece que el inicio de los plazos de estudio y de dictado de sentencia se computará a partir del día hábil siguiente al de la conclusión de la causa.

El **art. 209 del CGP** -traslados y ascensos- en su nueva redacción amplía los casos en que el tribunal mantiene su competencia para el dictado de sentencia definitiva. La redacción originaria preveía que conservaría la competencia en asuntos en “*que hubiera celebrado y concluido el proceso por audiencia*”, básicamente se requería la conclusión de la causa.

La redacción actual, en consonancia con el principio de inmediación en lugar de tomar como punto de referencia a la conclusión de la causa, considera a la finalización de la “*instrucción probatoria*”. El extremo anterior determina que en tales casos -conclusión de la instrucción probatoria y traslado o ascenso del Magistrado-, los alegatos se presentarán por escrito el día fijado para la audiencia de conclusión de la causa.

Por otra parte, en relación a la competencia del titular de la Sede que ha sido trasladado o ascendido, la misma comprende el dictado de sentencias definitivas y los recursos de aclaración o ampliación en contra de dicha sentencia.

El **art. 221 del CGP** -efectos de la cosa juzgada en procesos con emplazamiento a personas indeterminadas o inciertas- en su redacción original establece que la sentencia dictada en los procesos donde se emplazó a personas determinadas o inciertas tendría efectos en relación a toda la categoría, salvo que se demuestre en ese u otro proceso que la identidad de los emplazados genéricamente era conocida por las partes. La nueva redacción del artículo, en lugar de referir “*en el mismo proceso o en otro*”, establece: “*recurso de revisión*”.

La modificación anterior puede interpretarse como una opción legislativa a remitir exclusivamente como remedio de la cosa juzgada fraudulenta al recurso de revisión, en lugar de la acción autónoma de nulidad.

C.7. Modos extraordinarios de conclusión del proceso

Al **art. 223 del CGP** -oportunidad y trámite de la transacción y conciliación- se le agrega un inciso final en relación a la conciliación y transacción parcial, estableciendo que habilitarán la ejecución, al respecto caben similares precisiones a las expresadas al comentar el allanamiento parcial (véase comentario al art. 134).

El **art. 231 del CGP** -costas y costos en caso de desistimiento- resulta enteramente modificado. En el régimen anterior se establecía básicamente que quién desistía pagaba todos los gastos -cotas y costos-, mientras que el régimen actual establece la condena preceptiva en costas, dejando librado a la valoración del tribunal, conforme los criterios del art. 688 del CC, la imposición de la condena en costos.

El **art. 234 del CGP** -cómputo del plazo de la perención- se realiza una ligera modificación tendiente a la armonización del artículo en relación a la forma de cómputo del plazo de la perención, especificando que en el caso de diligencias judiciales, también comienza el cómputo del plazo de la perención a partir del día siguiente.

El **art. 238 del CGP** -procedimiento y recurso- contiene una modificación en relación a las causales de impugnación de la interlocutoria que declara la perención de la instancia, la redacción originaria preveía específicas causales para la promoción de los recursos -error de cómputo o causa de fuerza mayor-, la actual redacción elimina dichas causales. Sin embargo, aún cuando actualmente no se encuentran limitadas las causales, dado la naturaleza de la perención de la instancia, difícilmente podrá ser revocada la resolución que la declare en mérito a causales diversas.

C.8. Medios impugnativos

El **art. 241 del CGP** -impugnabilidad de las resoluciones judiciales- contiene una breve reforma tendiente a la armonización de la norma, sustituyen la palabra “*recurrir*” del segundo inciso por “*impugnar*”

El **art. 243 del CGP** cambia su denominación de “*Diversas clases de recursos*” a “*Medios impugnativos*”, el cambio resulta adecuado, ya que no sólo se enuncian recursos, sino medios impugnativos diversos a los recursos. En tal sentido, además de los recursos, fueron incorporados los siguientes medios impugnativos: oposición a la providencia con citación, las excepciones previas, las excepciones en el proceso monitorio y de ejecución y el juicio ordinario posterior.

C.8.i. Recurso de reposición

Al **art. 246 del CGP** -plazo y procedimiento del recurso de reposición- se le agrega el punto 4, que refiere al recurso de reposición interpuesto en audiencia en contra de una sentencia interlocutoria.

Al respecto se establece que al resolver el recurso de reposición, el tribunal deberá pronunciarse de conformidad con lo dispuesto por los arts. 250, 251 y 254 del CGP, básicamente en lo que refiere a la procedencia, trámite y efectos del recurso de apelación. Incuestionablemente, el nuevo punto del artículo supone la interposición subsidiaria de los recursos de reposición y apelación en subsidio.

C.8.ii. Recurso de apelación

El **art. 250 del CGP** -procedencia del recurso- presenta una ligera variante en su numeral 2º, especialmente en cuanto a las normas a las cuales remite, la redacción original refería solamente al art. 254 del CGP -procedimiento de apelación de interlocutorias-, la actual redacción refiere a los arts. 246.4, 251 nral. 3º, 253 y 254.

La aludida remisión, más allá de su utilidad o no, particularmente al art. 251 nral. 3º, que regula el efecto diferido de la apelación, puede generar equívocos, ya que el efecto de la apelación de las interlocutorias podrá ser no suspensivo -de regla-, suspensivo o diferido, careciendo de explicación la exclusiva referencia al efecto diferido.

El **art. 251 del CGP** -efectos de la apelación-, contiene una serie de modificaciones:

- a. En cuanto al efecto no suspensivo, anteriormente se establecía que una vez recibida la pieza por el Tribunal, éste se pronunciaría dentro de las 48 horas, en cuanto a si suspendía o no el trámite del principal. La nueva redacción elimina el plazo de 48 horas, por lo cual en cualquier momento de la Segunda Instancia podrá ordenarse por el Tribunal la suspensión del trámite;
- b. La modificación más trascendente del artículo figura en el segundo inciso del numeral tercero en donde se prevé lo que a nivel de doctrina se ha denominado “*apelación sin agravio*”. Evidentemente la denominación genera equívocos, ya que la medida y fundamento de la apelación es el agravio. La norma establece la posibilidad de apelar, aún cuando la sentencia definitiva no cause agravio, en el caso de que se haya concedido la apelación con efecto diferido respecto de providencias interlocutorias, las cuales podrán ser apeladas vía principal o adhesiva, mediante el trámite de apelación de las sentencias interlocutorias¹⁴;
- c. A pesar de que no se encuentra especificado en la norma y, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 260 del CGP -ejecución provisional-, la apelación de las referidas interlocutorias, al fundarse y tramitarse el recurso una vez que se ha dictado la sentencia definitiva, tendrá efecto suspensivo.

El **art. 253** -apelación de sentencias definitivas-, contiene las siguientes modificaciones:

14 Sobre las relaciones entre agravio y sucumbencia y, concretamente, en relación a la expresión de los agravios respecto de las sentencias interlocutorias apeladas con efecto diferido, sin apelar la sentencia definitiva, ver: Jorge Perera – *Apelación y Segunda Instancia. Proceso Civil y Penal*, págs.51 – 52 y págs. 118 – 199; del mismo autor: “*Expresión de agravios en la apelación con efecto diferido*” en *RUDP*, N° 2/2000, págs.243 y ss.

- a. Establece que el recurso de apelación se sustanciará con un traslado a la contraparte y “a cualquier litigante con interés distinto al del recurrente”, la redacción anterior refería exclusivamente a contraparte¹⁵;
- b. Con similar alcance que la modificación anterior se establece que la contraparte o “cualquier litigante con interés distinto al del recurrente” podrá adherir al recurso de apelación, debe reiterarse que la redacción anterior sólo refería a contraparte;
- c. Las modificaciones que vienen de mencionarse adquieren relevancia en los casos de litisconsorcio, donde en base al argumento de que el litisconsorte no era contraparte, se había denegado la adhesión a la apelación de su litisconsorte;
- d. En materia de prueba en segunda instancia, se restringe su alcance, eliminando la admisibilidad de la declaración de partes y absolución de posiciones (se elimina el nral. 1° del art. 253.2 en su redacción originaria).

El **art. 254 CGP** -apelación de sentencias interlocutorias- contiene una modificación en el numeral 3°, al cual se le agrega un inciso en consonancia con la posibilidad de apelar sentencias interlocutorias -apeladas con efecto diferido- sin que sea necesario apelar la sentencia definitiva.

El **art. 255 del CGP** -resolución del tribunal inferior- presenta una ligera modificación en el inciso 2°, donde se establece que el único medio impugnativo en caso de no ser otorgado el recurso o de otorgarse con un efecto diverso al que legalmente corresponda, será el recurso de queja, con el alcance estipulado en la reforma.

Al **art. 257 del CGP** -facultades del tribunal de alzada- se le agrega un inciso final al punto 5.

La nueva redacción regula con carácter restrictivo los casos de reenvío al tribunal inferior en los supuestos en donde es acogida la apelación otorgada con efecto diferido respecto de sentencias interlocutorias, que se hace valer en la apelación de la sentencia definitiva.

En tal sentido, se establece: “No procederá el reenvío, salvo cuando se declare la nulidad (inciso segundo del artículo 116). En caso de que el tribunal haya declarado la admisibilidad de una prueba, dispondrá su diligenciamiento conforme con el artículo 344.3”.

La nueva redacción puede causar equívocos en relación a los casos que procede el reenvío al tribunal inferior, que pueden resumirse en las siguientes hipótesis¹⁶:

- a. nulidad de la sentencia o de actos procesales que hagan imposible el aprovechamiento de los actos posteriores;
- b. Debe anotarse que la norma refiere a hipótesis de “admisibilidad” de prueba, no de nulidad, por ende, en caso de que el tribunal superior entendiera admisible una prueba -que haya sido declarada inadmisibles en primera instancia- dispondrá su admisión, producción y diligenciamiento, dictando posteriormente sentencia. En cambio, de declararse la nulidad de una diligencia probatoria, corresponderá el reenvío.

Al **art. 258 del CGP** -recursos contra las sentencias del tribunal de segunda instancia- se le agrega un inciso a la redacción anterior, la cual sólo preveía los recursos admisibles en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia -aclaración, ampliación y revisión-. La redacción actual prevé los recursos admisibles en contra de las providencias dictadas en el trámite de la segunda instancia, estableciendo que serán susceptibles de recursos de aclaración, ampliación y reposición.

15 En relación al tema de adhesión a la apelación y especialmente el traslado a todo litigante con un interés diverso al apelante, ver: Santiago Labat y Alfredo Taullard: “Algunos aspectos prácticos en materia de adhesión a la apelación” en *XIV Jornadas Nacionales de derecho Procesal*, págs. 197 y ss.

16 Sobre la problemática en relación a la procedencia del reenvío, previo a la reforma procesal, ver: Gabriel Valentín – “Los deberes poderes del tribunal de alzada: determinación de los casos en que procede el reenvío” en *XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 169 y ss.

C.8.iii. Recurso de queja

El **art. 262 del CGP** -procedencia del recurso de queja- amplía el ámbito del recurso en relación a los diversos efectos de la apelación. La redacción originaria del CGP preveía únicamente la queja en caso de que la apelación se otorgase con efecto diferido en contravención al efecto legalmente previsto, la redacción actual amplía la queja, además del efecto diferido ya previsto, a los efectos no suspensivo y suspensivo de la apelación.

El **art. 264 del CGP** -otorgamiento del recurso de queja- contiene una previsión especial en el punto 1, relativo a la posibilidad de que el tribunal a quo franquee el recurso denegado o lo otorgue con el efecto correspondiente, la referida previsión no figuraba en la redacción originaria.

En consonancia con lo anterior, se establece que la parte que resultare agraviada por la modificación en la admisión del recurso o modificación del efecto de la apelación, podrá plantear recurso de queja, en este último caso el tribunal no podrá modificar su decisión.

El **art. 265 del CGP** -suspensión del procedimiento- presenta una ligera variante en relación a los supuestos de suspensión del proceso en virtud de la interposición del recurso de queja. El supuesto de la presente disposición consiste en el recurso de queja por no otorgamiento de la apelación u otorgamiento con efecto diferido o no suspensivo. En las situaciones anteriores, se establecía que "*previamente*" a estudiar el recurso de queja, el Tribunal podría suspender el trámite del expediente principal. La redacción actual elimina la mención "*previamente*", desechando así el requisito de temporalidad para suspender el procedimiento.

El **art. 266 del CGP** -resolución del recurso-, presentan ligeras modificaciones en su redacción, las cuales no ameritan mayores comentarios y refieren a la sistemática del recurso de queja. En efecto, se elimina la mención "*denegado*" que califica el recurso, ya que la queja no sólo procede ante la denegación, sino también ante el otorgamiento de un recurso con un efecto diferente al legalmente previsto.

El **art. 267 del CGP** -costas del recurso- remite al régimen de los incidentes, en concreto al inc. 1° del art. 57 del CGP en su nueva redacción. Por otra parte, establece que la contraparte sólo tendrá derecho a las costas y costos -de ser impuestos- si hubiera participado en el trámite del recurso.

C.8.iv. Recurso de casación

El **art. 274 del CGP** -procedimiento de admisibilidad del recurso- prevé la posibilidad de adherir al recurso de casación, extremo no previsto en la redacción original. También, en similar sentido a la nueva redacción del trámite del recurso de apelación, se establece que podrá adherir a la casación la contraparte o cualquiera que tenga un interés diverso al recurrente. Sin embargo, al especificar el traslado del recurso de casación se establece que será sustanciado con la contraparte. Dado la posibilidad de adherir de la contraparte y de cualquiera con un interés diverso del recurrente, consecuentemente deberá de conferirse traslado a todas las partes¹⁷.

El **art. 276 del CGP** -procedimiento ante la Suprema Corte de Justicia- contiene ligeras modificaciones en cuanto prevé el estudio sucesivo como regla, refiriendo al carácter excepcional del estudio simultáneo en caso de contarse con los medios técnicos adecuados para ello.

Por otra parte, se destaca el carácter discrecional en caso de convocar audiencia en el trámite del recurso de casación

¹⁷ La reforma legislativa asume la posición doctrinaria del Prof. Aba; al respecto ver: Alejandro Abal - "¿Es posible la adhesión al recurso de casación civil?" en *Anales del Foro*, 1994, N° CXXIII, págs. 169 y ss.; y del mismo autor: *Estudios del Código General Proceso*, t. II, págs. 161 y ss.

C.8.v. Recurso de revisión

Al **art. 283 del CGP** -causales del recurso de revisión- se le incorpora una nueva causal de revisión, consistente en que: *“se reclame nulidad por indefensión y no se haya podido hacer valer por las vías del art. 115”*. Tal extremo refuerza la tendencia seguida en la reforma en cuanto a desechar definitivamente la acción autónoma de nulidad.

En efecto, al ampliarse las causales de revisión, concomitantemente se reducen las hipótesis manejadas a nivel doctrinario atinentes al contenido de la acción autónoma de nulidad.

El **art. 285 del CGP** -plazos- amplía a tres años el plazo en que puede interponerse el recurso de revisión.

La referida ampliación también incide en cuanto al rechazo de la acción autónoma de nulidad, ya que se había criticado la exigüidad del plazo para interponer el recurso de revisión -1 año en la redacción original-, lo cual debe descartarse con la ampliación actual.

D. ESTRUCTURAS PROCESALES

D.1. Procesos preliminares

D.1.i. Conciliación previa

Al **art. 293.1 del CGP** -regla general, preceptividad- se le agrega un inciso relativo a los órganos competentes del Poder Judicial en materia de conciliación, en concreto se refiere a los Juzgados de Paz y de Conciliación -de existir competencia especializada en el último caso- del domicilio del futuro demandado.

El **art. 294 del CGP** -excepciones a la conciliación previa-, sufrió sucesivos cambios durante su vigencia, la redacción anterior a la reforma fue establecida por las leyes 16.995, de 26 de agosto de 1999 y 17.930, de 19 de diciembre de 2005, la nueva redacción presenta las siguientes modificaciones:

- a. El nral. 1° exceptúa del proceso conciliatorio a todo proceso que no tramite por la vía ordinaria, retomando así la hipótesis de excepción prevista en el nral. 4° de la primigenia redacción del CGP. En concordancia con la nueva redacción, se eliminaron los nrales. 2° -procesos de jurisdicción voluntaria-, 3° -proceso ejecutivo y de entrega de la cosa-, 5° -procesos de amparo y cautelar previo-, 7° -proceso expropiatorio y de toma de urgente posesión-, y 8° -proceso de concurso, concordato, quiebra, moratoria y liquidación judicial de S.A. Los procesos anteriores, dado que tramitan por una estructura diversa a la ordinaria, quedan comprendidos dentro de la excepción genérica de la conciliación previa en aquellos procesos que no tramitan por la estructura ordinaria.
- b. La redacción del CGP, previo a la actual reforma, establecía como excepción en el nral. 1°: *“los casos en que se deduce demanda en un juicio pendiente por la misma causa...”*. La actual redacción del nral. 1° fue sustituida por la previsión que viene de indicarse. Por otra parte, el contenido del nral. 1° pasó a formar parte del actual nral. 2°, que especifica dentro de las hipótesis exceptuadas de conciliación a los casos *“en que se pida una medida preparatoria o se inserte una nueva pretensión en un proceso pendiente o en los que interviene un tercero espontánea o provocadamente”*. La referencia a medidas preparatorias puede generar equívocos, en cuanto a si la excepción de conciliación comprende a la medida preparatoria en sí, como proceso preliminar o al proceso principal al cual se relaciona la medida preparatoria. Respecto de las opciones anteriores, la segunda de ellas se identifica con la nueva redacción del artículo, en cuanto al excluirse de la conciliación a todo proceso que trámite por una estructura diversa al ordinario -actual redacción del nral. 1°- quedarían excluidas las medidas preparatorias, por lo cual la actual redacción del nral. 2° sería redundante. Por ende, en aquellos procesos en que se hayan tramitados medidas preparatorias no corresponde la conciliación previa.
- c. El actual nral. 3° excluye de la conciliación previa a los procesos correspondientes a la materia de familia, arrendaticia y laboral, remitiendo a la conciliación administrativa respecto de los últimos. La nueva redacción amplía las hipótesis de excepción, especialmente a la materia de familia. En tal sentido, la redacción anterior exceptuaba de conciliación a la materia de familia en los casos

en que hubiera jurisdicción especializada, la actual redacción no realiza el distingo anterior. Consecuentemente con el nuevo alcance de la excepción en la materia de familia, fue eliminado el nral. 11°, que exceptuaba de conciliación a los procesos de separación de cuerpos y divorcio.

- d. El actual nral.4° excluye de conciliación a las pretensiones de nulidad de los actos dictados por las personas públicas no estatales, la nulidad de dichos actos y su trámite se encuentran previstos en las respectivas leyes que crean y regulan a dichas entidades, en las cuales suele remitirse a la estructura ordinaria, por lo cual su inclusión resulta acertada a efectos de evitar dudas interpretativas;
- e. La nueva redacción del nral. 5° consiste en una excepción residual referente a *“los procesos en que la ley genéricamente le excluye”*. Tal previsión resulta relevante en cuanto puede interpretarse que no existe una derogación genérica de los casos especialmente exceptuados por ley de conciliación previa. Sin embargo, debe reconocerse que la mayoría de las excepciones refieren a procesos que tramitan por estructuras no ordinarias, por lo cual quedan a su vez comprendidos dentro de la excepción genérica establecida en la actual redacción del nral. 1° del artículo.
- f. Finalmente, la actual redacción del artículo 294 elimina la previsión incorporada por la ley N° 17.930, en su art. 409, por la cual exceptuaba de conciliación a los procesos en donde fuera actor o demandado el estado o una persona pública estatal. Por ende, a partir de la vigencia de la nueva ley, el Estado deberá ser citado a conciliación previa.

El **art. 295 del CGP** -procedimiento- contiene una modificación en el punto 1, donde se agrega los requisitos que debe contener la solicitud de conciliación previa, refiriendo que debe indicarse *“sucintamente el fundamento y objeto de la pretensión a ejercitar en el proceso principal”*.

Al **art. 298 del CGP** -falta de conciliación- se le agrega un inciso que, en consonancia con la redacción originaria, prevé que la falta de conciliación no implica la nulidad de la sentencia dictada sin dar cumplimiento a dicho requisito.

D.1.ii. Proceso provocativo o de jactancia

El **art. 300 del CGP** -promoción de jactancia- contiene una modificación relativa a la competencia para entender en el proceso de jactancia. La redacción originaria preveía como competencia al domicilio del demandado, mientras que la redacción actual establece que será competente el órgano que habría de entender en el asunto principal. En síntesis, se cambia el criterio atributivo de competencia de domicilio del demandado a órgano que entienda en el proceso principal, cuya competencia se determinará según las pautas atributivas de la LOT.

El **art. 302 del CGP** -consecuencias de la respuesta- se encuentra modificado en el punto 1, donde, en concordancia con la modificación anterior, se establece que en caso de intimarse a presentar la demanda, la misma deberá interponerse ante la misma Sede que entiende en proceso de jactancia, extremo que consiste en una hipótesis de prevención (art. 7° de la LOT).

Por su parte, se establecen modificaciones en el punto 4 de dicho artículo en relación al régimen impugnativo en dicho proceso, las cuales pueden sintetizarse en las siguientes cuestiones:

- a. Como regla general se establece el carácter inapelable de todas las resoluciones dictadas en el curso del proceso.
- b. Anunciada la regla general, inmediatamente se establece la excepción, la cual consiste en la hipótesis prevista en el art. 302.3 del CGP, donde se establece que en el caso de respuestas evasivas, el tribunal, luego de analizadas las mismas, se pronunciará sobre si se configura o no la jactancia y, en su caso, intimará a la presentación de la demanda.
- c. La nueva redacción del artículo prevé que la sentencia anterior sea dictada al finalizar la audiencia o dentro de 15 días, estableciendo que la misma será apelable con efecto suspensivo.
- d. Genera dudas interpretativas el alcance de la apelabilidad, especialmente si comprende exclusivamente a la sentencia que ampara la demanda de jactancia o también la que desestima la

demanda -en el caso de respuestas evasivas-. Por una parte, dado el carácter restringido de la apelación, sumado al efecto suspensivo de la misma, que tiene sentido en caso de que sea acogida la demanda, podrá sostenerse que la apelación refiere exclusivamente a la demanda estimatoria. Sin embargo, la redacción del texto -“sentencia prevista en el ordinal 3 de este artículo”- no admite la interpretación anterior, ya que, donde no distingue el legislador, no corresponde que lo haga el interprete, por lo cual, en cualquiera de las dos hipótesis la sentencia será apelable con efecto suspensivo.

El **art. 303 del CGP** -efectos de la jactancia- aparece como modificado, sin embargo la redacción actual no presenta alteraciones con la redacción originaria.

D.1.iii. Diligencias preparatorias

El **art. 307 del CGP** -procedimiento- presenta una ligera variante en el inc. 2º del punto 3, relativo a las diligencias preparatorias tramitadas unilateralmente. La disposición originaria preveía que una vez tramitada la diligencia preparatoria unilateralmente, se daría conocimiento a la contraria. La redacción actual prevé que se “le notificará -la diligencia realizada- conforme las reglas generales”, en caso de que no se haya tomado pleno conocimiento al ejecutar la diligencia.

El **art. 308 del CGP** -impugnabilidad-, contiene las siguientes modificaciones:

- a. En relación a la diligencia preparatoria cumplida, la cual haya generado agravios, se prevé su apelación con efecto no suspensivo, a excepción de que la diligencia verse sobre cuestiones de prueba, en cuyo caso el efecto será diferido. La previsión del efecto diferido genera equívocos e inconvenientes, por una parte dicho efecto resulta de regla en relación a la admisión, producción y diligenciamiento de medios de prueba. No obstante, tratándose las diligencias preparatorias de un proceso preliminar, resulta dificultoso la previsión respecto de cuál será la apelación donde se deducirán los agravios vinculados al efecto diferido. En tal sentido, la interpretación coherente de la normativa impone la consideración del efecto diferido en relación a la sentencia definitiva a dictarse en el proceso principal, promovido a partir de la diligencia preparatoria.
- b. Por su parte, se aclara en el inciso final de dicho artículo que la providencia que deniegue la medida será susceptible de recursos de reposición y apelación, eliminando la referencia de la redacción original -resabio del régimen del CPC- en cuanto al carácter subsidiario del recurso.
- c. La disposición anterior no aclara el efecto del recurso de apelación en caso de que fuera denegada una medida cautelar. Al respecto, podría sostenerse su carácter suspensivo, ya que culmina el proceso preliminar. También, cabe sostener el efecto no suspensivo, como regla general en materia de interlocutorias, e inclusive el efecto diferido, si la denegatoria versara sobre prueba anticipada. En tal sentido, a pesar de que el efecto de regla en materia de apelación de interlocutorias es el no suspensivo, dado que denegada la diligencia, no hay ejecución posible de la medida, corresponde remitir al efecto suspensivo. No obstante, lo anterior no resulta ajustado en los casos de denegatoria parcial de la medida, en cuyo caso deberá de estarse al efecto no suspensivo de regla.

D.2. Proceso cautelar

En el **art. 311 del CGP** -universidad de la aplicación- se realizaron las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 se establece una norma atributiva de competencia, la cual establece la competencia para el dictado de medidas cautelares en el órgano que se encuentre o deba conocer en el “*asunto*”, el proyecto de reforma del CGP refirió que la modificación obedecía al poder cautelar genérico comprensivo de todos los órganos del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional¹⁸. Por otra parte, por “*asunto*” debe comprenderse al proceso cuyo resultado pretende ser asegurado mediante la adopción de la medida cautelar.
- b. Se agregan dos incisos al punto dos, relativos a la caducidad de las medidas cautelares solicitadas previamente al inicio de un proceso. Así, se establece la forma de cómputo del plazo de caducidad de las medidas cautelares cuya efectividad requiere de inscripción registral, dicho plazo comenzará a correr a partir del día hábil inmediato siguiente al décimo día hábil posterior al libramiento del oficio.
- c. Por otra parte, se establece específicamente que en caso de caducidad de las medidas cautelares, éstas no podrán decretarse nuevamente, a excepción de que se acrediten causales supervinientes¹⁹.

El **art. 315 del CGP** -recursos- reporta modificaciones en el punto 3 relativas al efecto de la apelación de resoluciones que denieguen o modifiquen medidas cautelares. En tal sentido, se pone fin a las dudas interpretativas y discrepancias doctrinarias²⁰, estableciendo que:

- a. La resolución que deniegue o disponga el cese de una medida cautelar será apelable con efecto suspensivo.
- b. Por su parte, la resolución que admite, modifique o sustituya una medida cautelar, será apelable sin efecto suspensivo.

Al **art. 317 del CGP** -medidas provisionales y anticipadas- se le agrega un inciso final al punto 3 atinente al tracto procesal de las referidas medidas cuando son solicitadas por las partes. En concreto se establece la tramitación bilateral, la cual podrá lograrse de dos formas: confirmando traslado a la contraria por el plazo de 6 días, o convocando a audiencia con carácter urgente²¹.

Por otra parte, en el Proyecto de Ley figura expresa mención a que la reforma en el trámite de las medidas provisionales, particularmente su tramitación bilateral, no supone una derogación de regímenes específicos de medidas provisionales, concretamente la pensión alimenticia provisoria (art. 49 del CNA); la separación provisional de los cónyuges (art. 154 del CC), y la suspensión de la ejecución de las resoluciones de sociedades anónimas impugnadas (art. 368 de la Ley de Sociedades Comerciales)²².

D.3. Proceso incidental

D.3.i. Incidente innominado

Al **art. 319 del CGP** -consecuencia en el proceso- relativo a la influencia del incidente en el trámite del proceso principal, se le agrega un inciso atinente a la facultad del tribunal de modificar en cualquier momento

18 Veiras, Jorge. Cit., pág. 940

19 Sobre el tema, que carecía de solución legislativa, se plantearon diversas alternativas a nivel doctrinario y jurisprudencial. Al respecto, ver: Federico Álvarez de Petraglia y Diego Pescadére Brantuas - “¿Puede volver a solicitarse una medida cautelar que caducó en vía preliminar?” en *RUDP*, N° 3-4/1998, págs. 305 y ss.

20 En relación a dicho punto, ver: Alejandro Abal - “Apelación de resoluciones sobre medidas cautelares”, en *RUDP*, N°1/2001, págs. 19 y ss., y Edgar J. Varela Méndez - “Efecto no suspensivo de las resoluciones que disponen el levantamiento de una medida cautelar y que mandan constituir contracautela” en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, pág. 175 y ss.

21 Sobre el trámite de las medidas provisionales y anticipadas, ver: Alejandro Abal Oliú - “Medidas Provisionales y Anticipadas (Art. 317 CGP)” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 23 y ss., y del mismo autor: “Medidas Provisionales: Nuevo Procedimiento Bilateral” en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 187 y ss.

22 Veiras, Jorge. Cit., pág. 941.

el efecto del incidente sobre el proceso principal -suspendiendo o no su trámite-, resolución que tendrá el carácter de inapelable.

El **art. 320 del CGP** -incidente en audiencia- modifica el régimen impugnativo de la resolución del incidente. La redacción original establecía que el incidente en audiencia sólo sería susceptible de recurso de reposición, sin perjuicio de que dicha circunstancia podría hacerse valer como causal de impugnación al apelar la sentencia definitiva. Por su parte, la nueva redacción establece que la resolución del incidente en audiencia será impugnable mediante reposición y apelación con efecto diferido.

El **art. 321 del CGP** -incidente fuera de audiencia- contiene una serie de modificaciones en cuanto al tracto procesal, las cuales puede sintetizarse en los siguientes aspectos principales:

- a. En caso de que sea propuesta prueba por las partes y se convoque a audiencia, ésta se regirá por las formalidades previstas en los nrales. 1º y 2º del art. 346 del CGP -audiencia única en proceso extraordinaria-.
- b. Se agrega un inciso final al artículo que hace aplicable a dicha audiencia las consecuencias de la incomparecencia a la audiencia preliminar. Previo a la reforma, a nivel de doctrina y jurisprudencia se había sostenido la no aplicación de dichas sanciones, dado que no se encontraban previstas expresamente.

Al **art. 322 del CGP** -recursos- establece un efecto particular del recurso de apelación deducido en contra de la resolución que se pronuncie sobre la pretensión de nulidad por indefensión. En tal sentido, la regla general en materia de apelación de incidentes es el efecto diferido, sin embargo, en el caso del señalado incidente -nulidad por indefensión- el efecto será no suspensivo, extremo que armoniza las disposiciones del CGP en materia de incidente de nulidad por indefensión en sede de ejecución (art. 393.4 del CGP).

Por otra parte, también se establece que dicho incidente no tendrá efecto suspensivo del proceso, salvo que el tribunal así lo disponga, en definitiva confirma la regla sentada por el art. 319 del CGP.

D.3.ii. Incidente nominado. Recusación

El **art. 326 del CGP** -iniciativa- presenta una breve modificación en lo que refiere a la recusación promovida por las partes, donde se agrega: *"El requisito temporal será controlado por el tribunal que deba resolver la recusación"*.

El **art. 327 del CGP** -competencia- contiene una previsión especial en caso de recusación de órganos colegiados u órganos que entienden en segunda instancia -por ejemplo los jueces letrados respecto de la apelación de las sentencias de jueces de paz- estableciendo la competencia de la Suprema Corte de Justicia para entender en tales asuntos.

En el **art. 328 del CGP** -procedimiento- figuran las siguientes variantes:

- a. En el punto 3, en caso de que el Juez rechace la recusación, se le confiere un plazo de 6 días para que exponga los motivos y la prueba que justifican su negativa a ser recusado.
- b. En el punto 6 se eliminan las referencias relativas a producción de prueba en 10 días y posterior agregación y certificación por el secretario, extremo que consistía en un resabio de las normas del CPC.

D.3.iii. Incidente nominado. Rendición de cuentas

El **art. 332 del CGP** -declaración preliminar- contiene las siguientes variantes:

- a. La redacción originaria del artículo remitía al trámite de los artículos 321 -incidente fuera de audiencia- y 322 -recursos- del CGP, mientras que la redacción actual remite solamente al art. 321, ya que las modificaciones que pasan a comentarse establecieron un régimen recursivo particular.

- b. En efecto, el inciso 3 del art. 332.1 -incorporado en la reforma- establece la apelación con efecto suspensivo de la sentencia que resuelve el incidente. El referido efecto de la apelación se condice con la característica del incidente de rendición de cuentas, que consiste en un verdadero proceso principal²³, al cual el legislador dotó de estructura incidental.
- c. Se agrega el punto 2 al art. 332, que establece la posibilidad de acumular la pretensión de rendición de cuentas con la discusión de las mismas, que se tramitarán por la vía ordinaria. La referida acumulación resulta dudosa, incluso contradictoria, véase que el proceso de rendición de cuentas comprende una pretensión netamente declarativa, tendiente que se declara la obligación de rendir cuentas y en su caso rindan las mismas, por ende, la declaración de la obligación constituye un antecedente necesario a su rendición, lo cual obstaría la acumulación.

D.3.iv. Incidente nominado. Tercerías

El art. 334 del CGP -procedimiento- reporta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 -tercería coadyuvante- se establece que la sentencia interlocutoria que admita o deniegue la tercería deducida, será apelable sin efecto suspensivo. La redacción anterior preveía el recurso de apelación solamente en el caso que fuera rechazada la intervención, además de que no se pronunciaba sobre el efecto de dicha apelación, que, conforme las reglas generales de efecto de apelación de sentencias interlocutorias simples, se correspondía con el efecto no suspensivo.
- b. En el punto 3 -tercería excluyente- se establece un trámite para dicha tercería que consta de un traslado al actor y demandado para que se pronuncien sobre la admisibilidad de la tercería. El tribunal resolverá sobre la admisibilidad de la tercería deducida, admitiendo o denegando la misma mediante resolución interlocutoria apelable con efecto no suspensivo. De admitir la tercería dispondrá un traslado a cada parte de la pretensión deducida por el tercero.

La nueva redacción del artículo refiere exclusivamente a “traslado”, lo cual parecería indicar que el plazo de su ubicación sería el previsto por el art. 99 del CGP. No obstante, dado las características de la tercería excluyente, la cual consiste en la inserción de una nueva pretensión, el traslado es justamente de la pretensión, por lo cual las partes dispondrán de 30 días para su evacuación (art. 338.1 del CGP) y podrán adoptar las actitudes previstas en el art. 132 del CGP.

El art. 335 del CGP -tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos o cautelares-, contiene las siguientes alteraciones principales:

- a. En el punto 1 se elimina la referencia a los recursos en la vía incidental -art. 322- extremo que resulta acertado en cuanto se prevé un régimen recursivo particular.
- b. En directa relación con lo anterior -también dentro del punto 1- se limita la apelación únicamente a la sentencia interlocutoria que resuelva la tercería, estableciendo que el efecto de dicha apelación será suspensivo de lo resuelto en la tercería²⁴.
- c. En el punto 2, comprensivo de las tercerías de dominio de bienes registrales, se amplía el elenco de medios de prueba para acreditar el dominio, ya que la redacción original sólo establecía “el certificado respectivo”, la nueva redacción establece: “documentación e información registral respectivas”.
- d. También en relación a las tercerías de dominio de bienes registrales, se establece que serán resueltas con citación, estableciendo un plazo excepciones de citación de **10 días** (siendo que el plazo general de la citación es de 3 días -art. 202 del CGP-). Por otra parte, también se prevé en dicha hipótesis -tercerías de dominio de bienes registrales- que la apelación de la sentencia interlocutoria que declare inadmisibles la oposición y la que la resuelva, es con efecto suspensivo de lo resuelto.

²³ Sobre la naturaleza jurídica de dicho incidente, ver: Graciela Barcelona – “Procesos Incidentales” en *Curso sobre el Código General del Proceso*, t. II, pág. 115.

²⁴ En relación al punto, a nivel de doctrina se había referido a un “efecto suspensivo especial”, así: Selva Klett y Fernando Cardinal – “Tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos y cautelares” en RUDP, N° 1/2001, pág. 37.

Al **art. 336 del CGP** -cautela del tercerista- se le agrega un inciso relativo al efecto del recurso de apelación en contra de la providencia que levante la medida cautelar, especificando el carácter suspensivo de la apelación.

D.4. Proceso ordinario

El **art. 338 del CGP** -procedimiento- contiene una modificación en su parte final, donde remite al art. 101 del CGP en su nueva redacción, en lo que refiere al plazo para convocara a audiencia preliminar (plazo máximo de 90 días). También presenta una ligera modificación en el punto 3, en donde de conformidad con las sistemática del CGP es sustituida la mención a contestación de demanda por actitudes del demandado

El **art. 339 del CGP** -rebeldía- presenta las siguientes notificaciones:

- a. En el punto 3, se varía la redacción de la norma en cuanto a las providencias a notificar. En tal sentido, el texto original establecía que sólo se notificaría a domicilio la declaración en rebeldía y la sentencia definitiva. La redacción actual prevé que se notificará en los estrados la declaración en rebeldía, por lo cual en relación al resto de las providencias deberá de estarse a las reglas generales en materia de notificación. Tales reglas establecen que en caso de incumplir con la carga de constituir domicilio -lo cual se ajusta a los casos de rebeldía-, el mismo se tendrá por constituido en los estrados (art. 71.1 del CGP).
- b. En el punto 4 se agrega el siguiente inciso: *“El tribunal deberá diligenciar los medios de prueba referidos a hechos no alcanzados por la regla de la admisión”*. La nueva redacción del artículo debe leerse en conjunto con la nueva redacción del art. 130.2 del CGP, extremo que constituye la consagración legislativa de la tesis postulada por Véscovi y sus Colaboradores en relación a la aplicación de idénticas consecuencias en los casos de rebeldía y de no contestación de demanda o contestación con respuestas ambiguas o evasivas.
- c. El punto que viene de referirse, establece en relación al diligenciamiento de la prueba que no se encuentra comprendida dentro de la regla de la admisión, que procederá igualmente tanto en los casos de rebeldía declarada como no declarada.

El **art. 340 del CGP** -audiencia preliminar- reporta las siguientes modificaciones²⁵:

- a. En el punto 1, relativo a la posibilidad de diferir por única vez la audiencia preliminar en caso de motivos fundados, se establece una excepción a las reglas de la notificación, consagrando una hipótesis de notificación ficta del auto que convoca a audiencia preliminar, que se reputará notificado el mismo día de su señalamiento.
- b. En el punto 2 -**inasistencia del actor**-, contiene las siguientes alteraciones significativas:
 - se mantiene la sanción en caso de incomparecencia del actor a la audiencia preliminar -desistimiento de la pretensión-, aclarando un aspecto debatido a nivel de doctrina, consistente en la incomparecencia a la audiencia tanto de la parte actora como de la parte demandada, estableciendo que en dicha situación prevalece la sanción de desistimiento de la pretensión de la parte actora²⁶;
 - se erradica la práctica extendida a nivel jurisprudencial consistente en brindar un plazo al actor para que justifique su incomparecencia; así el inciso segundo del punto 1 prevé que podrá

²⁵ En lo que refiere a relevamientos jurisprudenciales en relación a la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar, corresponde referir a los siguientes trabajos: Laura Lema y María Morán – “Inasistencia de las partes a la audiencia preliminar. Análisis jurisprudencial” en *RUDP*, N° 1/1991, págs. 115 y ss., y Darwin Rampoldi – “Relevamiento jurisprudencial de la comparecencia a la audiencia preliminar y consecuencias de la inasistencia” en *RUDP*, N° 2/2011, págs. 983 y ss.

²⁶ En postura contraria, Gelsi Bidart sostuvo que la incomparecencia de las dos partes a la audiencia preliminar determinaba la paralización del proceso, correspondiendo a la función de impulso de oficio la convocatoria a una nueva audiencia (Ver: Adolfo Gelsi Bidart – “Incomparecencia de ambas partes a la audiencia preliminar” en *RUDP*, N° 3-4/1992, págs. 465 y ss.).

justificarse la incomparecencia mediante recurso reposición y apelación, lo cual supone que el dictado de una interlocutoria que tiene al actor por desistido de su pretensión²⁷;

- en consecuencia con lo anterior se establece que el efecto de la apelación -en el caso que no se tenga por injustificada la incomparecencia- será suspensivo, extremo que se condice con las regla generales en materia de apelación, al tratarse de una sentencia interlocutoria que pone fin al proceso;
- por otra parte, en caso de que se tenga por justificada la comparecencia, revocando por contrario imperio el desistimiento de la pretensión, la parte demandada podrá interponer recursos de reposición y apelación, respecto de la cual se establece el efecto diferido;
- la previsión anterior en cuanto al efecto diferido, resulta cuestionable, tal efecto podría sostenerse de considerar el trámite como un incidente, sin embargo hubiera sido plausible la aplicación del efecto de regla en materia de apelación de interlocutorias simples -no suspensivo- ya que, de ampararse la apelación en segunda instancia, se habrá tramitado inútilmente toda la primera instancia;
- finalmente, se agrega un inciso al punto 1 consagrando la inaplicabilidad de la sanción para cuando se trate de situaciones previstas en el art. 134 del CGP, es decir cuestiones de orden público, derechos indisponibles, hechos que no pueden ser probados por confesión²⁸;
- en el caso de las hipótesis anteriores, no corresponde el desistimiento de la pretensión, sino que se estará al impulso de la parte actora para la continuación del proceso, lo cual resulta una excepción al impulso de oficio, establecido como principio general (art. 3 del CGP).

c. En el punto 3 **-inasistencia del demandado-** figuran las siguientes modificaciones:

- se establece expresamente que no se puede otorgar prórroga de la audiencia fundada en tal inasistencia, y que deberán llevarse adelante las diversas etapas de la audiencia preliminar;
- en efecto, se estipula que se cumplirán las etapas previstas por los nrales. 1º -ratificación de la demanda, alegación y prueba de hechos nuevos- y 6º -fijación del objeto del proceso y de la prueba, admisión y diligenciamiento de los medios de prueba-, también se cumplirá con lo previsto en el art. 343 del CGP -audiencia complementaria-;
- se establece que *"en lo pertinente"* se llevará adelante la etapa de saneamiento que deba realizarse de oficio, referencia que debe complementarse con las excepciones relevables de oficio (art. 133. 2 del CGP) y la ausencia de presupuestos procesales;
- en cuanto a la consecuencia de la inasistencia, la sanción consiste en tener *"tener por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriere a alguna de las cuestiones mencionadas en el inc. 2º del art. 134, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone"*;
- en el punto anterior se mantiene la redacción originaria, extremo que resulta cuestionable dado que, a efectos de asegurar la coherencia del sistema hubiera sido conveniente reiterar la

27 Atendiendo a la situación jurídica procesal de las partes en relación a la comparecencia a la audiencia preliminar, éstas se encuentran en la situación de carga de comparecer. Por su parte, el no comparecer a la audiencia supone inactividad procesal, la cual consiste -siguiendo a Goldschmidt- en el *"hecho de no desembarazarse de una carga procesal"* (ver: James Goldschmidt - *Derecho Procesal Civil*, pág. 208). No obstante, la parte puede librarse de las consecuencias de su inactividad a través de la *"recuperación"*, acreditando por ejemplo una situación caso fortuito o fuerza mayor que le impidió desembarazarse de su carga (ver: James Goldschmidt - *Cit.*, págs. 209 y ss.). La solución asumida por el legislador ratifica los entendimientos de la teoría general esbozados por Goldschmidt, en cuanto de no asistir la parte a la audiencia -incumplimiento de su carga de comparecer- se le aplicará la sanción prevista, la cual podrá ser removida -*"recuperación"*- a través de la vía impugnativa.

28 En relación con tal punto la nueva legislación adoptada la posición asumida por Tarigo (ver: Enrique Tarigo - *Leciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, t. IV, especialmente en págs. 392 y ss.).

redacción establecida en materia de incontestación de demanda y rebeldía, especialmente lo relativo al diligenciamiento de prueba de los hechos no alcanzados por la regla de la admisión;

- sin perjuicio de los equívocos que puede generar la redacción, del contexto de la norma surge claramente la aplicación de idéntica regla que en los casos de rebeldía e incontestación, en tal sentido debe destacarse la remisión expresa que realiza la norma a la fijación del objeto del proceso, objeto de la prueba, admisión y diligenciamiento de medios de pruebas (art. 341 nral. 6° del CGP), así como normas de audiencia complementaria, extremos que fundan el diligenciamiento de los medios probatorios sobre aquellos hechos no alcanzados por la regla de la admisión;
 - retomando lo manifestado anteriormente, la audiencia preliminar no podrá diferirse a efectos de que el demandado justifique su incomparecencia -deberá continuarse la misma con el alcance que viene de describirse-;
 - no obstante, en caso de existir motivos fundados de incomparecencia, el demandado podrá justificarlos, interponiendo recursos de reposición y apelación en contra de la resolución que lo tiene por no compareciente, de ser desestimado la reposición, se prevé la apelación con efecto no suspensivo;
 - en caso de que sea amparada la reposición y por ende se tenga por justificada la comparecencia, se prevé la interposición de recursos de reposición y apelación por la parte actora, estableciendo el efecto diferido de la apelación, respecto al efecto diferido caben las mismas críticas realizadas a la solución prevista en los casos de incomparecencia de la parte actora;
 - finalmente se establece que si en la audiencia preliminar o dentro de los seis días de la interposición de los recursos reposición y apelación en subsidio, fuera dictada sentencia definitiva, la justificación de la incomparecencia se realizará mediante la impugnación de la sentencia definitiva;
 - el extremo anterior debe vincularse con la teoría de las nulidades y las vías procesales para hacer valer las mismas (art. 115.2 del CGP), también con las facultades del tribunal de alzada (art. 257.5 del CGP), configurándose, en caso de admisión de la justificación de la incomparecencia, una hipótesis de reenvío a tribunal subrogante de primera instancia.
- d. En el punto 4 se realiza una ligera modificación, la redacción inicial establecía la aplicación de las consecuencias de la incomparecencia en los casos de reconvencción, la actual redacción amplía la hipótesis a casos de "*pretensión de terceros*", los cuales resultan asociados con las hipótesis de tercerías excluyentes y con intervenciones provocadas por citación.
- e. El punto 5 es completamente novedoso y aborda dos situaciones de particular relevancia en la práctica forense, a saber:
- se prevé que en los casos de prórroga de la audiencia preliminar, por ejemplo a los efectos de diligenciamiento de prueba sobre excepciones o de dictado de resolución de despacho saneador, siempre que se haya cumplido con las previsiones de los nrales. 1, 2 y 3, del art. 341, no se aplicarán las sanciones a la incomparecencia de las partes; en síntesis, en caso de prórroga de audiencia preliminar -y cumplidas las actividades detalladas en los nrales. 1, 2 y 3 del art. 341 del CGP- no hay ninguna sanción para los casos de incomparecencia de las partes; y
 - por otra parte, se consagra que en los casos en que concurra la parte sin asistencia letrada, no se aplicarán las sanciones a la incomparecencia, sin especificar qué actividades corresponden a la parte; en tal sentido, dado la falta de postulación (art. 37 del CGP), la única incidencia que tiene la presencia de la parte será la no aplicación de las sanciones por no comparecer, no pudiendo realizar ninguna otra actividad en la audiencia.

El art. 341 del CGP -contenido de la audiencia preliminar- contiene las siguientes modificaciones:

- a. Se agrega el punto 2 relativo a la alegación y proposición de medios de prueba en relación a hechos nuevos en sede de audiencia preliminar, al respecto corresponde distinguir:
 - Los hechos nuevos propiamente, estableciendo a la audiencia preliminar como momento preclusivo para su alegación y proposición de medios de prueba, evidentemente de los hechos ocurridos con anterioridad a la audiencia preliminar²⁹;
 - la alegación y prueba de hechos referidos por la contraparte al contestar la demanda, evacuar el traslado de la reconvencción, o al realizar rectificaciones en la propia audiencia, extremo que debe relacionarse con el art. 118.3 del CGP, en tales casos, también se establece a la audiencia preliminar como momento preclusivo para su alegación y prueba.
- b. El punto 6 contiene las siguientes alteraciones:
 - Se establece que el tribunal podrá rechazar liminarmente los medios de prueba "*manifestamente*" innecesarios, inconducentes e impertinentes, la agregación del calificativo de manifiesto, se encuentra en concordancia con la nueva redacción de los arts. 24 nral 6° y 144.1 del CGP;
 - se prevé que en dicha oportunidad -luego de fijados el objeto del proceso, de la prueba y admitidos los medios de prueba- se dictará sentencia en caso de allanamiento parcial -según la nueva redacción del art. 134 inc. 3° del CGP-; y
 - hay una especial remisión al plazo establecido en el art. 101 del CGP -90 días- en caso de que sea necesario fijar audiencia complementaria.

El art. 342 del CGP -resoluciones dictadas en la audiencia- contiene los siguientes cambios:

- a. En el punto 2, en relación a la apelación de la sentencia interlocutoria que se pronuncie sobre las excepciones previas, presenta las siguientes variantes:
 - Se establece que la sentencia interlocutoria que "*acaja totalmente*" las excepciones de litispendencia, prescripción, caducidad, cosa juzgada, transacción y que, además "*ponga fin completamente al proceso*", serán apelables con efecto suspensivo;
 - sobre el punto anterior, la redacción original preveía que "*la sentencia interlocutoria que se pronuncie sobre las excepciones previstas en los numerales 1°, 7° y 8° del artículo 133, así como toda otra que obste la prosecución del proceso...*" serán apelables con efecto suspensivo, interpretando dicha normativa se sostuvo a nivel de doctrina y jurisprudencia que correspondía el efecto suspensivo, tanto en los casos en que fuera amparada o desestimada la excepción -nrales 1°, 7° y 8° del art. 133- y, en los casos en que se resuelva -ya sea acogiendo o denegando- cualquier excepción que obste la prosecución del proceso;
 - la normativa que viene de indicarse, suscitó diversas interpretaciones, en tal sentido, un sector de la doctrina y jurisprudencia consideró aisladamente la expresión "*interlocutoria que obste la prosecución del proceso*" -sin perjuicio de la exposición de otros argumentos accesorios-, refiriendo que el efecto suspensivo correspondía únicamente en los casos en que fuera estimada la excepción y por ende impida el desarrollo del proceso, así, de ser desestimada la excepción, la apelación sería con efecto diferido, según lo establecido en el art. 342.2 inc. 1° del CGP;

29 En relación a la oportunidad procesal para la alegación de hechos nuevos, se consagra la posición doctrinaria y jurisprudencial, basada en los principios de buena fe y lealtad procesal, que postula la alegación y prueba de los hechos nuevos en la primera oportunidad procesal que dispongan las partes (ver: Ángel Landoni y Colaboradores - *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Comentado con doctrina y jurisprudencia*, v. I, pág. 303). La nueva redacción del punto 2 del art. 341 del CGP establece al menos un momento preclusivo diverso al art. 121 del CGP, que refiere a la "*conclusión de la causa*", incuestionablemente dicho momento preclusivo será la audiencia preliminar, extremo que abona la tesis en cuanto a la alegación y prueba de hechos nuevos en la primera oportunidad procesal que dispongan las partes.

- la nueva redacción de los incisos 2º, 3º y 4º del art. 342.2 del CGP, zanja definitivamente las discusiones anteriores, en el sentido de que establece el efecto suspensivo de la apelación solamente si la sentencia interlocutoria pone fin al proceso principal, por ende la procedencia del efecto suspensivo de la apelación requiere necesariamente que la excepción haya sido estimada, correspondiendo el efecto diferido en los demás casos (art. 342.2, inc. 1º del CGP)³⁰.
- b. En el inc. 5º del punto 2 figura una previsión expresa en cuanto al efecto de la apelación de la sentencia interlocutoria que determina el objeto del proceso y de la prueba, estableciendo el carácter no suspensivo de dicha apelación, extremo que había sido debatido a nivel de doctrinario y jurisprudencial³¹.
- c. Se agrega un inciso -también en el punto 2- relativo a la resolución de excepciones en casos litisconsorcio, estableciendo que la sentencia interlocutoria que acoja las excepciones de incompetencia, litispendencia, caducidad, prescripción, y que tenga como resultado la exclusión de uno o varios litisconsortes, será apelable con efecto suspensivo para todas las partes, igual solución -apelación con efecto suspensivo- corresponde con la sentencia interlocutoria que determine el mismo resultado de exclusión de algún litisconsorte. Respecto a la norma que viene de citarse, corresponden las siguientes puntualizaciones:
- Se refiere a hipótesis de litisconsorcio facultativo, en cuanto las características de la relación sustancial que ameritan el litisconsorcio necesario, no admiten un contenido diverso de la sentencia en relación a los integrantes del litisconsorcio;
 - por otra parte, la regla anterior -efecto suspensivo de la apelación en caso de exclusión de un litisconsorte- debe ubicarse dentro del contexto de la norma, esto es la resolución de las excepciones previas en sede de audiencia preliminar, de ocurrir la exclusión de un litisconsorte en otro estadio procesal, corresponde remitirse a las reglas generales en materia de apelación, aunque, dado que dicha interlocutoria pone fin al proceso en relación al litisconsorte excluido, podría sostenerse la apelación con efecto suspensivo de lo resuelto, en similares términos a la previsto en sede de apelación en materia de tercerías de dominio y de mejor derecho.
- d. El inciso final del punto 2, también incorporado en la reforma, establece que si una interlocutoria fuera apelable con efecto suspensivo y otro efecto diferente, deberá estarse al efecto suspensivo. La referida norma debe interpretar en el contexto, es decir, no se trata de una norma genérica en materia de recursos, sino de recursos en contra de la sentencia dictada en audiencia preliminar que resuelve las excepciones previas. En tal sentido, la referida interlocutoria puede resolver múltiples excepciones, extremo que justifica la posibilidad de diversos efectos de la apelación contemplados en la norma. Por otra parte, la sentencia interlocutoria que acoja parcialmente de excepción de caducidad o prescripción parcial de determinados créditos, será apelable con efecto diferido, en tanto no obsta, ni pone fin definitivamente al proceso. Según lo referido, la hipótesis prevista en la norma refiere a la resolución de diversas excepciones en forma conjunta.
- e. En el punto 3, se realizaron las siguientes modificaciones:
- Se eliminó el inc. 4º de la redacción original, que preveía la hipótesis de resolución en sede de despacho saneador del llamamiento a terceros, extremo que resulta adecuado al nuevo trámite previsto para la intervención provocada de terceros (nueva redacción del art. 52 del CGP);

30 Sobre las diversas posiciones doctrinarias en relación al tema, ver: Luis Alberto Viera - "Los distintos efectos del recurso de apelación" en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 17 y 18; Teitelbaum, Jaime - "Los diferentes tipos de apelación en el CGP" en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 36 y ss.; Enrique Vescovi - "Los aspectos prácticos sobre la aplicación del CGP" en *Judicatura* N° 30, págs. 43 y ss.; Enrique Tarigo - "Apelación con efecto suspensivo o diferido de determinadas sentencias interlocutorias pronunciadas en audiencia preliminar" en *LJU*, t. CXI, sección Doctrina, págs. 407 y ss.; y Santiago Labat y Alfredo Taullard - "Artículo 342.2 del CGP. Actualización del debate" en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 89 y ss.

31 En relación a los diversos planteos sobre el tema, ver: Fernando Gomes Santoro - "Impugnación de la sentencia que señala el objeto del proceso, de la prueba, y de la que dispone el diligenciamiento de los diversos medios probatorios en el proceso civil" en *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 63 y ss.

- En caso de acogerse la excepción de falta de capacidad o defecto en la personería, la redacción originaria establecía que se suspendería la audiencia, otorgando un plazo de 10 días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda. La redacción actual mantiene los aspectos anteriores, variando únicamente el plazo de 10 días, cuya fijación deja a criterio del tribunal.
- f. El punto 5 presenta ligeras variantes, la redacción original establecía que “*resueltas todas esas cuestiones*” se pasaría a recibir la prueba; la nueva redacción establece que resueltas las cuestiones anteriores, delimitado el objeto del proceso y de la prueba, admitidos los medios probatorios, se pasaría a la recepción de la prueba. En síntesis, el contenido de dicho punto resulta ajeno a la denominación del artículo: “*resoluciones dictadas en la audiencia*”, siendo a su vez reiterativo de las actividades previstas en el art. 341 nral. 6 del CGP, que justamente regula el contenido de la audiencia preliminar.

El art. 343 del CGP -audiencia complementaria- presenta las siguientes variantes:

- a. En el punto 1, respecto al plazo en que debe convocarse la audiencia complementaria, la redacción original establecía que debía realizarse “*en el más breve tiempo posible*”, la redacción actual prevé que se realice de conformidad con lo establecido en el art. 101 reformado, es decir, dentro de los 90 días de la fecha del señalamiento.
- b. En el punto 6 se ratifica lo establecido originalmente en el CGP en materia de alegaciones finales de las partes, a la cual se le adiciona:
 - Posibilidad de prórroga de la audiencia por un plazo que no podrá exceder los 10 días y requiere acuerdo de partes, la referida modificación pretende erradicar la práctica forense de prorrogar durante extenso períodos la audiencia complementaria a efectos de alegar; en tal sentido, dicha audiencia sólo podrá prorrogarse de común acuerdo de partes, durante 10 días -se establece un plazo menor al de 90 días establecido genéricamente en la nueva redacción del art. 101 del CGP-;
 - posibilidad de que las partes agreguen un resumen de sus alegatos a los efectos de facilitar su registración, excepcionalmente se encuentra prevista la presentación de alegatos por escrito (nueva redacción del art. 209 del CGP).
- c. El punto 7 contiene ligeras modificaciones en cuanto a las normas remitidas, las cuales no implican alteraciones sustantivas en el contenido del artículo.

El art. 344 del CGP -segunda instancia- reporta las siguientes modificaciones:

- a. Se elimina completamente la redacción del punto 1 “*La segunda instancia se provocará por la interposición del recurso de apelación (artículos 248 a 261)*”. La nueva redacción del punto refiere a providencias dictadas en el curso de la segunda instancia que disponen el pasaje a estudio de los autos y sorteos en los casos de necesidad de integración de los órganos colegiados, las cuales no serán notificadas a domicilio. Dicha disposición debe relacionarse con el art. 87 del CGP, que establece las providencias que serán notificadas a domicilio, dentro de las cuales no se encuentran las providencias anteriores, ya que éstas -dictadas en el decurso de la segunda instancia- no pueden considerarse como posteriores a la conclusión de la causa -previstas en el nral. 7° del art. 87 del CGP- y relativas al decurso de la primera instancia. Por ende, la nueva redacción del punto 1° ratifica las normas generales en materia de notificación, sin perjuicio de lo dispuesto en el nral. 11 del art. 87 del CGP.
- b. El punto 2 refiere al diligenciamiento de prueba en segunda instancia en el caso de órganos colegiados, donde remite al art. 204 del CGP en su nueva redacción, a su vez se agrega que en caso de que se decida diligenciar prueba, el tribunal adoptará la resolución en acuerdo, la cual requerirá de 2 votos conformes. La referida forma de conformación de la voluntad orgánica -dos votos conformes en acuerdo para el dictado de una interlocutoria- resulta modificativa de las previsiones para el dictado de interlocutorias simples establecidos en el inc. 3° del art. 61 de la

ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985, que consagra el estudio sucesivo en el caso de dictado de providencias interlocutorias en segunda instancia.

- c. El punto 3 contiene algunas modificaciones en cuanto a los artículos remitidos, manteniendo el contenido básico de la norma originaria, en cuanto al diligenciamiento de prueba de segunda instancia en audiencia y asimismo la recepción de alegaciones finales de las partes en dicha audiencia.
- d. El punto 4 en su nueva redacción prevé la posibilidad de prorrogar la audiencia de segunda instancia en los casos en que no hubiera sido posible el diligenciamiento completo de la prueba. Al respecto, se establece que la prórroga no podrá exceder los 90 días, transcurridos los cuales, sin que se haya diligenciado la prueba, se prescindirá de la misma, a no ser que el tribunal extienda el plazo por motivos fundados. Por otra parte, se establece que una vez diligenciada la prueba, se procederá al estudio sucesivo -en caso de tribunales colegiados- de conformidad con lo establecido en el art. 204.3 del CGP en su nueva redacción.
- e. Se elimina el punto 6 que consagraba la extensión del trámite de la segunda instancia previsto en el proceso ordinario, para todo tipo de proceso, sin perjuicio de las particularidades legalmente consagradas en los diversos procesos. La referida derogación puede generar equívocos en cuanto al trámite de la segunda instancia en aquellos procesos que no sigue la estructura ordinaria.

D.5. Proceso Extraordinario

El **art 346 del CGP** -procedimiento- contiene una modificación en el nral. 1° consistente en la remisión a las previsiones del art. 340 del CGP sobre consecuencias de la inasistencia a la audiencia preliminar.

Con anterioridad a la reforma que viene de señalarse, se había sostenido la no aplicación de las sanciones de la incomparecencia a la audiencia preliminar en la audiencia única prevista en el proceso extraordinario, en virtud de la imposibilidad de aplicar sanciones por analogía. La actual remisión al art. 340 del CGP, incorporada en el nral 1° del art. 346, elimina las dudas al respecto, siendo por ende aplicables en el proceso extraordinario las sanciones establecidas para la inasistencia a la audiencia preliminar del proceso ordinario.

Por otra parte, a pesar de que no hay una remisión expresa, resulta aplicable la norma general prevista en el art. 101 del CGP en su nueva redacción, en lo que refiere al plazo para señalamiento de audiencia, que no podrá exceder los 90 días entre el acto de señalamiento y la fecha de la audiencia.

El **art. 347 del CGP** -recurso y proceso extraordinario posterior- contiene una modificación en el inc. 2°, donde se refería a proceso extraordinario posterior "*en sustitución de los recursos ordinarios*" en los casos que hubieran cambiado las circunstancias -sentencias rebús sic stantibus-. La actual redacción elimina la mención a "*sustitución de los recursos ordinarios*", lo cual resulta acertado ya que el proceso extraordinario posterior no constituye un medio impugnativo propiamente, sino que se funda en el cambio de las circunstancias que dieron lugar a lo resuelto en un proceso extraordinario anterior.

El **art. 349 del CGP** -procedencia del proceso extraordinario- reporta las siguientes variantes:

- a. las remisiones al Código del Niño son sustituidas por el Código de la Niñez y de la Adolescencia;
- b. se elimina la remisión al Código de Comercio -art. 1.638- sobre alimentos del comerciante concursado, indicándose la norma correspondiente de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial (ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008); y
- c. se agrega un numeral donde se indica que se sustanciarán por el proceso extraordinario los casos que el legislador así lo disponga.

D.6. Pretensiones especiales

El art. 350 del CGP -reglas especiales para ciertas pretensiones- presenta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1, relativo a la fijación provisoria del régimen de guarda, visita y pensión alimenticia provisoria de menores o incapaces, en sede de audiencia preliminar en los procesos de divorcio por causal, según lo establecido por el art. 167 del CC, se establece que la interlocutoria que defina tales cuestiones será susceptible de recursos de reposición y apelación con efecto no suspensivo, extremo que generaba dudas y no se encontraba resuelto en la redacción originaria.
- b. En el punto 5, que establece a los especiales poderes de instrucción con los cuales es dotado el tribunal en las pretensiones relativas a menores, incapaces, laboral, agraria y demás de carácter social, se agrega en el inciso final la exigencia de que el tribunal funde en la sentencia, en caso de que no haya ejercitado esos poderes, por qué no lo ha hecho.

D.7. Proceso Monitorio

El art. 352 del CGP -presupuestos- se le agrega un punto relativo a excepciones de presentar documento auténtico o autenticado para promover la demanda. En tal sentido, el punto 3 consagra que estarán exceptuados de dicho requisito los casos legalmente previstos³².

D.7.i. Proceso Ejecutivo

El art. 353 del CGP -procedencia del proceso ejecutivo- contiene las siguientes modificaciones:

- a. El inc. 1º corrige una omisión de la norma anterior, la cual expresaba que el título ejecutivo debía contener la obligación de pagar "*cantidad líquida y exigible*". La redacción actual establece: "*cantidad de dinero líquida o fácilmente liquidable y exigible*". La nueva redacción consagra a texto expreso la interpretación del artículo que ya se había realizado a nivel doctrinario³³.
- b. En el nral. 2º se prevé como título ejecutivo a los instrumentos públicos -que evidentemente deben cumplir con el requisito establecidos en el acápite del artículo-; la redacción actual agrega que sean instrumentos públicos "suscriptos por el obligado", el agregado no es menor en cuanto a que el requisito de suscripción por el obligado se orienta hacia la posición doctrinaria que entendía a la expresión instrumento público como escritura pública³⁴;
- c. En el nral. 5º -factura por venta de mercaderías- se le agregan dos incisos, que establecen:
 - Que la sólo suscripción de la factura -por el obligado o su representante- implica aceptación de la obligación de pagar la suma consignada en la misma y la conformidad con los bienes entregados, sin perjuicio de la prueba que pueda aportarse en contrario. En síntesis, se consagra una presunción simple de aceptación de la obligación de pagar -sin necesidad de que la factura se encuentre conformada, bastando solamente la firma- y de conformidad con la entrega de los bienes.
 - El inciso 2º refiere al plazo de exigibilidad del pago, reiterando y remitiendo al contenido de normas de carácter sustantivo.

32 El Proyecto de Ley indica que la previsión anterior refiere especialmente a las particularidades de los procesos de desalojo (ver: Jorge Veiras, Cit., pág. 959).

33 Ver: Alejandro Abal Oliú: "El presupuesto habilitante del proceso ejecutivo" en RUDP, N° 2/1995, págs. 178 - 182; del mismo autor: *Estudios del Código General del Proceso*, t. III, págs. 157 - 164, y "Presupuestos del Proceso Ejecutivo" en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, v. 1, N° 3/1991, págs. 30 - 34.

34 Alejandro Abal Oliú - Cit., RUDP, N° 2/1995, págs. 187 - 188; del mismo autor: *Estudios - Cit.*, t. III, págs. 170 - 173 y "Presupuestos..." - Cit., *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, v. 1, N° 3/1991, págs. 38 - 39. La posición contraria, en el sentido de no identificar documento con escritura pública, fue sustentada por Tarigo (ver: Enrique Tarigo - Cit., t. IV, págs. 208 - 210).

- La reforma introducida en relación a la factura de compraventa de mercaderías como título ejecutivo, ameritaría de por sí un estudio particular sobre el tema. No obstante, en forma esquemática, corresponde resaltar dos cuestiones: i. Se ratifica la posición sustentada por el Prof. Abal, en relación a que dicho título comprende las facturas de compraventa de mercadería suscriptas por el obligado, las cuales serán título ejecutivo aún cuando en las mismas no figure especificada la obligación de pago o no se trate de las facturas habitualmente denominadas “conformadas³⁵” y ii. Figura una mención expresa a la posición -sustentada también por el Prof. Abal- en cuanto a la acreditación del cumplimiento de la contraprestación del ejecutante, como presupuesto del proceso ejecutivo, extremo que adquiere relevancia en los casos de contratos sinalagmáticos³⁶. En efecto, la nueva redacción establece “*Por la sola suscripción, se presumirán la aceptación de de la obligación de pagar la suma de dinero consignada en la factura y la conformidad con la entrega de bienes...*”, la presunción contenida en la norma abarca dos obligaciones sinalagmáticas, a saber: pagar suma de dinero y entregar mercaderías.

El **art. 354 del CGP** -procedimiento monitorio- presenta una serie de modificaciones tendientes a separar el proceso monitorio -proceso de conocimiento- del proceso de ejecución propiamente³⁷. No obstante, inclusive considerando la nueva redacción del artículo, los límites continúan siendo difusos. En tal sentido, corresponde destacar los siguientes aspectos:

- a. En el punto 1 al regular la providencia inicial se eliminó la referencia a “cuando se pida ejecución”, la cual es sustituida por pretensión de “cobro ejecutivo”. También se modificó la alusión a que una vez decretado el embargo se “mandará a llevar adelante la ejecución”. La redacción actual prevé que, decretado el embargo, se condenará al pago de la cantidad reclamada, intereses, costas y costos.
- b. Modificaciones de similar tenor a la anterior figuran en el punto 3, donde se establecía la citación de excepciones del “ejecutado”, actualmente se refiere a citación de excepciones del “demandado”. En similar sentido, el punto 5 expresaba: “la ejecución no podrá decretarse sin previa intimación de pago del deudor”, su redacción actual reza: “no podrá hacerse lugar al cobro ejecutivo sin previa intimación de pago del deudor”.
- c. El punto 4 contiene dos incisos, el inciso 1º prevé la oposición de excepciones, en cuyo caso se procederá según los arts. 356 y siguientes. Por su parte, el inciso 2º establece que en caso de no oponerse excepciones se irá directamente a la vía de apremio, la nueva redacción aclara un extremo controvertido en doctrina, explicitando que no se requerirá de una nueva intimación para proceder a la vía de apremio. La redacción del punto 4, prácticamente incambiada -a excepción de lo relativo a la intimación- demuestra la dificultad de distinguir entre el proceso ejecutivo como proceso de conocimiento y el proceso de ejecución como tal, confusión que incluso resulta incrementada con la eliminación del requisito de intimación.

35 Alejandro Abal Oliú – “La factura y el proceso ejecutivo” en *RUDP*, N° 3/1999, págs. 353 y ss. En relación a los diversos problemas existentes sobre la previsión de las facturas como título ejecutivo, ver: Israel Creimer – “La factura como título ejecutivo” en *Anuario de Derecho Comercial*, t. VIII, págs. 352 y ss., Edgar J. Varela Méndez – “Factura comercial y título ejecutivo” en *RUDP*, N° 1/1996, págs. 52 y ss., y Walter Guerra – “La factura comercial como título ejecutivo” en *RUDP*, N° 4/1997, págs. 525 y ss.

36 Alejandro Abal Oliú – Cit., *RUDP*, N° 2/1995, págs. 183 – 185; del mismo autor: *Estudios* – Cit., t. III, págs. 165 – 168 y “Presupuestos...” – Cit., *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, v. 1, N° 3/1991, págs. 34 – 36. Específicamente en relación al tema, corresponde destacar, también del Prof. Abal – “Contrato sinalagmático y título ejecutivo” en *RUDP*, N° 1/1988, págs. 77 y ss., y “Contrato Sinalagmático y título ejecutivo en el nuevo Código General del Proceso” en *RUDP*, N° 4/1988, págs. 517 y ss. En cuanto a las diversas posturas sostenidas sobre el tema, ver: Discusión Científica acerca de los Títulos Ejecutivos de obligaciones de pagar incluidas en negocios sinalagmáticos, en *RUDP*, N° 3/1982, págs. 435 y ss.

37 En relación a la naturaleza jurídica del proceso ejecutivo, ver: Enrique Tarigo – Cit., t. IV, pág. 183 y ss.; Jaime Greif – “El Proceso Ejecutivo en el Código General del Proceso, su estructura y regulación” en *RUDP*, N° 4/1988, págs. 507 y ss.; Ignacio Aragone Rivoir – “Sobre el Proceso Ejecutivo” en *LJU*, t. CVII, sección Doctrina, págs. 3 y ss.; y Maximiliano Cal Laggiard – “Acumulación de pretensiones en los Procesos Ejecutivos y de Ejecución e incidencia del CGP” en *RUDP*, N° 2/2012, págs. 1075 – 1077.

- d. En el punto 5 se modifica la diligencia preparatoria establecida en relación a las letras de cambios, admitiendo el protesto a domicilio, ya que la redacción anterior refería -en consonancia con la posición de Teitelbaum- a protesto personal³⁸.

El art. 355 del CGP -citación de excepciones- contiene las siguientes modificaciones en el punto 2:

- a. En el inciso 1º relativo a procesos ejecutivos en que se encuentran taxativamente limitadas las excepciones, se le confiere una redacción análoga a la establecida en el art. 379. 3 del CGP en sede de ejecución.
- b. Se especifica -inc. 2º- que el pago parcial no constituye una excepción, estableciendo que será tenido en cuenta al momento de la liquidación del crédito.
- c. Se prevé -extremo que generaba discusiones a nivel de doctrina³⁹- la apelabilidad de la interlocutoria que rechaza liminarmente las excepciones, estableciendo el efecto no suspensivo de dicha apelación. Por otra parte, en caso de que sea acogida la apelación y por ende deba sustanciarse el excepcionamiento, se establece que *“las actuaciones adelantadas en vía de apremio podrán ser consideradas válidas, según las circunstancias del caso, cuestión que se determinará en la sentencia definitiva”*. Respecto a la disposición anterior, corresponden las siguientes puntualizaciones:
- En caso de que sea acogida la apelación y deba sustanciarse el excepcionamiento, tal extremo determina la suspensión de las actuaciones llevadas adelante en vía de apremio, hasta tanto se resuelvan las excepciones;
 - en lo que refiere a la validez de las actuaciones desarrolladas en la vía de apremio, la norma establece que su validez o nulidad, será determinada en la sentencia definitiva según las circunstancias del caso;
 - respecto a *“las circunstancias del caso”* debe considerarse la excepción opuesta y que ésta sea estimada o desestimada, así de estimarse la excepción y finalizar el proceso, evidentemente serán nulas las actuaciones desarrolladas en la vía de apremio;
 - por otra parte, si bien la apelación del rechazo liminar del excepcionamiento no determina la suspensión de la vía de apremio -y sin perjuicio de las facultades de suspensión del ad quem-, una interpretación coherente de la normativa e incluso la eventual responsabilidad por acto jurisdiccional, implica la suspensión de aquellos actos que impliquen la disposición de derechos del ejecutado;
 - en relación con lo anterior, cabe remitirse a las hipótesis de tercerías de dominio y de mejor derecho, las cuales implican la suspensión de la tradición o, eventualmente, libramiento de orden de pago, según la naturaleza de los bienes objetos de ejecución;
 - en efecto, también debe considerarse el efecto suspensivo de la apelación de la sentencia que resuelve las excepciones -art. 360, nral. 5 del CGP en su nueva redacción-, por ende la sentencia definitiva -cualquiera sea su resultado- tendrá efecto suspensivo, extremo que necesariamente debe coordinarse con la imposibilidad de proseguir la vía de apremio en lo que refiere a actos de disposición sobre los bienes del ejecutado.

El art. 356 del CGP -traslado de las excepciones- presenta una ligera modificación, especificándose que se dará traslado de las excepciones *“admisibles”*, evidentemente que en relación a las excepciones inadmisibles el tribunal debe rechazarlas liminarmente y, por ende, de otorgarse traslado, implica un pronunciamiento en cuanto a la admisibilidad de la oposición de excepciones.

38 Teitelbaum, Jaime. *Juicio Ejecutivo Cambiario*, págs. 16 y 17 y págs. 171 – 175.

39 Ángel Landoni, Santiago Garderes y Magdalena Prato – “El recurso de apelación en el proceso ejecutivo y de ejecución” en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 109 – 110.

El referido traslado de las excepciones, dado la nueva redacción del art. 87, Nral. 2° del CGP, deberá ser notificado a domicilio.

El **art. 357 del CGP** -audiencia- contiene las siguientes modificaciones:

- a. Se elimina el punto 1 de la redacción original, que establecía: *“Si no se oponen excepciones, se pasará directamente a al vía de apremio”*. La redacción actual dispone que evacuado el traslado de las excepciones o vencido el término para hacerlo, se convocará a audiencia. La nueva redacción resulta ajustada a la denominación del artículo, justamente: *“audiencia”*.
- b. El punto 2 también modifica su redacción, la cual anteriormente era similar al punto 1 actual, en síntesis, establecía que se convocaría a audiencia. La actual redacción refiere a la ritualidad que seguirá la audiencia, remitiendo a la audiencia preliminar y complementaria en su caso, de conformidad con los arts. 340, 341 y 343, y *“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 358”*. En efecto, el art. 358 establece el contenido de la sentencia definitiva, la cual se pronunciará sobre las excepciones deducidas, por lo cual la audiencia preliminar no contará con la etapa de despacho saneador.
- c. Por otra parte, también dentro de la nueva redacción del punto 2, se especifican y aclaran las consecuencias de la incomparecencia a la audiencia, extremo que podría considerarse redundante, ya que anteriormente se había remitido al art. 340 del CGP. En tal sentido, se consagra que la inasistencia del actor a la audiencia determina la aplicación de la sanción prevista por el art. 340.2 del CGP -desistimiento de la pretensión-. En cambio, se establece una consecuencia diversa a la prevista en el art. 340 del CGP para incomparecencia del demandado, así en lugar de tener por admitidos los hechos invocados por la contraria, el inciso final consagra: *“La inasistencia no justificada de la parte demandada a dicha audiencia se tendrá como desistimiento de las excepciones opuestas y determinará la firmeza de la providencia inicial”*. En síntesis, se cambian las consecuencias de la incomparecencia del demandado, estableciéndose el desistimiento del acto procesal de oposición de excepciones y por ende la firmeza de la providencia inicial.
- d. En atención a las consecuencias de la incomparecencia, se prevé la apelabilidad de la providencia que tenga por desistida a la parte demandada de la oposición de excepciones, estableciendo el efecto no suspensivo de la apelación. En cambio, no hay previsión expresa en el caso de la providencia que tiene al actor por desistido de su pretensión. No obstante, debe concluirse que dicha providencia es apelable con efecto suspensivo, de conformidad con la nueva redacción del art. 360 Nral. 1 del CGP, que establece la apelación con dicho efecto para *“la sentencia que rechace liminarmente la pretensión y cualquier otra sentencia interlocutoria que ponga fin al proceso”*. Al respecto, claramente la interlocutoria que tiene al actor por desistido de su pretensión, se trata de una interlocutoria que pone fin al proceso.

Al **art. 358 del CGP** -sentencia- le fue agregado el punto 4 relativo a *“costas, costos y demás gastos justificados del proceso ejecutivo”*, estableciendo que éstas serán de cargo del demandado. Por su parte, se establece que en el caso de que sean desestimadas las pretensiones, será el actor quién deba solventar las costas, costos y demás gastos justificados del proceso, aunque el tribunal podrá apartarse de ese criterio en forma fundada.

El punto anterior debe relacionarse con el art. 354.1 del CGP que consagra dentro del contenido de la providencia inicial a la condena en costas y costos del demandado. No obstante, el nuevo punto del art. 358 se enmarca dentro de la oposición de excepciones, las cuales consisten en un medio impugnativo de la providencia inicial, por ende la imposición de los gastos procesales refiere a la sentencia que resuelve las excepciones, estableciendo un supuesto de responsabilidad objetiva tanto para el demandado perdidoso -quién opone las excepciones- como para el actor perdidoso -quién promueve el proceso ejecutivo-, aunque en este último caso el tribunal podrá apartarse mediante motivos fundados. Respecto a los criterios para apartarse, podrá recurrirse a los estándares de conducta en relación a las condenas procesales, por ejemplo considerando si se litigó con algún grado de razón, extremo que puede comprobarse en los casos de revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en cuanto a las condenas que deberán imponerse, no hay distinción en cuanto a si corresponden a las sentencias de primera o de segunda instancia, por lo cual se aplicarán en ambos grados.

El **art. 360 del CGP** -recursos- en su nueva redacción contiene una serie de modificaciones, especialmente tendientes a especificar las providencias que resultan apelables y el efecto de la apelación. En tal sentido, debe recordarse que en el proceso ejecutivo se invierte la regla de la apelabilidad de las resoluciones judiciales, limitándose el recurso para los casos específicamente previstos por el legislador (art. 360 del CGP, inciso final)⁴⁰

En consideración con las manifestaciones anteriores, la redacción original contenía dos numerales, los cuales han sido ampliados a 6 numerales, además de modificarse el inciso final del artículo, destacándose los siguientes cambios:

- a. El nral. 1° establece que será apelable con efecto suspensivo la sentencia que rechace liminarmente la pretensión y cualquier otra sentencia interlocutoria que ponga fin al proceso. La redacción original preveía en el nral. 2° la apelabilidad de *“la providencia que no hace lugar a la ejecución”*, sin especificar el efecto de la apelación, aunque dado la imposibilidad de continuar con el proceso correspondía el efecto suspensivo. La disposición actual se pronuncia específicamente por el efecto suspensivo de la apelación anterior y agrega la apelabilidad de las interlocutorias que pongan fin al proceso, por ejemplo la sentencia interlocutoria que tenga por desistido al actor de su pretensión por inasistencia a la audiencia.
- b. El nral. 2° prevé la apelación con efecto suspensivo de la interlocutoria que no hace lugar o levanta una medida cautelar y la apelación con efecto no suspensivo de la interlocutoria que sustituye una medida cautelar, tales extremos se condicen con la nueva redacción del art. 315.3 del CGP. En tal sentido, hubiera sido deseable la adopción del efecto previsto en las modificaciones introducidas en materia de tercerías, donde se estableció el *“efecto suspensivo de lo resuelto”* (art. 335.1 in fine), en el caso no se distingue el alcance del efecto suspensivo, por lo cual no corresponde hacerlo al intérprete y por ende será suspensivo de todo el proceso. Por otra parte, debe destacarse las aclaraciones que realiza la nueva redacción de la norma, en tanto la redacción original se limitaba a establecer la apelación de la sentencia interlocutoria que *“levante una medida cautelar”*, sin especificar el efecto de la misma.
- c. El nral. 3° indica la apelación con efecto diferido de la interlocutoria que rechaza el diligenciamiento de un medio probatorio. Al respecto, caben similares consideraciones que en el literal anterior, así, la redacción original -nral. 2°- preveía la apelación de la sentencia que *“no hace lugar al diligenciamiento de prueba”*, sin pronunciarse sobre el efecto de dicha apelación.
- d. El nral. 4° señala la apelación con efecto no suspensivo de la sentencia interlocutoria que rechace liminarmente el excepcionamiento y que tenga por desistido al demandado de las excepciones opuestas, esta última disposición es concordante con el inciso final del art. 357.2, relativos a las consecuencias de la incomparecencia del demandado a la audiencia. La previsión de la apelabilidad de las providencias anteriores constituye una originalidad de la actual redacción.
- e. En el nral. 5° se consagra la apelación con efecto suspensivo de la sentencia definitiva. La apelación de dicha sentencia estaba prevista en el nral. 1° de la redacción originaria, que establecía la apelación de *“la sentencia que ponga fin al proceso ejecutivo”*.
- f. El nral. 6° regula la apelación de la sentencia interlocutoria que se pronunció sobre las tercerías, remitiendo al régimen impugnativo del artículo 335 del CGP (cuya redacción también fue modificada). La redacción original del artículo consagraba la apelabilidad de la interlocutoria que recaiga sobre las tercerías, sin especificar el efecto de la apelación.
- g. Por último, se modifica la redacción del inciso final, la cual establece que fuera de los casos específicamente previstos, las demás providencias sólo serán susceptibles de recurso de reposición. La anterior redacción preveía, en caso de que la providencia no sea revocada, su modificación en segunda instancia, extremo que fue eliminado y consecuentemente no resultará de aplicación a partir de la entrada en vigencia de la reforma procesal.

40 En relación a las providencias apelables, ver: Ángel Landoni, Santiago Garderes y Magdalena Prato – “El recurso de apelación en el proceso ejecutivo y de ejecución”, Cit., págs. 99 y ss.

El **art. 360 del CGP** -juicio ordinario posterior- contiene una serie de alteraciones trascendentes en relación con su primigenia redacción, en tal sentido:

- a. Limita el contenido del juicio ordinario posterior a aquellas defensas que no pudieron oponerse en el proceso ejecutivo, por ser éstas inadmisibles. En síntesis, se acoge la tesis restrictiva respecto del alcance del juicio ordinario posterior⁴¹.
- b. Se mantiene la norma atributiva de competencia del tribunal que entendió en el juicio ejecutivo, aunque especificando que el titular de dicho tribunal no será recusable basado exclusivamente en dicha circunstancia -haber entendido en el juicio ejecutivo-.
- c. Se modifica el plazo para deducir el juicio ordinario posterior, originalmente era de 6 meses a partir de que hubiere quedado ejecutoriada la sentencia en el juicio ejecutivo, actualmente se reduce a 90 días, también contados desde que la sentencia del juicio ejecutivo quede ejecutoriada.

El carácter restrictivo del juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, cobra particular relevancia en los procesos ejecutivos donde no hay limitación del conocimiento -esto es, procesos ejecutivos diversos al cambiario y tributario-. En tales procesos, al no encontrarse limitado el conocimiento, el juicio ordinario posterior se reduce a su máxima expresión, quedando circunscripto exclusivamente a la excepción de pago parcial.

Como consecuencia de la limitación del juicio ordinario posterior al ejecutivo se reabren las posibilidades de **interponer recurso de casación en los procesos ejecutivos**.

Respecto a lo anterior, el recurso de casación resulta improcedente: *“Contra las sentencias recaídas en asuntos que admiten un proceso ordinario posterior sobre la misma cuestión”* (art. 269, Nral. 2° del CGP).

La aplicación de la norma anterior y la amplia regulación del juicio ordinario posterior al ejecutivo, previo a la reforma procesal, determinaba la improcedencia del recurso de casación, al encontrarse previsto el juicio ordinario posterior sobre la misma cuestión.

No obstante, la nueva redacción y el carácter restringido del juicio ordinario posterior, habilitan el recurso de casación en los procesos ejecutivos.

Al **art. 362 del CGP** -proceso ejecutivo tributario- se le agrega un inciso, que consiste en una típica norma interpretativa de otras normas, la cual especifica que las remisiones hechas por normas tributarias al Código de Procedimiento Civil, deben entenderse realizadas al Código General del Proceso y sus leyes modificativas.

D.7.ii. Otros monitorios

El **art. 366 del CGP** -pacto comisorio- consagra las siguientes modificaciones:

- a. En el inc. 1° se elimina la referencia a la normativa del Código Civil.
- b. Por su parte, se agrega un inciso final, que establece: *“Dicha resolución -refiere a la resolución de contrato decretada en la providencia inicial- quedará sin efecto si el pago del precio se realiza el día hábil siguiente a la notificación al demandado de aquella resolución”*. La nueva redacción pretende compatibilizar la normativa adjetiva con las normas sustantivas, particularmente con la disposición del art. 1.740 del CC, intentando dar solución a las importantes controversias doctrinarias generadas a raíz de la regulación del pacto comisorio como proceso de estructura monitoria⁴².

El **art. 367 del CGP** -escrituración forzada- se le agrega un inciso que contiene una nueva pretensión a sustanciarse bajo la estructura monitoria, también atinente al otorgamiento forzado de escritura pública, en el caso la pretensión de cancelación de hipoteca e inscripción en el registro respectivo (incs. 3° y 4° del art. 2.347

41 Como referencia del criterio restrictivo en materia de juicio ordinario posterior, criterio seguido en la reforma procesal, corresponde remitir al trabajo de Gorfinkiel sobre el tema (ver: Isaac Gorfinkiel – “El juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo. Otro desconocido, en *LJU*, t. CX, págs. 3 y ss.).

42 Sobre las diversas posiciones doctrinarias sustentadas en relación a la regulación adjetiva del pacto comisorio, previo a la actual reforma, ver: “Reunión científica sobre pacto comisorio” en *RUDP*, N° 2/1996, págs. 241 y ss.

del Código Civil). Como requisito de fundabilidad de dicha pretensión se requiere acreditar el cumplimiento de la obligación principal -a la que accede la garantía real de hipoteca-, para lo cual se prevén dos mecanismos:

- a. Instrumento auténtico o autenticado que acredite el cumplimiento íntegro de la obligación principal y sus accesorios, así como las demás exigencias de hecho y de derecho requeridas al efecto, respecto a tales exigencias cabe remitirse a los supuestos de cancelación de hipoteca previstos a título enunciativo en la normativa civil (inc. 4° del art. 2.347 del CC).
- b. En caso de no contarse con instrumento auténtico o autenticado que acredite los extremos referidos precedentemente, deberá realizarse una diligencia preparatoria de: *“autorización para depositar el importe total adeudado a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos”*. La disposición prevé un particular procedimiento de oblación y consignación tramitado como diligencia preparatoria, de conformidad con lo establecido en el art. 307 del CGP⁴³.

En cuanto al objeto del proceso de escrituración forzada, éste surge de la parte final del art. 367 del CGP, y consiste en la declaración de cancelación de la hipoteca -proceso declarativo y de conocimiento- cuya ejecución se realizará a través del otorgamiento de la escritura pública de cancelación de hipoteca, para lo cual se dispone una norma sustantiva, al establecer el otorgamiento de oficio de la referida escritura.

El **art. 369 del CGP** varía su denominación, en concordancia con la inserción de un nuevo proceso de estructura monitoria, previo a la reforma se denominaba: *“Separación de cuerpos y divorcio”*, actualmente a dichas pretensiones se le adiciona: *“disolución de la sociedad conyugal”*.

En relación a la nueva pretensión, se agrega un inciso al artículo especificando que comprende los casos de tramitación unilateral de la disolución de la sociedad conyugal, de conformidad con lo previsto por el art. 6° de la ley N° 10.783, de 18 de setiembre de 1946.

Por ende, la disolución de la sociedad conyugal, en caso de ser de mutuo acuerdo, tramitará por la estructura del proceso voluntario (art. 406.1 del CGP), mientras que, de tramitarse unilateralmente, seguirá la estructura del proceso monitorio.

D.8. Proceso de Ejecución

La regulación del proceso de ejecución⁴⁴ sufrió una serie de modificaciones, tendientes a una mayor eficacia del mismo, dichas modificaciones pueden ser analizadas desde una triple perspectiva:

- a. Eficacia en cuanto a **los mecanismos para la obtención de bienes del deudor**, se regulan mecanismos de averiguación de bienes del deudor -incorporación de puntos 6 y 7 en art. 379 del CGP- y se amplían las posibilidades de embargo, concretamente se facilita el embargo de cuentas bancarias -incorporación del punto 8 en el art. 380 del CGP-;
- b. Eficacia en cuanto a **medidas tendientes a obtener mayor celeridad del proceso**, en este sentido, a guisa de ejemplo, puede destacarse la eliminación de la etapa de tasación, la regulación y establecimiento de plazos en relación al estudio de títulos por parte de la Oficina Actuarial y la regulación con carácter restrictivo de las providencias que deben ser notificadas a domicilio; y
- c. Eficacia en cuanto a la **sistematización de la normativa**, regulando algunas cuestiones que habían generado dudas interpretativas, por ejemplo en relación a los efectos del recurso de apelación.

43 Los requisitos que deben acreditarse para la fundabilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura de cancelación de hipoteca resultan de similar tenor a los especificados en el proceso de entrega de la cosa que no sea dinero, particularmente la acreditación del *“...cumplimiento por su parte -refiere al actor- de la obligación correspondiente...”* (art. 364 del CGP), también a la presunción de entrega de las mercaderías establecida en la nueva redacción del art. 353, nral. 5° del CGP al regular la factura de compraventa de mercaderías como título ejecutivo. En tal sentido, los referidos requisitos pueden interpretarse en conjunto, siguiendo la tesis del Prof. Abal (ver: nota al pie N° 36), en relación a la acreditación del cumplimiento de la obligación correspondiente en el caso de contratos sinalagmáticos, como requisito de la pretensión en el proceso ejecutivo.

44 En relación a los problemas planteados por el proceso de ejecución y alternativas para su reforma, ver: Margarita de Hegedus y Alejandro Romero – *“La ejecución civil: ¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo?”* en *Modernización de la Justicia Civil*, págs. 523 y ss.

El **art. 371 del CGP** -iniciativa- contiene una modificación tendiente a eliminar un error de la redacción anterior que refería: “*Sólo procederá la ejecución de sentencia...*”, la redacción actual establece que “*sólo procederá la ejecución en virtud de los títulos previstos en el artículos 377...*”. En efecto, la sentencia constituye uno de los diversos títulos de ejecución previstos en el art. 377 del CGP.

El **art. 372 del CGP**, acorde con la modificación del artículo anterior, cambia su denominación de “*Sentencia*” a “*Presupuestos*” y contiene las siguientes modificaciones:

- a. e elimina el punto 1 de la redacción original que refería a la ejecución de la sentencia una vez que quedase firme, sin perjuicio de los supuestos de ejecución provisional. La redacción actual -que se encontraba en el punto 2 de la norma primigenia- atribuye competencia en el proceso de ejecución al tribunal “*que hubiere conocido o le correspondiera conocer en primera instancia*”. La intelección de la norma anterior no presenta mayores dificultades, en el caso de títulos de formación no jurisdiccional, deberá estarse a las normas generales atributivas de competencias previstas en la Ley Orgánica de los Tribunales.
- b. El actual punto 2 refiere a la intimación previa en el proceso de ejecución, remitiendo a la regulación del art. 354.5 del CGP, y estableciendo como excepción a “*las condenas obtenidas en procesos monitorios*”. La anterior excepción se relaciona con el art. 354.4 del CGP en su nueva redacción, la cual refiere al proceso ejecutivo en donde no se han opuesto excepciones, estableciendo que se irá directamente a la vía de apremio, sin necesidad de realizar intimación⁴⁵. No obstante, la excepción resulta más amplia que la referencia al proceso ejecutivo, comprendiendo todo proceso monitorio que culmine con una condena, aunque en caso de que la referida condena suponga obligaciones de dar, hacer, o no hacer, deberá de estarse la previsto en el punto 3 del artículo objeto de comentario.
- c. El punto 3, incorporado en la nueva redacción, prevé la intimación previa en los casos de obligaciones de dar, hacer y no hacer, la cual se realizará por un plazo fijado por el tribunal, que no podrá ser inferior a 10 días, a excepción de que se hubiese establecido un plazo en la sentencia de condena, donde no será necesaria la intimación. Como particularidad del nuevo punto, corresponde destacar que prevé exclusivamente la intimación judicial.

El **art. 373 del CGP** -facultades del tribunal y de las partes- contiene las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 se establece que la ejecución se limitará a la aplicación concreta de lo establecido en el título. La redacción original refería a “*sentencia de conocimiento*”, la cual constituía uno de los diversos títulos de ejecución.
- b. En el punto 3 se reitera la regla de la inapelabilidad de las providencias a excepción de los casos específicamente previstos, agregándose que dicha regla alcanzan tanto a las partes como a los demás sujetos intervinientes. La consagración anterior resulta relevante, especialmente por los distintos sujetos que pueden participar en el proceso de ejecución, por ejemplo rematador, mejor postor, peritos, los cuales quedan comprendidos dentro de la regla de inapelabilidad de las resoluciones judiciales⁴⁶.
- c. El punto 4, incorporado en la nueva redacción, establece que “*únicamente*” se notificarán a domicilio de las partes o los sujetos que correspondan, las providencias que enuncia dicho punto.

El **art. 374 del CGP** -conminaciones económicas y personales- presenta algunas variantes, destacándose:

- a. En el punto 1 consagra la generalidad de los sujetos pasible de medidas de conminación económica y personal. En tal sentido, la nueva redacción establece en la parte final: “*cualquiera sea el sujeto a quien se impongan las mismas*”, extremo que dilucida cualquier duda respecto de la aplicación

45 El legislador se apartó en este aspecto de la posición del Prof. Abal en cuanto al carácter imprescindible de la intimación previa para comenzar el proceso de ejecución con posterioridad al proceso ejecutivo (ver: Alejandro Abal Oliú – “Vía de apremio en el proceso ejecutivo: ¿es imprescindible la intimación previa?” en *RUDP*, N° 2-3/1994, págs- 165 y ss.).

46 La tesis contraria, en cuanto a que ciertos terceros participante en el proceso de ejecución no se verían alcanzados por la regla de la inapelabilidad, fue sostenida por Klett y Álvarez Petraglia (ver: Selva Klett y Federico Álvarez Petraglia – “El recurso de apelación en la vía de apremio” en *Estudios en homenaje a Enrique E. Tarigo*, págs.50 - 55).

de conminaciones económicas al Estado, entendido éste en sentido amplio. El extremo anterior, especialmente por la legislación contradictoria existente al respecto, fue especialmente considerado en el proyecto de ley⁴⁷.

- b. En el punto 3 figuran una serie de modificaciones atinentes al trámite de las conminaciones y al destino de las mismas:
- En lo que refiere al trámite, originalmente se establecía que transcurrido un plazo prudencial desde la aplicación de las conminaciones, el tribunal realizaría la liquidación de los montos, pasando la cuenta al alguacil, quién procedería a embargar los bienes del deudor, dispondría su tasación y los asignaría a un rematador público, que los subastaría por dos tercios del valor de la tasación. El resultado de las conminaciones económicas se sería destinaba a un Fondo Judicial.
 - La actual redacción establece que transcurrido un plazo prudencial desde que fueron impuestas las conminaciones, el tribunal de oficio, o a solicitud de cualquier interesado, dispondrá que la Oficina Actuarial realice la liquidación, la cual se notificará al obligado al pago (no se encuentra prevista la notificación de domicilio de dicha resolución -art. 373.4 en su nueva redacción- por lo cual se notificará en la oficina). El condenado a pagar las conminaciones podrá impugnar la liquidación en el plazo de 3 días, la impugnación será resuelta en forma irrecurrible por el tribunal -en síntesis, la resolución del tribunal aprobando la liquidación, sólo es susceptible de recurso de reposición-. El testimonio de la liquidación constituirá título de ejecución, estableciéndose la comunicación del mismo a la Suprema Corte de Justicia.
 - Por otra parte, en relación a lo producido de las conminaciones económicas, se establece que beneficiarán en partes iguales a la contraparte del conminado y a un Fondo Judicial -anteriormente se preveía que sólo beneficiarían al Fondo Judicial-, encontrándose cualquiera de los dos beneficiarios legitimado para pretender su cobro. También se consagra que la aplicación de conminaciones será independiente del resarcimiento del daño, en síntesis consiste en una sanción pecuniaria de naturaleza punitiva.

El art. 377 del CGP -procedencia- presenta una ligera diferencia de redacción en el acápite, de similar tenor a la introducida en el acápite del art. 353 del CGP, donde se sustituyó la expresión cantidad de dinero "líquida", por cantidad de dinero "fácilmente liquidable". En relación a los diversos títulos de ejecución, figuran las siguientes variantes:

- a. En el nral. 1º, donde se prevé a la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada como título de ejecución, se le adiciona a la redacción el requisito de que la sentencia se encuentra firme, ya sea por transcurso del plazo o condición previstos, sin perjuicio de la ejecución provisional. La especificación realizada es ajena a los criterios para determinar la calidad de cosa juzgada, establecidos en el art. 215 del CGP, remitiéndose a criterios de derecho sustantivo atinentes a obligaciones sujetas a plazo o condición⁴⁸.
- b. En lo que refiere a la ejecución de crédito hipotecario inscripto en donde se hayan renunciado a los trámites y beneficios del juicio ejecutivo, se establece que el crédito hipotecario para vivienda se registrará por la normativa especial vigente y sus modificativas. En relación a dicha normativa específica, atinente al crédito hipotecario para vivienda, corresponde destacar el proceso de ejecución simplificada de crédito hipotecario para vivienda establecida en la ley N° 18.125, de 27 de abril de 2007.
- c. El nral. 3º establecía como título de ejecución: "*Crédito prendario agrario o industrial inscripto, respecto a cuya ejecución se haya renunciado por los trámites del juicio ejecutivo*". La actual redacción se limita a enumerar como título de ejecución al "*crédito prendario inscripto*", extremo que se condice con la

47 Jorge Veiras. Cit., pág. 968.

48 En el proyecto de ley, explicando los motivos de la reforma, se expresó: "*Se adecuó la redacción a la doble utilidad de la vía de apremio como proceso autónomo en el caso de ciertos títulos y como etapa de ejecución de otros procesos...*" (Jorge Veiras. Cit., pág. 969). En síntesis, en la reforma introducida pervive la discusión en torno a la autonomía o no del proceso de ejecución, especialmente en la ejecución de sentencias (ver: Enrique Tarigo – *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, t. III, págs. 37 y ss.).

derogación de la normativa adjetiva atinente a la ley de prenda sin desplazamiento (derogación expresa de los arts. 15, 16 y 17 de la ley N° 17.228, de 7 de enero de 2000, realizada por el art. 5° de la ley N° 19.090), la cual había sido objeto de múltiples críticas a nivel doctrinario⁴⁹.

- d. El nral. 6° amplía las hipótesis de conformación de título de ejecución. La primigenia redacción del artículo establecía como título de ejecución: “*el convenio celebrado en acto de conciliación*”, la nueva redacción prevé que el convenio celebrado en sede de conciliación judicial o administrativa legalmente equiparada a la jurisdiccional, indicando en concreto la conciliación administrativa en materia laboral y de derechos de consumidor.

Además de las modificaciones atinentes a los títulos de ejecución, se le agregan incisos al artículo, relativos a los títulos de formación extrajurisdiccional, concretamente del crédito hipotecario y prendario, así se dispone: “*el título se conformará por la documentación de la cual resulten el crédito principal y la garantía real y se regirá en cuanto a su ejecución por las normas atinentes a esta última*”. El inciso que se agrega se afilia a la tesis restrictiva, especialmente en cuanto a las excepciones admisibles en materia de garantías reales donde la obligación principal a la cual acceden se encuentra instrumentada en un título valor. Sin perjuicio de la posición doctrinaria consagrada en la norma, deberá evaluarse la pretensión, en el sentido de qué es lo que se ejecuta, si el título valor, la garantía real, o ambos en un supuesto de acumulación de pretensiones ejecutiva -título valor- y de ejecución -crédito con garantía real-, en cuyo caso deberá atender la viabilidad de la referida acumulación inicial de pretensiones⁵⁰.

El **art. 378 del CGP** -sentencias que condenan al pago de cantidades ilíquidas- reporta ligeras modificaciones, dentro de las que se destacan:

- a. En el punto 1 se establece que la liquidación podrá ser formulada por cualquiera de las partes.
- b. En el punto 2 la redacción original sólo preveía la liquidación de frutos, la nueva redacción, además de los frutos, prevé la liquidación de mejoras. También en dicho punto se preveía que se iba a estar a la liquidación presentada por el actor en caso de que el demandado no realice estimación de los perjuicios. El extremo anterior es mantenido en la reforma, adicionándose que en caso de que el demandado presente su liquidación y la misma no sea controvertida por el actor, se estará a dicha liquidación -salvo prueba en contrario-.
- c. En el punto 3, referente a la liquidación de daños y perjuicios, cuya formulación corresponde al actor, se establece una regla similar a la dispuesta en el punto anterior, en cuanto admisión de la liquidación formulada en la demanda incidental en caso de no mediar oposición, salvo prueba en contraria.
- d. En el punto 4 -referente a los recursos- se regula con claridad la materia impugnativa en el incidente de liquidación, estableciendo que la sentencia que resuelve el incidente será susceptible de recurso de apelación con efecto suspensivo y de conformidad con el trámite de la apelación de las sentencias interlocutorias. También se establece que la única sentencia apelable será la que resuelve el incidente. La redacción originaria preveía el recurso de reposición y remitía a la regulación del recurso de apelación en contra de las sentencias interlocutorias, sin pronunciarse sobre el efecto de la apelación, lo cual había generado dudas interpretativas, aunque doctrinariamente se sostuvo el efecto no suspensivo de dicha apelación.

El **art. 379 del CGP** cambia su denominación de “*Petición y embargo*” a “*Petición y Providencia de Ejecución*”, reportando cambios trascendentes en el proceso de ejecución:

- a. En el punto 2 figura una referencia similar a la nueva redacción del art. 335.2 del CGP en sede proceso ejecutivo, en cuanto a que el pago parcial no constituye una excepción, sino que será tenido en cuenta en la etapa de liquidación de crédito.

49 Sobre el punto, ver: Luis María Simón – “Ejecución de crédito prendario” en *Estudios en homenaje al Prof. Enrique Vescovi*, págs. 418 y ss.

50 Maximiliano Cal Laggiard – “Acumulación de Pretensiones en los Procesos Ejecutivos y de Ejecución e incidencia de la Reforma del CGP”, Cit., págs. 1081 – 1085.

- b. También dentro del punto 2 se agrega un inciso relativo a la vía de apremio con posterioridad al proceso ejecutivo, expresando que “no se admitirá ninguna defensa”, sin perjuicio del pago parcial, que será considerado en la etapa de liquidación del crédito. El nuevo inciso hace aún más difusos los límites entre el proceso ejecutivo -de conocimiento- y el proceso de ejecución propiamente. Por otra parte, la nueva norma podría presentar objeciones desde el punto de vista de su constitucionalidad, en cuanto violatoria de los principios del debido proceso legal. Explicando el sentido de la reforma, se estableció en el mensaje enviado al parlamento: “...se ha considerado a la vía de apremio como una fase no autónoma del proceso ejecutivo; posición divergente a la asumida por los codificadores del CGP, quienes estatuyeron la ejecución como un proceso y no como una fase o etapa ulterior de un proceso de conocimiento previo⁵¹”. Por otra parte, en cuanto a las críticas realizadas sobre la eliminación de la posibilidad de defensas en el proceso de ejecución, posterior al ejecutivo, o siguiendo el planteo del proyecto de reforma, la etapa de ejecución del proceso ejecutivo, refirió el Mensaje del Proyecto de Ley, que tal extremo no obstaba el relevamiento de la falta de presupuestos procesales por parte del tribunal⁵², aunque tal conclusión no surge directamente de la normativa y en definitiva no conmueva la imposibilidad de deducir defensas.
- c. En el punto 3, relativo al rechazo liminar de las excepciones opuestas, se especifica el efecto de la apelación de la providencia que rechaza las excepciones, estableciendo que será una interlocutoria apelable con efecto suspensivo. La redacción anterior se limitaba a establecer la apelabilidad, sin pronunciarse sobre el efecto de la misma.
- d. En el punto 4, en la redacción original establecía que admitidas las excepciones se sustanciaría de conformidad con las disposiciones del proceso ejecutivo, remitiendo a los arts. 356 a 360 del CGP. La redacción actual acota la remisión, eliminando la referencia al art. 360 del CGP, extremo que resulta acertado, ya que dicha disposición -art. 360- regula los recursos en el proceso ejecutivo, por lo cual se producía una superposición de regímenes impugnativos diversos, entre el proceso ejecutivo y de ejecución.
- e. El punto 5 no presenta modificaciones.
- f. Se le agregan dos numerales al art. 379 (puntos 6 y 7), nominados “Declaración de bienes y derechos” y “Averiguación de bienes”, en relación con la nueva normativa, se imponen las siguientes consideraciones:
- En lo referente a los **presupuesto de procedencia de la averiguación de bienes**, la misma comprende a todos los títulos de ejecución, a excepción del crédito hipotecario y prendario. La procedencia de la averiguación requiere que los bienes del deudor sean insuficientes para cubrir la suma debida y sus ilíquidos. La hipótesis anterior se aprecia claramente en los casos de embargo genérico -donde no se conocen bienes- o embargos de créditos, cuyo monto sea menor a la suma reclamada, resultando dudosa en el caso de bienes que deban ser subastados, cuyo valor será determinado en la subasta, en tal caso deberá estarse a criterios de razonabilidad⁵³. En caso de que se justifique el extremo anterior -insuficiencia de bienes- se realizará intimación al ejecutado con plazo de 5 días para que declare bienes suficientes de los que sea titular, a efectos de la ejecución. La sanción al incumplimiento de la declaración de bienes -incumplimiento de carga procesal-, o declaración de bienes no suficientes, dará lugar al trámite de averiguación de bienes.
 - El **trámite de averiguación de bienes** se encuentra regulado en el punto 7, estableciéndose que el tribunal podrá dirigirse a organismos y registros públicos y requerir que informen bienes y derechos del ejecutado, bastando la indicación de su nombre y número de identificación, ya sea del documento de identidad o registro tributario en el caso de personas jurídicas. También se establece que se podrá solicitar información de saldos de cuenta y depósitos a las entidades del sistema de intermediación financiera. A guisa de ejemplo, además de los registros previstos en la Ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997, corresponde considerar: Registros de Patentes (Ley

51 Jorge Veiras. Cit., pág. 972

52 Jorge Veiras. Cit., pág. 972.

53 En el mensaje enviado al Parlamento, advirtiendo las dificultades prácticas que puede generar la valuación de los bienes, se sugiera la agregación junto a la declaración jurada de bienes una tasación de los mismos (Ver: Jorge Veiras. Cit., pág. 972).

Nº 17.164, de 2 de setiembre de 1999), Registro de Marcas (Ley Nº 17.011, de 25 de setiembre de 1998), Registros de Propiedad Intelectual y Derechos de Autor (Leyes Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1973 y Nº 17.616, de 10 de enero de 2003).

- De la intelección de la norma surgen dudas interpretativas en cuanto al alcance de la expresión “*organismos y registros públicos*”, aunque la redacción parece inclinarse por el carácter copulativo de la conjunción “y”, por lo cual deberían proporcionar información las entidades y registros regidos por el derecho público, sean de naturaleza estatal o no. No obstante, la parte final del artículo amplía las facultades del tribunal, a personas que podrán ser derecho público (por ejemplo bancos estatales) o privado, comprendidas dentro de la expresión: “*entidades del sistema de intermediación financiera*”, las cuales deberán informar sobre saldos de cuenta y depósitos a nombre del ejecutado, en tal hipótesis se especifica una información concreta a brindar por personas de derecho privado -saldos de cuenta y depósito-.
- Por otra parte, si bien no existe una consagración expresa en sede de ejecución del deber de colaboración, el referido deber surge genéricamente consagrado en el art. 5 del CGP en su nueva redacción, e incluso de la posibilidad de establecer por parte del tribunal conminaciones económicas para el cumplimiento de sus providencias: “*cualquiera sea el sujeto al que se impongan las mismas*” (nueva redacción del art. 374.1 del CGP). En el mensaje del Proyecto de Ley se especificó: “*No incluyendo la ley Nº 19.090 previsión alguna que dispense del secreto bancario o tributario, debe concluirse que la justicia civil carece de potestades legales para relevar de aquellos a los organismos públicos a fin de que puedan proporcionar información alcanzada por tales reservas*”⁵⁴. No obstante, el mensaje del Proyecto de Ley -mera pauta interpretativa, inc. 2º, art. 17 del CC- cede ante el contenido normativo -inc. 1º, art. 17 del CC- donde se establece específicamente la posibilidad de averiguación, un deber genérico de colaboración y la posibilidad de aplicar conminaciones económicas ante el incumplimiento de dicho deber. Por otra parte, la interpretación que se promueve es la única que permite un contenido lógico a la norma, ya que carecería de sentido estipular un procedimiento de averiguación de bienes, sin establecer la posibilidad de llevar a cabo dicho procedimiento.
- En lo que refiere a los antecedentes de las nuevas normas, corresponde remitir a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española Nº 1/2000, de 7 de enero de 2000⁵⁵. La norma que viene de indicarse, con algunas variantes, regula en sede de embargo de bienes: “*Manifestación de bienes del ejecutado*” (art. 589); “*Investigación judicial del patrimonio del ejecutado*” (art. 590), a diferencia de la nueva redacción del CGP, la norma establece que podrá requerirse información tanto a “*organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas*”, también requiere que el ejecutante exprese sucintamente las razones por las cuales requiere dicha información y que los datos requeridos no puedan ser obtenidos por el propio ejecutante; y “*Deber de colaboración*” (art. 591), la referida norma -no recogida en la nueva redacción delo CGP- especifica el deber de colaboración tanto de organismos públicos, como personas de derecho privado en materia de ejecución y concretamente al brindar información con el límite de razones legales o derechos fundamentales, en cuyo caso decidirá el tribunal.

El **art. 380 del CGP** -embargo⁵⁶ - presenta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 -traba y eficacia- se mantiene la regla general relativa al decreto de embargo por el Juez y traba por el Alguacil. No obstante, se amplían las hipótesis de embargos trabados por el decreto del Juez. En tal sentido, la redacción original preveía que el embargo quedaría trabado por la resolución judicial en los siguientes casos: inmuebles, naves y aeronaves, automotores, semovientes de pedigrí y genérico. La redacción actual prevé que quedarán trabados por la providencia judicial, además de los casos que vienen de indicarse, el de todo bien registrable y el de créditos.

⁵⁴ Jorge Veiras. Cit., pág. 973.

⁵⁵ El mensaje del Proyecto de Ley remite expresamente a la LEC (ver: Jorge Veiras. Cit., pág. 973 - 974)

⁵⁶ En relación a la regulación del embargo, previo a la reforma procesal, ver: Rafael Biurrun – “Embargo: Guía Temática 2003” en *RUDP*, Nº 4/2002, págs. 445 y ss.; y del mismo autor: “Vía de apremio, embargo, tasación y preparación del remate” en *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, págs. 121 y ss.

- b. El punto 2 -orden- contiene algunas modificaciones en materia de embargo genérico, comenzando por la denominación “*genérico*” quitando toda referencia a “*embargo general de derechos*”. Por otra parte, se especifica el contenido del embargo genérico, la redacción original establecía que comprende bienes presentes y futuros, enunciando una serie de bienes (inmuebles, automotores, naves, aeronaves y universalidades). La actual redacción mantiene la referencia a bienes presentes y futuros, a los cuales agrega la nota de registrables. También se aclara que en los casos de sustitución de embargo genérico por específico, se considerará la fecha del embargo genérico, extremo que resulta trascendente respecto del orden de prelación de los acreedores.
- c. En el punto 3 -mejora- no hay modificaciones.
- d. En el punto 4 -sustitución- se cambia la redacción de la norma, eliminando el contenido del literal b, que refería a la sustitución de embargo genérico solicitada cuando cualquier persona denunciase bienes suficientes. Por otra parte, se especifica que en caso de sustitución de embargo requerida por el ejecutado y admitida con citación por el tribunal, la oposición deducida y eventual apelación tendrá efecto no suspensivo. La redacción original preveía el efecto suspensivo para la apelación de la providencia que hiciera lugar a la sustitución.
- e. En el punto 5 -créditos- hay una ligera modificación en la parte final del punto, la redacción anterior establecía la subrogación del deudor por parte del acreedor “*para obtener la efectividad de la medida dispuesta*”, la redacción actual establece “*para obtener el cobro del crédito*”.
- f. En el punto 6 -eficacia- se elimina la mención a la anterior ley registral (art. 43 de la ley N° 10.793, de 25 de setiembre de 1946), remitiendo solamente a “*ley registral*”.
- g. El punto 7 -prelación- presenta una ligera variante al sustituir la expresión “*preferencias*” -expresión identificada con los derechos reales de garantía- por la expresión “*prioridades*” -atinente al orden de prelación entre acreedores embargantes-.
- h. El punto 8 -embargo de cuentas bancarias no identificadas- es incorporado en la nueva redacción y reporta modificaciones sustantivas en materia de secreto bancario⁵⁷. La norma general al respecto figura en el art. 25 del Decreto Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, que establece el secreto bancario con las siguientes excepciones: autorización expresa y por escrito del cliente de la institución bancaria, decisión judicial fundada en la materia penal y en materia de alimentos. El art. 54 de ley N° 18.084, de 27 de diciembre de 2006 -de reforma tributaria-, en la redacción dada por el art. 15 de la ley N° 18.718, de 15 de diciembre de 2010, amplía las excepciones al secreto bancario en la materia tributaria. En relación al régimen establecido, genéricamente debe especificarse que consiste en un embargo de créditos, que presenta las siguientes características
- Comprende exclusivamente a los títulos de la vía de apremio, por lo cual deberá estarse a los títulos enunciados en el art. 377 del CGP y a los casos en que el legislador remita a la vía de apremio.
 - Podrán embargarse las cuentas y depósitos del ejecutado en entidades del sistema de intermediación financiera; el embargo comprenderá la cantidad reclamada más un 20% para el pago de ilíquidos.
 - La traba del embargo acontecerá con la resolución judicial y su eficacia con la notificación del deudor del ejecutado -ya que se trata de embargo de un crédito-, en el caso, con la notificación de la entidad de intermediación financiera.
 - Los aspectos anteriores -a excepción del monto del embargo- resultan habituales en las cautelas de cuentas bancarias. Lo novedoso de la disposición consiste en el levantamiento del secreto bancario y el mecanismo que se establece para lograrlo, que pasa a desarrollarse a continuación.

⁵⁷ En relación con la derogación del secreto bancario, si bien el mensaje que acompañó el Proyecto de Ley refiere a que éste no ha sido derogado (ver: Jorge Veiras. Cit., pág. 973), las normas consagradas establecen claramente una derogación del régimen de secreto bancario.

- En tal sentido, la redacción de la norma genera equívocos en cuanto a la forma en que opera el embargo. Así, luego de especificar que con la sola indicación del nombre y número de identificación del ejecutado -sea persona física o jurídica- corresponde el embargo de cuentas y depósitos que posea en las entidades del sistema de intermediación financiera, se aclara: *“Dicho embargo comprenderá la suma adeudada más un 20% (veinte por ciento) para ilíquidos y quedará trabado con la providencia judicial que lo decrete y se comunicará al Banco Central del Uruguay (BCU), quién lo comunicará por un medio fehaciente, en un plazo de tres días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación, a todas las Entidades del Sistema de Intermediación Financiera. El embargo se hará efectivo con la notificación de dichas entidades”*. Atendiendo a la redacción de la norma, el embargo se traba con la providencia judicial y se hace efectivo con la *“notificación”* a las Entidades, notificación que deberá realizarse judicialmente, una vez que se hayan identificado las cuentas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° que se analiza a continuación.
- El inciso inmediato siguiente al anterior, establece: *“Las Entidades que tengan cuentas bancarias abiertas a nombre del ejecutado deberá informar a la Sede Judicial, en un plazo de cinco días hábiles contados a partir de la notificación que les realice el Banco Central del Uruguay, según lo dispuesto en el inciso anterior, la existencia y cuantía de los fondos y valores, en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, de los cuales es titular el ejecutado. Dichos datos sólo podrán ser tenidos en cuenta a los efectos de adoptarse embargo específico en esa ejecución”*.
- La coordinación de los dos incisos anteriores no implica un apartamiento de las reglas generales en materia de embargo de cuentas bancarias, que quedará trabado con la providencia judicial que lo admita y se hará eficaz una vez que sea notificada del embargo la entidad de intermediación financiera. La confusión entre los dos incisos surge de la combinación de cuestiones diversas, consistentes en la averiguación de bienes del ejecutado y el embargo de las cuentas, ya que de la intelección aislada del inciso 1° podría sostenerse que el embargo se hará efectivo una vez el BCU comunique a las instituciones de intermediación financiera la orden de embargo. No obstante, debe realizarse una interpretación de los dos incisos en conjunto, así en el primer inciso del punto 8 se consagra un *“embargo genérico de cuentas bancarias no identificadas”*, que se hará específico una vez que sea denunciada la existencia de cuentas bancarias por parte de las entidades financieras y que, a solicitud del ejecutante, les sea notificado el embargo a la entidad donde se encuentra la cuenta.
- Resulta de particular relevancia la prevención contenida en el segundo inciso en relación a los datos que proporcionen las entidades financieras, los cuales: *“sólo podrán ser tenidos en cuenta a los efectos de adoptarse embargo específico en esa ejecución”*. Por ende, los datos obtenidos en una ejecución, no podrán ser utilizados como prueba trasladada en otro expediente, a la vez que deberá mantenerse la reserva de la información proporcionada. Tal extremo se condice con el carácter excepcional de la norma en relación a la regla general de secreto bancario.
- En cuanto a la relación entre el *“embargo de cuentas bancarias no identificadas”* con el mecanismo de *“averiguación de bienes”* previsto en el punto 7 del art. 379 del CGP, dicho mecanismo de averiguación de bienes establece: *“El tribunal de la ejecución podrá solicitar informe de los saldos de cuentas y depósitos que pueda tener el ejecutado en las entidades del sistema de intermediación financiera”*. La disposición transcrita se encuentra precedida por la *“Declaración de bienes y derechos”* por parte del ejecutado, la cual corresponde respecto de todos los títulos de ejecución, a excepción del crédito hipotecario y prendario. En tal sentido, dado el *“Orden”* (art. 380.2 del CGP) de bienes a embargar, en los casos en que proceda la declaración de bienes por parte del ejecutado -insuficiencia de bienes y títulos de ejecución diversos al crédito con garantía hipotecaria o prendaria-, deberá estarse a la declaración realizada y en caso de no realización o insuficiencia de bienes declarados- procederá la averiguación de bienes, donde el tribunal podrá requerir directamente -sin la mediación del BCU- información de cuentas y saldos del ejecutado a las entidades de intermediación financiera.
- No obstante, la declaración y averiguación de bienes, resulta facultativa para el ejecutante -*“... el ejecutante podrá solicitar...”*, art. 379.6 del CGP-. Por ende, en caso de que desconozca bienes

suficientes para llevar adelante la ejecución, podrá requerirse embargo genérico propiamente y embargo genérico de cuentas bancarias no identificadas.

- Finalmente, se exceptúan del embargo genérico de cuentas bancarias no identificadas al sistema de ahorro previo para viviendas radicadas en el BHU. Sin embargo, dichas cuentas no se encuentran exceptuadas de la averiguación de bienes prevista en el art. 379.7 del CGP.

El art. 381 del CGP -bienes inembargables⁵⁸ - contiene las siguientes modificaciones:

- a. En el nral. 1º, que exceptúa a las remuneraciones de empleados públicos y privados, pensiones, jubilaciones y retiros, la actual redacción agrega las pensiones alimenticias a excepción de las pensiones suntuarias. También se reiteran las excepciones a la regla general inembargabilidad, a la vez que se hace referencia a un supuesto distinto al embargo de remuneraciones, consistente en la afectación por retención mediante orden judicial, indicando la vigencia del tope a embargar o retener de un tercio de la remuneración -sin perjuicio del caso de embargo de remuneraciones para cubrir pensiones alimenticias-. Por otra parte, figura una remisión expresa a la ley N° 17.829, de 18 de setiembre de 2004 y sus modificativas para el caso de concurrencia entre embargos y órdenes de retención.
- b. El nral. 2º establece la inembargabilidad de las prendas del deudor y su familia, así como bienes muebles de la casa habitación, a excepción de que las deudas provengan de la adquisición de dichos bienes o se trate de "*bienes suntuarios*", la nueva redacción elimina la referencia de "*bienes suntuarios de alto valor*".
- c. El nral. 3º consagra el carácter inembargable de los libros atinentes a la actividad laboral del deudor, la nueva redacción especifica que se trata del deudor "*persona física*".
- d. En el nral. 8º se consagraba la inembargabilidad de "*las propiedades y rentas públicas y municipales*". La actual redacción establece: "*Toda clase de bienes, cuentas o créditos del Estado y de los Gobiernos Departamentales*". Evidentemente la expresión Estado no fue utilizada en sentido amplio, es decir abarcando tanto a la Persona Pública Mayor (Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Cuentas y Corte Electoral) y a las Personas Públicas Menores (Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados), ya que inmediatamente de referir a Estado, se menciona a los Gobiernos Departamentales, sin hacer referencia a los entes autónomos y servicios descentralizados. Por ende, resultan embargables los bienes de las personas públicas menores diversas a los Gobiernos Departamentales, esto es entes autónomos y servicios descentralizados⁵⁹.

En el art. 383 del CGP -procedimiento posterior al embargo⁶⁰- se elimina la tasación de los bienes.

El art. 384 del CGP en consecuencia con la eliminación de la tasación previa a la subasta de los bienes, cambia su denominación de "*Tasación de los bienes*" a "*Estudio y aprobación de títulos*". Dicho artículo, original en su denominación y contenido, reitera parcialmente al art. 386 del CGP -agregación de títulos- con diversas modificaciones tendientes a simplificar el trámite de estudio de títulos, en tal sentido, deben destacarse las siguientes variantes:

- a. Se prevé la intimación a entregar los títulos, realizada al ejecutado o a cualquier tercero que los posea, otorgándose a tales efectos un plazo de 5 días (punto 1). La redacción anterior -art. 386.1 del CGP- establecía un plazo de 3 días y disponía la posibilidad de arresto en caso de negativa a entregar los títulos.

58 En relación al régimen de bienes inembargables previo a la reforma procesal, ver: Gabriel Valentín - "Un estudio de las inembargabilidades en el Derecho Procesal Uruguayo" en *RUDP*, N° 2/2000, págs. 327 y ss.

59 El entendimiento anterior, previo a la reforma procesal, ya había sido postulado por el Prof. Durán Martínez en base a la ley interpretativa del art. 380.8 del CGP -art. 478 de la ley N° 17.930 de 19 de diciembre de 2005- y resulta ratificado por la nueva redacción del artículo (ver: Augusto Durán Martínez - *Contencioso Administrativo*, págs. 381 - 383).

60 En relación al trámite posterior al embargo, previo a la reforma procesal, ver: Rafael Biurrun - "Vía de apremio, embargo, tasación y preparación del remate", Cit., págs. 145 - 164 y Gabriel Valentín - "Ejecución forzada en vía de apremia. Los actos procesales posteriores al remate" en *Estudios en homenaje a Enrique E. Tarigo*, págs. 165 - 198.

- b. El punto 2 contiene una previsión en los casos de que los títulos no fueren agregados, tendiente a la sustitución de estos por testimonios autenticados de la matriz y certificados registrales que acrediten su vigencia (la redacción es similar al mecanismo previsto por el art. 386.3 del CGP).
- c. El punto 3 refiere al estudio de títulos por parte de la Oficina Actuarial, estableciendo un plazo de 20 días para la realización del estudio y elaboración de informe, cuyo contenido es explicitado en la redacción del artículo. El punto 4 del art. 386 del CGP preveía el estudio de títulos, aunque sin la especificidad con la cual es realizado actualmente en la norma.
- d. El punto 4 establece que se dará noticia del informe al ejecutado y ejecutante, previendo que el ejecutante podrá subsanar las observaciones o en su caso impugnarlas en el plazo de 6 días, en cuyo caso el tribunal las resolverá mediante sentencia interlocutoria apelable con efecto suspensivo. Posteriormente se aclara que la impugnación no suspenderá la ejecución respecto de otros bienes. La particularidad de la norma radica en que establece la posibilidad de impugnar, indirectamente a partir de la impugnación de la resolución judicial, un informe de la Oficina Actuarial.
- e. Debe destacarse que no hay previsiones para el caso de que se acepten las observaciones realizadas por la Oficina Actuarial e intenten subsanarse las mismas y, a juicio de la Oficina Actuarial, no logren conmovearse las observaciones. En tal sentido, no se encuentra previsto un plazo para que se pronuncie la Oficina Actuarial y tampoco formas de comunicación e impugnación del informe, por lo cual, la solución -aunque discutible- pasa por la aplicación analógica de las normas, en cuanto al plazo de 20 días para la realización del informe en relación al levantamiento de las observaciones, así como las posibilidades de impugnación.
- f. El punto 5 refiere a que las notificaciones previstas en el punto 3, lit. d, del artículo -condominios, sociedades conyugales, acreedores prioritarios, hipotecarios o prendarios, etc.- se realizarán en el domicilio real de las personas denunciadas en tales calidades, a excepción de los embargos prioritarios, donde la notificación se realizará por el tribunal interviniente, que notificará en el domicilio constituido del ejecutante.

El **art. 385 del CGP** se denominaba "*Observaciones a la tasación*" y refería a la impugnación de la tasación de los bienes, la cual, según viene de referirse, ha sido eliminada en la reforma procesal. En virtud de lo anterior, el artículo ha cambiado completamente su redacción y saliendo de la sistemática y forma de todo el CGP, carece de denominación. En cuanto al contenido del mismo, refiere que una vez aprobados los títulos, a petición del ejecutante, se ordenará remate y designará rematador. Dicha norma se encontraba anteriormente en el art. 387.1 del CGP, que indicaba: "*Oportunamente, a petición del ejecutante, el tribunal ordenará el remate...*".

Por otra parte, la disposición supone un decreto especial de aprobación de los títulos, inclusive en la vía de apremio, la orden de remate y designación de martillero ya podrían haberse dispuesto en la providencia inicial.

Atendiendo a la ausencia de denominación del artículo, bien podría habérselo identificado con la denominación "*Solicitud de remate*".

El **art. 386 del CGP** en la redacción actual, en contra de la sistemática del Código, carece de denominación, y refiere a la realización del remate, que será sin base y al mejor postor, concediendo al martillero la facultad de suspenderlo por precio "*incompetente o manifiestamente inadecuado*", sin que exista posibilidad de reclamo por parte de aquel que haya realizado la postura.

Atento al contenido del artículo, podría denominarse: "*Realización del remate*".

Por otra parte, dicho artículo en la redacción original se denominaba: "*Agregación de títulos*", actualmente el contenido del mismo pasó a integrar el art. 384 del CGP: "*Estudio y aprobación de títulos*".

El **art. 387 del CGP** -remate- presenta las siguientes modificaciones:

- a. El punto 1 de la redacción primigenia es eliminado, ya que su contenido forma parte de los arts. 385 y 386 en su nueva redacción. Por otra parte, el actual punto 1 refiere a publicaciones, reduciéndose el número de las mismas a una publicación en el Diario Oficial y en otro periódico del lugar

donde se realizará la subasta, en caso de que el bien a subastar se encuentra en un lugar diverso al de la subasta, deberá realizarse una publicación en un periódico del lugar de las cosas a subastar.

- b. El punto 2, con algunas variantes, reitera las referencias al contenido del anuncio de remate. Dentro de las variantes referidas, figuran:
- En el lit. "d" en concordancia con la eliminación de la tasación, se establece que el remate será sin base y a al mejor postor.
 - En el lit. "f", la redacción establecía que en el acto de remate el mejor postor depositaría una seña que sería fijada por el tribunal y no podría ser inferior al 10% de la oferta, la comisión y tributos a cargo del comprador, la actual redacción mantiene dichas menciones y agrega que el saldo de precio se depositará dentro de los 20 días corridos, contados a partir del día hábil inmediato siguiente a la notificación del auto que aprueba el remate -el art. 373.4, lit f. del CGP establece la notificación a domicilio de dicha providencia-, estableciendo como característica excepcional de dicho plazo que no se suspende ni por ferias judiciales, ni por semana de turismo. El plazo previsto resulta bastante menor a los 60 días establecidos en la redacción original (art. 387.8 del CGP). Por otra parte, se precisa que los rubros a imputar al precio consisten en tributos que adeude el ejecutado, cuyo pago sea necesario para escriturar y cualquier otro gasto que autorice el tribunal, dicha norma formaba parte del art. 389.2 de la redacción original.
 - En el lit. "g" actual se elimina la referencia a colocación de cartel indicando el remate en caso de inmuebles. No obstante, se mantiene la norma en el punto 3 del artículo en su nueva redacción.
- c. El punto 3 mantiene su redacción originaria, con el agregado que viene de referirse en cuanto a la colocación de cartel en caso de inmuebles.
- d. El punto 4 cambia completamente su contenido, así la redacción original establecía que la diligencia de remate la realizaría el martillero y sería presidida por el tribunal, actuario o alguacil. La actual redacción prevé el caso en que sea el ejecutante quién realiza la postura -dicha disposición se encontraba en el punto 7 de la redacción originaria-. En tal sentido, se indica que el ejecutante podrá solicitar ser exonerado de consignar la seña y el precio en el caso que la postura: *"no excediere el monto de su crédito, más un 20% (veinte por ciento) correspondiente a las costas y costos de la ejecución, siempre que no existan acreedores prioritarios"*, a tales efectos -exoneración- deberá presentarse una liquidación provisoria de gastos, que será aprobada por la Oficina Actuarial. La exoneración anterior no comprende los gastos del remate y la comisión del rematador.
- e. El punto 5 actual consiste en la fusión de los puntos 4 y 5 de la redacción original, aunque presente leves variantes en relación al acta de remate. Al respecto, la redacción original preveía que en el acta se dejaría constancia del nombre y domicilio del mejor postor, indicando que dicho domicilio se considera domicilio constituido a los efectos del proceso. La nueva redacción establece que en el acta se dejará constancia de los datos del mejor postor y de quién realice la segunda postura, los cuales deberán constituir domicilio de conformidad con lo establecido por el art. 71 del CGP. La agregación de la segunda mejor postura en el acta de remate, tiene relación directa con la nueva redacción del art. 390 del CGP, que establece la posibilidad de ofrecer el bien al segundo mejor postor en caso de anulación del remate respecto del mejor postor. Por otra parte, se establece que el acta de remate, junto con las cuentas del rematador, serán puestas a despacho.
- f. El punto 6 coincide en su contenido con la redacción originaria, en tanto refiere a la rendición de cuentas por parte del rematador. No obstante, la nueva redacción contiene variantes de importancia. Al respecto, se establece que el rematador deberá depositar dentro de tres días hábiles de realizado el remate, la seña que se le haya entregado, de la cual podrá deducir los gastos legalmente habilitados, la omisión de informar -dentro de 10 días de realizado el remate- o de realizar el depósito -a los 3 días de realizado el remate- determina la pérdida del derecho de recibir la comisión. Finalmente, se establece que el tribunal aprobará las cuentas del rematador, previa vista de las partes, mediante resolución inapelable. La especificación en cuanto al carácter de la inapelabilidad -regla general en materia de ejecución- obedece a que se había considerado a dicha providencia como parte de la liquidación del crédito y por ende apelable.

- g. En el punto 7 actual -la redacción original lo dedicaba a la adquisición del bien en remate por parte del ejecutante- refiere a la consignación del precio del remate. El contenido modificado del punto resulta bastante extenso -contiene 7 incisos-, lo cual puede generar equívocos, en cuanto a si refiere solamente a los casos de consignación cuando el ejecutante es el adquirente del bien o cualquiera sea el adquirente, a pesar de las dudas interpretativas, la última opción es la que resulta de recibo -cualquiera sea el adquirente-. En tal sentido, corresponde destacar los siguientes aspectos:
- Los 2 primeros incisos refieren a la consignación por parte del ejecutante. Así se establece que el mejor postor, de ser el ejecutante, y cuando su crédito no cubra el valor del bien subastado, deberá consignar el monto de conformidad a lo establecido en el art. 387.2, lit. f -dentro de los 20 días siguientes al de la notificación de la aprobación del remate-, y a su vez podrá descontar los rubros que estuviesen previstos en el edicto de remate, que hubiesen sido abonados. Además, se agrega -en referencia al ejecutante mejor postor- que al acreditar la consignación, deberá designar Escribano Público, cuando la transmisión del bien adquirido requiera de solemnidades.
 - Los incisos 3º y 4º regulan la consignación del saldo de precio por cualquier adquirente -inclusive el ejecutante- estableciendo que la Oficina Actuarial, en el plazo de 5 días, debe expedirse en cuanto a si fue integrado o no la totalidad del precio, de lo informado se dará vista a las partes y el tribunal resolverá en forma inapelable -en cuanto a la inapelabilidad corresponde remitir a lo expresado sobre la aprobación de las cuentas del rematador-. En caso de resolverse el carácter insuficiente de la consignación, se otorgará un plazo de 5 días hábiles a efectos de que sea complementada. En caso de omisión de completar el depósito, se estará a lo dispuesto en el art. 390 del CGP, es decir: nulidad del remate y pérdida de la señal, véase que sólo se pierde la señal, por lo cual deberá ser reintegrado el dinero depositado que exceda el monto de la señal.
 - El inciso 5º establece que la suma adeudada por el mejor postor se actualizará conforme el régimen general de las obligaciones, desde la fecha del remate, hasta su efectivo pago, en caso de que sea depositado luego del límite temporal establecido en el art. 387, lit. f., sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 390 -anulación del remate-⁶¹. La norma que viene de referirse -reajuste del precio- y de acuerdo a la remisión expresa realizada, resulta de aplicación en aquellos casos en que no proceda la anulación del remate, por ejemplo, cuando se le otorga al mejor postor un plazo de 5 días para completar su postura.
 - Los incisos 6º y 7º refieren al otorgamiento de la escritura, transcribiendo, con algunas variantes, normas que se encontraban previstas en el art. 389 del CGP -escrituración-. En síntesis, se establece que “*Aprobada la integración del precio*” la escritura correspondiente a la transmisión del dominio deberá otorgarse en el plazo de 30 días. La nueva redacción supone la aprobación mediante una providencia de la integración del precio, también es original en cuanto al plazo establecido, ya que anteriormente se preveía que el tribunal fijaría prudencialmente el plazo (redacción original del art. 389.1, inc. 3º). Por último, el inciso 7º refiere a dos hipótesis: cuando el mejor postor no haya designado Escribano o. cuando el Escribano designado no autorice en plazo la escritura, en ambas hipótesis se establece que el tribunal designará de oficio a un Escribano, al que fijará un plazo para el otorgamiento y autorización de la escritura, bajo apercibimiento de declaración de nulidad del remate.

El art. 388 del CGP -liquidación del crédito y entrega del bien- presenta las siguientes variantes:

- a. En el punto 1 se eliminan las referencias relativas al depósito del precio, las cuales, actualmente, forman parte de la nueva redacción del art. 387.2, lit. f y 388.7. En tal sentido, la nueva redacción establece que “*depositado el precio o imputada la señal (art. 390)*” el ejecutante presentará la liquidación. La imputación de la señal se encuentra prevista en el art. 390 del CGP en su nueva formulación, en síntesis, en los casos de anulación del remate, lo pagado como señal podrá liquidarse e integrarse como pago al ejecutante.

⁶¹ El mensaje que acompañó el Proyecto de Ley, expresó que la no actualización del precio, en caso de ser depositado en plazo, constituía un estímulo para su oportuna integración (ver: Jorge Veiras. Cit., pág. 983).

- b. Dentro del mismo punto se establece que, formulada la liquidación por el ejecutante, se dará vista al ejecutado y, previo informe de la Oficina Actuarial -para cuya realización no se establece plazo- la liquidación será aprobada por el tribunal. Se establece que la resolución que apruebe la liquidación será apelable con efecto suspensivo del pago.
- c. También figuran modificaciones en el orden que debe seguir la liquidación. En tal sentido, primero corresponde deducir las costas y demás gastos judiciales; en segundo lugar se deducirán los honorarios de los abogados, la actual redacción elimina la referencia a gastos no cubiertos del remate; luego se cubrirá el crédito y sus accesorios; y finalmente -de existir remanente- será entregado al deudor.
- d. El punto 2 -relativo a la entrega- en la redacción original se limitaba a consagrar la entrega de bienes muebles, extremo que se mantiene en la redacción actual. No obstante, se incluye referencias a la entrega de bienes inmuebles. Al respecto, la nueva redacción debe coordinarse con las modificaciones introducidas en relación al otorgamiento y autorización de la escritura pública -art. 387.7, incs. 6° y 7°. En cuanto al contenido agregado al punto 2 del art. 388, se establece que para la entrega de bienes inmuebles -realizada la escritura- se procederá según lo dispuesto por el art. 396 del CGP -entrega de la cosa-. Por otra parte, se prevé que el mejor postor podrá requerir -previo a la escrituración- la realización de inspección judicial -la cual podrá cometerse al alguacil- a efectos de comprobar el estado de ocupación del bien. Respecto de lo anterior, se aclara que en caso de existir ocupantes, serán declarados depositarios, en cambio, si no hubieren ocupantes el bien será entregado al mejor postor, quién lo ostentará en calidad de depositario y, una vez otorgada la escritura, en forma definitiva.

El art. 389 del CGP cambió su denominación de “Escrituración” a “Levantamientos de embargos”. En tal sentido, de conformidad con lo que viene de manifestarse, la referencia a la escrituración figura actualmente en el art. 388.7 del CGP, en consecuencia, la redacción originaria de los puntos 1 y 2 es eliminada y ocupada por la redacción del artículo en su punto 3 originario, que a los efectos de la nueva redacción se divide en puntos 1 y 2.

El art. 390 del CGP -anulación del remate- reporta una serie de modificaciones, dentro de las que se destacan:

- a. La posibilidad, en caso de que el mejor postor no deposite el resto del precio o se resistiese a escriturar, de convocar al segundo mejor postor, a efectos de que manifieste si mantiene o no su oferta. En caso de que mantenga la oferta, se le otorgará un plazo de 48 horas, a pesar de que no surge claramente de la redacción de la norma, de su contexto se interpreta que el plazo es a efectos del depósito de la seña. Realizado el depósito de la seña, se seguirán los procedimientos de conformidad con los arts. 387, 388 y 389.
- b. En caso de que el segundo mejor postor no realice el depósito de saldo de precio o se negare a escriturar, a petición de parte, se decretará la nulidad del remate. Las consecuencias de la declaración de nulidad, consisten en la pérdida de la seña por parte del mejor postor y su eventual responsabilidad por los daños causados. La referencia a “mejor postor” genera equívocos, en casos de que el segundo mejor postor hubiese también depositado la seña. Al respecto, una interpretación coherente de la normativa implica la consideración de ambos dentro de la categoría “mejores postores”.

El art. 391 del CGP -falta de interesados en el remate- contiene breves modificaciones, destacándose en el inc. 1° la eliminación de las referencias a la tasación, en concordancia con la eliminación de la misma en sede de ejecución. En efecto, la redacción original establecía que en caso de falta de interesados en el bien subastado, podría sacarse nuevamente a remate sobre la mitad del valor de la tasación.

El art. 392 del CGP -condenas procesales- reporta una modificación en el punto 2 relativo a las condenas del ejecutante en caso de que sean desestimadas sus pretensiones. Al respecto, la redacción original establecía la condena en costas, costos y demás gastos judiciales, mientras que la redacción actual morigeró la regla al establecer que el tribunal podrá apartarse de dicho criterio mediante resolución fundada.

El art. 393 del CGP -impugnaciones⁶²- presenta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 se mantiene la regla general relativa a la procedencia ilimitada del recurso de reposición, a lo cual se adiciona: *“salvo disposición expresa en contrario”*. Respecto de la última hipótesis -improcedencia de la reposición- corresponde referir al carácter inadmisibles de las excepciones interpuestas por el ejecutado en el proceso de entrega de la cosa subastada, donde se establece que *“la providencia que así lo disponga será irrecurrible”* (art. 396 del CGP en su nueva redacción, inc. final).
- b. En el punto 2 se establece que el recurso de apelación procederá en los casos previstos en el capítulo, remitiendo entre paréntesis a los arts. 378.4 -interlocutoria que resuelve el incidente de liquidación-, 379.3 -interlocutoria que rechaza liminarmente la oposición de excepciones-; 379.4 -no consiste en un caso de previsión expresa de recurso de apelación, ya que regula el trámite en caso de ser admitidas las excepciones en la vía de apremio-, 380.4 -interlocutoria que hacen lugar a la sustitución del embargo-.
- c. Sin perjuicio de que no hay remisión en la norma, también resultan apelables, por expresa previsión legal, las siguientes interlocutorias: 384.4 -interlocutoria que se pronuncia sobre impugnación a estudio de títulos-; 388.1 -interlocutoria que aprueba la liquidación del crédito-; y 396, inc. 3º -sentencia definitiva e interlocutorias dictadas en el proceso de entrega de la cosa subastada-.
- d. En relación a los casos específicamente previstos -también dentro del punto 2-, a diferencia de la redacción originaria y además de la remisión a supuestos de apelación expresamente establecidos, se establece una lista de providencias apelables, dentro de las que figuran:
 - La sentencia interlocutoria que rechaza in limine la pretensión de ejecución y cualquier otra providencia interlocutoria que ponga fin al proceso, será apelable con efecto suspensivo.
 - La sentencia interlocutoria que no hace lugar o levanta una medida cautelar será apelable con efecto suspensivo y sin efecto suspensivo la que sustituya una medida cautelar. Dicha disposición debe coordinarse con el art. 380.4 -que prevé la apelación sin efecto suspensivo de la providencia que hace lugar a la sustitución del embargo-, art. 360, núm. 2 en sede de recursos en el proceso ejecutivo -donde repite idéntica redacción- y art. 315.3 relativo a recursos en el proceso cautelar.
 - La sentencia interlocutoria que rechace el diligenciamiento de prueba, será apelable con efecto diferido, dado el carácter restringido del recurso de apelación, sólo resulta apelable la sentencia que deniegue el medio probatorio, mas no la que lo admite.
 - La sentencia definitiva será apelable con efecto suspensivo.
 - La interlocutoria que resuelve las tercerías de conformidad con lo establecido por el art. 335 del CGP. En consideración a la remisión realizada, la norma comprende exclusivamente las tercerías de dominio y de mejor derecho.
- e. En el punto 3, relativo a la posibilidad de suspender el remate, la redacción original establecía que procedía la suspensión si el ejecutado *“antes del remate diere garantía suficiente”*. La nueva redacción regula con mayor precisión el punto, estableciendo que para suspender el remate, el ejecutado deberá presentar una liquidación provisoria del crédito y de los gastos de remate -que todavía no se ha realizado, por lo cual comprenderán publicidad y otros gastos anteriores al mismo- y un comprobante de depósito respectivo. En síntesis, se requiere la acreditar, si bien la norma no clara al respecto, la realización de un depósito bajo el rubro de autos y a la orden de la Sede, por el monto de la liquidación provisoria que realice el ejecutado, a efectos de lograr la suspensión del remate.

62 En relación a la problemática de los medios impugnativos en el proceso de ejecución, ver: Ángel Landoni, Santiago Garderes y Magdalena Prato – “El recurso de apelación en el proceso ejecutivo y de ejecución” en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, págs. 109 y ss., y de Selva Klett y Federico Álvarez Petraglia – “El recurso de apelación en la vía de apremio”, Cit., págs. 43 y ss.

- f. En el punto 4 se elimina el inc. 2° que establecía la posibilidad de rechazar liminarmente por parte del tribunal a un incidente de nulidad notoriamente infundado.
- g. El punto 5 se agrega a la redacción del artículo y dispone que el tribunal rechazará de plano y sin sustanciar toda "otra" pretensión incidental notoriamente infundada. La referida incorporación, como un punto aparte de la previsión referida anteriormente al incidente de nulidad, genera dudas de interpretación. En tal sentido, acorde con la nueva redacción del artículo, parecería que no se puede rechazar liminarmente el incidente de nulidad. No obstante, dicha interpretación debe realizarse en contexto con la normativa, y por ende, la demanda incidental de nulidad, de ser manifiestamente improbable, supone el poder deber del tribunal de declarar tal aspecto.

El **art. 395 del CGP** -segunda copias- presenta ligeras variantes tendientes a coordinar las diferencias introducidas en el articulado. En tal sentido, se cambia la remisión que realizaba la norma al art. 386 -remetido en la redacción original y que refería a agregación de títulos- por el art. 384 -que en la redacción actual regula el estudio y aprobación de títulos y en la redacción original refería a la tasación-. También se aclara que la emisión de segundas copias procede en caso de que no se hubiere inscripto la "última enajenación" -anteriormente no figura referencia a última enajenación-, y que se tendrán por satisfechos los presupuestos necesarios para la emisión de segundas copias con las actuaciones cumplidas en el proceso de ejecución.

El **art. 396 del CGP** -entrega de la cosa- en líneas generales mantiene la remisión al proceso de entrega de la cosa (art. 364 del CGP), aunque con las siguientes variantes:

- a. En el inc. 1° además de remitir al proceso de entrega de la cosa, realiza la salvedad de los casos de entrega anticipada, establecidos en la nueva redacción del art. 388.2 del CGP.
- b. El inc. 2° mantiene su redacción original en lo atinente a la limitación de las defensas en el proceso de entrega de la cosa.
- c. El inc. 3° cambia completamente su redacción. El nuevo contenido de la disposición se pronuncia sobre el régimen impugnativo en el proceso de entrega de la cosa adjudicada en remate, limitando la apelación a tres resoluciones judiciales: i. la interlocutoria que rechaza liminarmente la pretensión de entrega de la cosa, ii. la sentencia definitiva; y iii. la interlocutoria que rechaza in limine las excepciones interpuestas. En relación a la última interlocutoria se prevé la apelación con efecto no suspensivo, en cambio no hay previsión respecto del efecto de la apelación de las restantes resoluciones. En tal sentido, dado la imposibilidad de continuar el proceso -rechazo liminar de la pretensión y sentencia definitiva- corresponde postular la apelación con efecto suspensivo de las señaladas resoluciones.
- d. El inc. 4° reitera la redacción del inc. 3° originario, al especificar que el ejecutado no podrá oponer excepción alguna en el proceso de entrega de la cosa, agregando que la providencia que "así lo disponga -que rechace la defensa del ejecutado- será irrecurrible".
- e. Debe destacarse la eliminación de la redacción original del inc. 4° que establecía: "Todo ello, sin perjuicio de los plazos legales en materia de arrendamiento". La eliminación de dicho inciso resulta plausible, en virtud de las diversas interpretaciones doctrinarias realizadas sobre el alcance del mismo⁶³, así como la realización de contratos de arrendamientos fraudulentos, tendientes a ampararse en la excepción establecida por la norma ahora derogada.

El **art. 397 del CGP** -obligaciones de dar⁶⁴- reporta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 de la redacción original se refería exclusivamente a "una sentencia que condene a dar...", extremo corregido en la reforma y sustituido por "sentencia u otro título de ejecución".
- b. También dentro del punto 1 se reguló la necesidad de intimación previa o vencimiento del plazo establecido en la sentencia, extremo que no se encontraba previsto en la redacción originaria. Por otra parte, se especificó la posibilidad de requerir conminaciones económicas de conformidad

63 Sobre el punto, ver: Dora Szafir y Edgar J. Varela Méndez - "Los plazos legales en materia de arrendamientos a la luz del artículo 396 in fine del CGP" en *RUDP*, N° 2-3/1994, págs. 171 y ss.

64 Sobre la regulación legal de las ejecuciones de obligaciones de dar, hacer y no hacer, previo a la reforma procesal, ver: María Eugenia González - "Obligaciones de dar, hacer y no hacer" en *Estudios en homenaje a Enrique E. Tarigo*, págs. 227 y ss.

con lo dispuesto por el art. 398.3 del CGP -referido a la ejecución de obligaciones de hacer-, cuyas modificaciones oportunamente serán comentadas, originalmente se mencionaba simplemente la posibilidad de requerir conminaciones económicas.

- c. El punto 2 no presenta modificaciones.
- d. Se agrega el punto 3, extremo que resulta acertado, en tanto prevé la posibilidad de oponer por el ejecutado las defensas de cumplimiento de la obligación o inhabilidad del título, remitiendo a las previsiones del art. 379 del CGP. Dicha remisión resulta incompleta y genera dudas, especialmente en materia impugnativa -art. 393 del CGP-. No obstante, la norma resulta de aplicación en virtud de lo establecido en la nueva redacción del punto 4 del art. 399, que establece: *“Será aplicable a la ejecución prevista en este artículo y en los dos artículos anteriores lo dispuesto por los artículos 392 y 393, en lo pertinente”*.

El art. 398 del CGP -obligaciones de hacer- reporta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1 presenta similares correcciones a las realizadas en sede de obligaciones de dar. En tal sentido, prevé la ejecución de obligaciones de hacer establecidas en títulos de ejecución diversos de la sentencia y también la intimación previa de conformidad con lo establecido en el art. 372.3 del CGP.
- b. El punto 2 no presenta modificaciones.
- c. Al punto 3 se le agrega un inciso, que refiere: *“la indemnización podrá pedirse directamente aunque no se hubieran solicitado conminaciones”*. Dicho punto refiere a la posibilidad de solicitar conminaciones económicas a efectos de lograr el cumplimiento por parte del deudor, estableciendo que lo pagado como conminaciones no se reputará como reparación de daños y perjuicios generados por el incumplimiento. En síntesis, el inciso que se agrega viene a reiterar un principio de derecho sustantivo, consistente en la reparación de los daños y perjuicios generados por actos o hechos ilícitos -en el caso, el incumplimiento no justificado de una obligación de hacer-.
- d. El punto 4 mantiene la redacción original.
- e. Se agrega el punto 5, que consiste en una norma de remisión al art. 397.3, que a su vez remite al art. 379 del CGP, en cuanto a la posibilidad de deducir las defensas de inhabilidad del título y cumplimiento. Por otra parte, dicha norma debe completarse con el art. 399.4 del CGP, que hace aplicable las disposiciones establecidas en la vía de apremio, atinentes a régimen impugnativo y condenas procesales.

El art. 399 del CGP -obligaciones de no hacer- reporta las siguientes modificaciones:

- a. En el punto 1, al igual que la incorporación realizada en los artículos precedentes, se refiere a títulos de ejecución en lugar de sentencia exclusivamente.
- b. En lo que refiere a la ejecución de obligaciones de no hacer, se supone su incumplimiento y su ejecución pasa por un *“hacer”* a efectos de remitir la situación al estado anterior al incumplimiento, por lo cual el artículo remite a la ejecución de obligaciones de hacer -art. 398-. En la redacción original la remisión se realizaba al punto 1 y 2 de dicho artículo, la remisión actual es a la totalidad de la norma.
- c. El punto 2, a pesar de la remisión íntegra al art. 398 del CGP, contiene un mecanismo particular de ejecución, cuyas características pueden sintetizarse en las siguientes cuestiones principales:
 - La redacción establece que *“vencido el plazo”*, lo cual debe entenderse como el plazo de la intimación, la cual deberá realizarse según la remisión al art. 398 del CGP, pueden requerirse conminaciones económicas, a efectos de lograr determinada conducta para restablecer la situación previa al incumplimiento de la obligación de no hacer, o hacer cesar determinada conducta que incumple la obligación de no hacer.
 - Dichas conminaciones podrán aplicarse por el plazo de 45 días y beneficiarán al ejecutante.

- El inc. 2º de dicho punto prevé la posibilidad de realización por parte de un tercero de la conducta debida por el deudor a efectos de restablecer la situación al estado anterior al incumplimiento de la obligación de no hacer. Al respecto, se establece un mecanismo similar al de las obligaciones de hacer (art. 398.2 del CGP).
 - El inciso final del punto 2 consagró: “*Si no se lograre el cumplimiento, los gastos y daños y perjuicios se liquidarán por el procedimiento del artículo 378*”. Dicha disposición debe interpretarse en sentido restringido, no siendo admisible una interpretación a contrario sensu en el sentido de que de lograrse el cumplimiento no corresponde indemnización por daños y perjuicios. En efecto, la ejecución de una obligación de no hacer supone el incumplimiento de la misma y consecuentemente, de haberse generado daños y perjuicios por dicho incumplimiento, estos deberán ser reparados.
- d. Los puntos 3 y 4 son normas de remisión. El punto 3 remite al art. 397.3, en relación a las defensas admisibles por el ejecutado. En cuanto al punto 4, remite a las disposiciones atinentes a condenas procesales -art. 392- y régimen impugnativo -art. 393- en la vía de apremio, las cuales hace extensible a las ejecuciones de obligaciones de dar y de hacer.

El art. 400 del CGP -sentencias contra el estado⁶⁵- ha presentado una serie de modificaciones. En tal sentido, su última redacción, previo a la reforma, fue establecida por el art. 51 de la ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005. En cuanto a las variantes de redacción, debe destacarse que la norma originaria fue objeto de múltiples alteraciones, la primera de ellas fue estipulada por el art. 685 de la ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990, dicho artículo fue a su vez modificado por el artículo único de la ley N° 16.994, de 26 de agosto de 1998, que estableció la vigencia de la redacción original; posteriormente la redacción fue nuevamente alterada por el art. 29 de la ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001.

A los efectos de destacar los cambios en el artículo establecidos por la ley 19.090, se considerará la última redacción del mismo -art. 51 de la citada ley N° 17.930, que será referida como última redacción-. Al respecto, se destacan las siguientes modificaciones:

- a. La última redacción del art. 400 del CGP establecía, al definir el alcance subjetivo, que comprendía a las sentencias de condena en contra del “*Estado*”. La delimitación de la expresión Estado debía realizarse en forma residual, fruto de la coordinación con el art. 401 del CGP. En tal sentido, el alcance de la expresión Estado en el art. 400 abarcaba a las personas públicas estatales que no estuvieran comprendidas en el art. 401 -Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados-. En síntesis, Estado en la última redacción del art. 400 del CGP comprendía a la Persona Pública Mayor -Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Electoral y Tribunal de Cuentas-.
- b. La actual redacción del art. 400 del CGP, modifica el ámbito subjetivo de la expresión Estado, refiriendo a los incisos presupuestales abarcados dentro del artículo, en concreto, incisos 2 a 27 y 29 del Presupuesto Nacional. Por ende, la actual redacción del art. 400 comprende a la Administración Central -entendida como Persona Pública Mayor en sentido estricto- y a los organismos del art. 220 de la Constitución. Por su parte, el actual art. 401 del CGP abarca a los Gobiernos Departamentales, y a los Servicios Descentralizados y Entes Autónomos comerciales e industriales.
- c. Otra variante consiste en el ámbito objetivo de la ejecución. Al respecto, la última redacción refería a sentencias de condena, mientras que la actual establece: “*sentencias de condena [...] laudos arbitrales y transacciones homologadas judicialmente que les obliguen al pago de una cantidad líquida y exigible*”. Al respecto, si bien surge del contexto de la norma, hubiese sido deseable la mención de cantidad de “*dinero*” líquida y exigible o fácilmente liquidable, realizando una adaptación de similar tenor a la establecida en la nueva redacción del inc. 1º del art. 353 del CGP en relación a los títulos ejecutivos.

65 Sobre la regulación de ejecución de sentencias en contra del Estado, ver: Beatriz Tommasino – “Ejecución de sentencias contra el Estado” en *Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, págs. 249 y ss. En cuanto al Proyecto de Ley, posteriormente convertido en Ley, el mismo fue presentado por el Ministerio de Economía y Finanzas, resultando divergente a la propuesta inicial de la Suprema Corte de Justicia (ver: Jorge Veiras. Cit., págs. 992 - 994).

- d. En lo que refiere a las cuestiones procedimentales, deben destacarse variaciones sustantivas entre ambas disposiciones, que ameritan un estudio comparativo entre la última modificación del artículo y la redacción actual. En tal sentido, la última redacción establecía el siguiente trámite:
- Determinada la cantidad de dinero líquida y exigible, ya sea en la propia sentencia o mediante incidente liquidatorio, el tribunal actuante comunicará al Ministerio de Economía y Finanzas, que deberá ordenar el pago a la persona designada por el tribunal en un plazo de 45 días corridos a partir de la notificación.
 - La erogación se imputará al Inciso 24 del Presupuesto Nacional, es decir: *“Diversos Créditos”*
- e. La actual redacción establece el siguiente trámite:
- El acreedor presentará la liquidación detallada del crédito y los medios de prueba de que desea servirse. De la liquidación se dará traslado por 6 días. De no mediar oposición, el tribunal aprobará la liquidación en el plazo de 10 días.
 - De existir oposición a la liquidación, se conferirá al actor traslado de la oposición. Evacuado el traslado o vencido el término para hacerlo se convocará a audiencia única -dentro del plazo máximo de 90 días previsto por el art.101 del CGP en su nueva redacción-. En dicha audiencia deberá diligenciarse toda la prueba y el tribunal contará con 10 días para pronunciar la sentencia con sus fundamentos, la cual será susceptible de recurso de reposición y apelación.
 - En cuanto a la competencia para la ejecución, corresponde remitirse al art. 372.1 en su nueva redacción, que establece: *“Será competente el tribunal que hubiere conocido o que le correspondiere conocer en primera instancia”*.
 - A pesar de que no hay previsión expresa, resultan de aplicación las normas generales en materia de ejecución y, por ende, se requerirá de intimación previa, de conformidad con lo establecido por el art. 372.2 del CGP.
 - Dado la amplitud de la redacción del artículo, surgen dudas en cuanto a la procedencia del incidente liquidatorio establecido en el art. 378 del CGP o, de lo contrario, cualquier liquidación de crédito contra el Estado se regirá por la disposición en estudio. Al respecto, de la coordinación del art. 378 y art. 400.1, surge la procedencia del incidente de liquidación en los casos de sentencia de condena a cantidad ilíquida en contra del Estado, ya que el supuesto de aplicación del art. 400.1 del CGP lo constituyen sentencias y otros títulos de ejecución que contengan la obligación de pagar una *“cantidad líquida y exigible”*, extremo diverso al supuesto del incidente liquidatorio -sentencia que condena a cantidad de dinero ilíquida-.
 - La interpretación anterior se condice con la abreviación estructural establecida en el art. 400 del CGP, cuyo objeto es diverso y más acotado que la liquidación de sentencia de condena a cantidad ilíquida. En tal sentido, la liquidación en sede de ejecución se limitará principalmente a la actualización de la deuda.
 - En relación a la impugnación de la sentencia que aprueba la liquidación y los recursos admisibles en contra de la misma, ésta se trata de una sentencia interlocutoria, con un plazo especial para su dictado (10 días). Por otra parte, la misma será dictada en audiencia (art. 203.3 del CGP) y será impugnada como tal (arts. 246 y 254 del CGP). En cuanto al efecto de la apelación, evidentemente, dado el contenido de la interlocutoria ya sea porque se considere integrante de la sentencia definitiva o porque impide la continuación del proceso, será suspensivo.
 - El punto 3 del artículo establece un régimen particular de condenaciones en costas y costos en los procesos de ejecución de sentencia en contra del Estado, disponiendo que su condena sólo procede en los casos que haya sido impuesta en la sentencia definitiva.

- f. Los puntos 4 y 5 refieren al pago de la suma adeudada. Al respecto, se establece que se comunicará al Ministerio de Economía y finanzas dentro de los 10 días desde que haya quedado ejecutoriada la liquidación, la suma que deberá pagar al acreedor o a persona autorizada por éste -no se prevén solemnidades para la autorización-. El Ministerio deberá pagar dentro de los 30 días de la comunicación e imputará el gasto del Inciso 24, "*Diversos Créditos*", previa participación del Tribunal de Cuentas. Por otra parte se establece que la Tesorería General de la Nación comunicará la fecha de realización del depósito al Ministerio de Economía y Finanzas y al Inciso Condenado, determinando dicha fecha la extinción de la obligación. Sin embargo, se especifica que corresponderá la reliquidación del crédito en caso de que sea realizado con posterioridad a la fecha del pago -más allá de los 30 días de realizada la comunicación por el tribunal- en cuyo caso la reliquidación comprenderá el período que haya excedido los 30 días y la fecha del efectivo depósito.
- g. El punto 6 establece el deber de los abogados patrocinantes del estado de comunicar a su jerarca inmediato las sentencias de condena, laudos arbitrales y transacciones homologadas judicialmente, dentro de los 3 días de notificación de las mismas, so pena de incurrir en falta administrativa grave.
- h. El punto 7 contiene una previsión en relación a la acción de repetición en contra de los funcionarios que generaron la responsabilidad estatal. Al respecto se establece que el Inciso demandado, notificado de la condena, iniciará los procedimientos correspondientes a efectos de entablar una acción de repetición en contra del funcionario o funcionarios cuyos actos hayan generado responsabilidad, según lo dispuesto por el art. 25 de la Constitución. Realizada la investigación, remitirá la misma y opinión sobre la procedencia o no de la acción de regreso al Poder Ejecutivo que, de estimar procedente la misma, previa vista del funcionario o funcionarios responsables, promoverá la acción. En síntesis, se establecen una serie de normas administrativas, de carácter reglamentario del art. 25 de la Constitución, las cuales deberán considerarse sin perjuicio de los correspondientes procedimientos disciplinarios, e inclusive la participación del funcionario involucrado como tercero coadyuvando en el proceso.

El art. 401 del CGP, al igual que el artículo precedente, sufrió múltiples variaciones en su redacción, así la redacción original fue modificada por el art. 42 17.453, de 28 de febrero de 2002 y posteriormente por el art. 53 de la ley N° 17.930, de 19 de diciembre de 2005.

En cuanto a los cambios introducidos en la reforma procesal, se destacan los siguientes:

- a. La anterior denominación del artículo era: "*Sentencias contra Gobiernos Departamentales, Entes autónomos y Servicios Descentralizados en general*", la actual denominación elimina la referencia "*en general*". Por su parte, en el punto 1 se especifica: "*entes autónomos y servicios descentralizados industriales y comerciales del Estado*". Por ende, la Persona Pública Mayor y organismos del art. 220 de la Constitución, se rigen por el art. 400 del CGP, mientras que los Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados del dominio comercial e industrial del Estado, se rigen por el art. 401 del CGP.
- b. También, dentro del punto 1 del artículo, se agregan otros títulos de de ejecución diversos de la sentencia, la referida ampliación de los títulos de ejecución no fue evidenciada en la denominación, que continúa refiriendo a sentencias. Por otra parte, en el punto 2 se especifica que dichos títulos de ejecución deben contener la obligación "*pagar sumas líquidas y exigibles*". Al respecto, hubiera sido preferible aclarar que dichas sumas refieren a dinero y a su vez puedan ser fácilmente liquidables.
- c. Se reitera la referencia a que los órganos comprendidos en el artículo deberán proveer en sus presupuestos las erogaciones correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los diversos títulos de ejecución.
- d. En atención a los aspectos procedimentales, se reitera el tracto procesal previsto en el art. 400 del CGP.

III. DEROGACIONES EXPRESAS

El art. 5 de la citada ley N° 19.090, contiene una serie de derogaciones expresas, dentro de las que figuran:

- a. **art. 676 de la ley N° 16.170** de 28 de diciembre de 1990, la referida norma remitía, en relación a las herencias yacentes, a la tasación de los bienes de conformidad con la normativa del CGP en la vía de apremio. Dicha normativa del CGP en relación a la tasación fue derogada;
- b. **art. 322 de la ley N° 16.226** de 29 de octubre de 1991, relativo a la falta de competencia en materias no penales. Dicha norma establecía que en caso de no denunciarse la incompetencia por razón de materia, una vez realizada la audiencia preliminar, el tribunal -aún incompetente- seguiría atendiendo en el asunto. El contenido de la norma fue incorporado en la nueva redacción del art. 133.2, inc. final del CGP; y
- c. **arts. 15, 16 y 17 de la ley N° 17.228** de 7 de enero de 2000, que regulaban diversas cuestiones adjetivas atinentes a la ley de prenda sin desplazamiento.

IV. CONCLUSIONES

El Código General del Proceso, Ley N° 15.982 de 18 de octubre de 1988, inspirado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y redactado por los Dres. Véscovi, Torello y Gelsi Bidart, representó una revolución en el proceso civil vernáculo, en relación al decimonónico Código de Procedimiento Civil, apenas remozado por las Leyes de Abreviación de los Juicios. En tal sentido, se pasó de un proceso preeminentemente escrito hacia un proceso oral, marcado por la intermediación procesal.

No obstante, la puesta en marcha de la reforma procesal introducida por el CGP demostró una serie de deficiencias, especialmente suscitadas por diversas interpretaciones doctrinarias, particularmente referidas a los efectos del recurso de apelación de las sentencias interlocutorias y muy especialmente atinentes a la lentitud e ineficacia del proceso de ejecución.

También ha sido puesta en entredicho a la reforma procesal introducida por el CGP, por la proliferación de diversas estructuras procesales, las cuales tienden a coartar la vocación universal de la aplicación y regulación del Proceso Civil bajo el CGP.

Las modificaciones introducidas por la citada Ley N° 19.090 tienden a dar respuesta a muchas de las interrogantes y deficiencias planteadas, resolviendo y optando en relación a las diversas interpretaciones doctrinarias planteadas, especificando el efecto de la apelación de múltiples resoluciones que generaban dudas y realizando importantes cambios en el proceso de ejecución.

La evaluación de los resultados de la reforma procesal requiere necesariamente del pasaje de tiempo a efectos de una correcta valoración.

Por otra parte, el éxito de la reforma procesal depende del compromiso de los operadores jurídicos, no sólo de Jueces y Abogados, sino también de los Funcionarios Judiciales.

En efecto, la defensa de los derechos sustanciales como pauta interpretativa (art. 14 inc. 1° del CGP), la consagración genérica del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 11 in fine del CGP en su nueva redacción), así como la especificación de los deberes de buena fe, lealtad y colaboración procesal (nueva redacción del art. 5 del CGP), no pueden ser convertidos en formulas vacuas o meramente decorativas.

Los referidos deberes impregnan el estatuto jurídico de todas las partes intervinientes en el proceso y constituyen las directrices de todo el ordenamiento procesal, independientemente de los textos legales.

En definitiva, el cumplimiento de los objetivos seguidos por la reforma procesal, más allá de las expresiones de voluntarismo, finca en la vigencia y compromiso con los principios anteriores por parte de todos los operadores jurídicos.

V. BIBLIOGRAFIA

Abal Oliú, Alejandro. “Medidas Provisionales: Nuevo Procedimiento Bilateral” en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Mastergraf, Montevideo, 2013, págs. 187 – 198.

Abal Oliú, Alejandro. “Resoluciones que se notifican a domicilio a partir de la reforma del CGP (Ley N° 19.090)” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, FCU, Montevideo, págs. 873 – 883.

Abal Oliú, Alejandro. “Apelación de resoluciones sobre medidas cautelares” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/2001, FCU, Montevideo, págs. 19 - 32.

Abal Oliú, Alejandro. “La factura y el proceso ejecutivo” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3/1999, FCU, Montevideo, págs. 353 – 357.

Abal Oliú, Alejandro. *Estudios del Código General del Proceso*, t. III, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1997.

Abal Oliú, Alejandro. “El presupuesto habilitante del proceso ejecutivo” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/1995, FCU, Montevideo, págs. 171 - 200.

Abal Oliú, Alejandro. “Medidas Provisionales y Anticipadas” en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, págs. 23 – 36.

Abal Oliú, Alejandro. “Vía de apremio en el proceso ejecutivo: ¿es imprescindible la intimación previa?” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2-3/1994, FCU, Montevideo, págs. 165 – 170.

Abal Oliú, Alejandro. *Estudios del Código General del Proceso*, t. II, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1994

Abal Oliú, Alejandro. “¿Es posible la adhesión al recurso de casación civil?” en *Anales del Foro*, Año 1994, N° CXXIII, págs. 169 - 179.

Abal Oliú, Alejandro. “Presupuestos del Proceso Ejecutivo” en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, v. 1, 2da. Época, N° 3/1991, págs. 26 – 48.

Abal Oliú, Alejandro. “Contrato Sinalagmático y título ejecutivo en el nuevo Código General del Proceso” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 4/1988, FCU, Montevideo, págs. 517 – 521.

Abal Oliú, Alejandro. “Contrato Sinalagmático y título ejecutivo” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/1988, FCU, Montevideo, págs. 76 - 83.

Aragone Rivoir, Ignacio. “Sobre el Proceso Ejecutivo” en *La Justicia Uruguaya*, t. CVII, Montevideo, 1993, sección Doctrina, págs. 3 – 19.

AA.VV. “Reunión científica sobre pacto comisorio” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/1996, FCU, Montevideo, págs. 241 – 296.

AA.VV. “Discusión Científica acerca de los Títulos Ejecutivos en Obligaciones de pagar incluidas en Negocios Sinalagmáticos” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3/1982, FCU, Montevideo, págs. 435 - 446.

Alvarez Petraglia, Federico y Pescadére Brantuas, Diego. “¿Puede volver a solicitarse una medida cautelar que caducó en vía preliminar?” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3 -4/1998, FCU, Montevideo, págs. 305 – 313.

Barcelona, Graciela. “Procesos Incidentales” en *Curso sobre el Código General del Proceso*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1989, págs. 103 – 116.

Biurrun, Rafael. “Embargo: Guía Temática 2003” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, FCU, Montevideo, págs. 445 – 475.

Biurrun, Rafael. “Vía de apremio, embargo, tasación y remate” en *Estudios sobre proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2006, págs. 120 – 164.

Cal Laggiard, Maximiliano. “La tecnología en las funciones procesal” en *Anuario de Derecho Informático*, t. XIII, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2013, págs. 26 - 60.

Cal Laggiard, Maximiliano. “Acumulación de pretensiones en los Procesos Ejecutivos y de Ejecución e incidencia de la reforma del CGP” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, FCU, Montevideo, págs. 1075 – 1093.

Cardinal Piegas, Fernando y Labat Pérez Gomar, Santiago. “La intervención de terceros por citación como proceso incidental” en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Mastergraf, Montevideo, 2013, págs. 321 – 333.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ta Edición (Reimpresión), Bdef, Buenos Aires, 2004.

Creimer, Israel. “La factura como título ejecutivo” en *Anuario de Derecho Comercial*, t. VIII, FCU, Montevideo, 1999, págs. 352 – 359.

De Hegedus, Margarita y Romero, Alejandro. “La Ejecución Civil: ¿Cómo redactaríamos hoy el Código Modelo? en *Modernización de la Justicia Civil*, Universidad de Montevideo, Tradinco, Montevideo, 2011, págs. 523 – 565.

Durán Martínez, Augusto. *Contencioso Administrativo*, 1ra Edición, FCU, Montevideo, 2007.

Gelsi Bidart, Adolfo. “Incomparecencia de ambas partes a la audiencia preliminar” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3-4/1992, FCU, Montevideo, págs. 465 – 468.

Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil*, traducción de la Segunda Edición Alemana por Leonardo Prieto Castro, con anotaciones de Niceto Alcalá Zamora Castillo, Labor, Barcelona, 1936.

Gomes Santoro, Fernando. “Impugnación de la sentencia que señala el objeto del proceso, de la prueba y de la que dispone el diligenciamiento de los diversos medios probatorios en el proceso civil” en *XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2009, págs. 63 – 75.

Gomes Santoro, Fernando. *Vigencia o no de la acción autónoma de nulidad*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2005.

González, María Eugenia. “Ejecución de dar, hacer y no hacer” en *Estudios sobre proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2006, págs. 227 – 248.

Gorfinkiel, Isaac. “El juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo. Otro desconocido” en *La Justicia Uruguaya*, t. CX, Montevideo, 1995, sección Doctrina, págs. 3 – 43.

Greif, Jaime. “El Proceso Ejecutivo en el Código General del Proceso, su estructura y regulación” en *Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 4/1988, FCU, Montevideo, págs. 507 – 516.

Guerra, Walter. “La factura comercial como título ejecutivo” en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 4/1997, FCU, Montevideo, págs. 525 – 537.

Klett, Selva y Álvarez Petraglia, Federico. “El recurso de apelación en la vía de apremio” en *Estudios sobre proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2006, págs. 43 – 67.

Klett, Selva y Cardinal, Fernando. "Tercerías en procesos de ejecución, ejecutivos y cautelares" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/2001, FCU, Montevideo, págs. 33 - 40.

Labat Pérez Gomar, Santiago. "El documento prueba en (y del) proceso" en *XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2011, págs. 163 - 178.

Labat Pérez Gomar, Santiago y Taullard, Alfredo. "Algunos aspectos prácticos en materia de adhesión a la apelación" en *XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2009, págs. 197 - 210.

Labat Pérez Gomar, Santiago y Taullar, Alfredo. "Artículo 342.2 del CGP. Actualización del debate" en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, 2004, págs. 89 - 98.

Landoni, Ángel y Colaboradores. *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay. Comentado con doctrina y jurisprudencia*, v. I, Bdef, Buenos Aires, 2002.

Landoni, Ángel, Garderes, Santiago y Prato, Magdalena. "El recurso de apelación en el proceso ejecutivo y en el proceso de ejecución" en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, 2004, págs. 99 - 131.

Lema, Laura y Morán, María. "Inasistencia de las partes a la audiencia preliminar. Análisis jurisprudencial" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/1991, FCU, Montevideo, págs. 115 - 141.

Perera, Jorge. *Apelación y Segunda Instancia*. Proceso Civil y Penal, 2da. Edición, AMF, Montevideo, 2009.

Perera, Jorge. "Expresión de agravios en la apelación con efecto diferido" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2000, FCU, Montevideo, págs. 243 - 248.

Rampoldi, Darwin. "Relevamiento jurisprudencia de la comparecencia a la audiencia preliminar y consecuencias de la inasistencia" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2011, FCU, Montevideo, págs. 983 - 1002.

Simón, Luis María. "Ejecución de Crédito Prendario" en *Estudios en homenaje al Prof. Enrique Vescovi*, FCU, Montevideo, 2000, págs. 407 - 435.

Simón, Luis María. "¿Corresponde diligenciar prueba en casos de falta de comparecencia o contradicción del demandado?" en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, págs. 247 - 261.

Szafir, Dora y Varela Méndez, Edgar J. "Los plazos legales en materia de arrendamiento a la luz del art. 396 in fine del CGP" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2-3/1994, FCU, Montevideo, págs. 171 - 176.

Tarigo, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, t. I, 4ta. Edición, FCU, Montevideo, 2003.

Tarigo, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, t. IV, 4ta. Edición, FCU, Montevideo, 2012.

Tarigo, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, t. III, 2da. Edición, FCU, Montevideo, 1999.

Tarigo, Enrique. "La carga de la comparecencia en el proceso ordinario de conocimiento" en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, págs. 169 - 181.

Tarigo, Enrique. "La carga de contradicción el demandado compareciente en el proceso de conocimiento" en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, págs. 183 - 194.

Tarigo, Enrique. "La carga de la asistencia personal de las partes a las audiencias del proceso" en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, págs. 195 - 210.

Tarigo, Enrique. "Apelación con efecto suspensivo o diferido de determinadas sentencias interlocutorias pronunciadas en la audiencia preliminar. Las dos interpretaciones del artículo 342.2 del Código General del Proceso" en *La Justicia Uruguaya*, t. CXI, Montevideo, 1995, págs. 407 – 418.

Teitelbaum, Jaime. "La acumulación de pretensiones y el dilema del art. 120.1 del CGP", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/1994, FCU, Montevideo, págs. 43 – 48.

Teitelbaum, Jaime. *Juicio Ejecutivo Cambiario*, 2da. Edición, Idea, Montevideo, 1993.

Teitelbaum, Jaime. "Los diferentes tipos de apelación en el CGP" en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1991, págs. 129 - 141.

Teitelbaum, Jaime. "Proceso Monitorio y Ejecutivo" en *Curso sobre el Código General del Proceso*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 1989, págs. 103 – 116.

Tommasino, Beatriz. "Ejecución de sentencias contra el Estado" en *Estudios sobre proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2006, págs. 249 – 278.

Valentín, Gabriel. "Los deberes poderes del tribunal de alzada: determinación de los casos en que procede el reenvío" en *XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2009, págs. 169 – 186.

Valentín, Gabriel. "Ejecución forzada en vía de apremio. Los actos procesales posteriores al remate" en *Estudios sobre proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo*, 1ra. Edición, FCU, Montevideo, 2006, págs. 165 – 198.

Valentín, Gabriel. "Un estudio de las inembargabilidades en el Derecho Procesal uruguayo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2000, FCU, Montevideo, págs. 327 – 359.

Varela Méndez, Edgar J. "Efecto no suspensivo de la alzada de las resoluciones que disponen el levantamiento de una medida cautelar y que mandan constituir contracautela" en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Mastergraf, Montevideo, 2013, págs. 175 – 186.

Varela Méndez, Edgar J. "Factura comercial y título ejecutivo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/1996, FCU, Montevideo, págs. 53 – 62.

Varela Méndez, Edgar J. "Carga de la comparecencia y de la contradicción en el proceso civil (VIIIas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Comisión II) Relación General" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/1995, FCU, Montevideo, págs. 247 – 262.

Veiras, Jorge. "Código General del Proceso. Modificaciones introducidas por la Ley N° 19.090", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2012, FCU, Montevideo, págs. 885 - 1012.

Véscovi, Enrique. "Los aspectos prácticos sobre la aplicación del CGP" en *Judicatura*, N° 30, Editorial Universidad, Montevideo, 1990, págs. 45 – 50.

Véscovi, Enrique y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. II, Ábaco, Montevideo, 1993.

Véscovi, Enrique y Colaboradores. *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. III, Ábaco, Montevideo.

Véscovi, Enrique, de Hegedus, Margarita, Klett, Selva, Minvielle, Bernadette, Simón, Luis María, Pereira Campos, Santiago. "Enfoque sistemático de las cargas de comparecencia y contradicción y su incidencia en el objeto de la prueba" en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1995, págs. 211 - 221.

Viera, Luis Alberto. "Los distintos efectos del recurso de apelación" en *VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Montevideo, 1991, págs. 11 – 22.



ACERCA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

LUCIANA SOLEDAD CAÑETE.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Argentina estipula en su art. 1 que la Nación adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, y federal. A su vez su art. 5 prescribe que: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

Vale recordar que el territorio de la República Argentina está dividido en 24 distritos federativos: veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es la Capital Nacional. Dentro del esquema surgido de nuestra carta magna en el año 1853, se vislumbra que cada provincia -y aquí incluimos también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- tiene la facultad y el deber de organizar su poder judicial.

Hecha la aclaración pertinente y en aras de un mayor entendimiento del lector, a lo largo del presente haremos un intento por describir la situación del proceso contencioso administrativo en el territorio de la provincia de Buenos Aires. Ello toda vez que luego de casi noventa y ocho años de vigencia -desde el 1 de marzo de 1906 hasta el 14 de diciembre de 2003- del Código contencioso administrativo bonaerense, sancionado por la ley provincial 2.961¹ y más conocido como Código Varela², rige en la provincia de Buenos Aires un Código procesal contencioso administrativo nuevo, que fuera sancionado por la Ley 12.008 y sus modificatorias.

Acaeció que el viejo código procesal contencioso administrativo estaba demostrando que si bien había resultado muy adelantado para la época de su sanción -a principios del Siglo XX- ahora los avances en materia de derechos, especialmente de derechos humanos, tornaba necesaria su modificación o derogación.

La importancia que reviste la sanción de este nuevo Código es muy alta. Se ha cerrado un ciclo de casi un siglo de duración dentro del cual solo se podía discutir el acto administrativo, con una legitimación activa muy acotada y por ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en instancia única, cuyo asiento se encuentra en la Ciudad de La Plata, capital de la provincia.

En el afán de echar luz sobre la situación descrita y su íntima vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva, es que atravesaremos el presente.

* Magíster en Derecho Administrativo.

Universidad Austral.

Abogada de Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.-

Docente de la Universidad Católica de La Plata.-

Tutora del Escuela del Cuerpo de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación en su modalidad virtual.-

1 La ley se sancionó el 14 de diciembre de 1905, fue promulgada el 22 de diciembre de 1905, la edición oficial se dispuso el 9 de enero de 1906. En vigencia desde el 1 de marzo de 1906.-

2 Varela Luis V., jurista uruguayo, fue el redactor del proyecto de ley del primer código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires.-

II. ÉRASE UNA VEZ...

La Constitución provincial en su redacción original estableció la competencia de la Suprema Corte de la provincia en lo concerniente a la materia contencioso administrativa. Dicha atribución se mantuvo inalterada a lo largo de las reformas que sufrió la carta fundamental provincial en los años 1889, 1934 y 1949.

El art. 149 inc. 3 antes de la reforma constitucional de 1994 establecía que la Suprema Corte “decide las causas contencioso administrativas en única instancia y juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada”.

En consonancia, el Código Contencioso Administrativo provincial que fuera sancionado por la Ley 2961 de 1905, estipuló en su art. 26 que “en toda la provincia de Buenos Aires no existe más tribunal de lo contencioso administrativo que la Suprema Corte de Justicia, la que deberá resolver todas las causas de esta jurisdicción con la mayoría de sus miembros”.

Luego, en el año 1994, las constituciones tanto nacional como de la provincia Buenos Aires fueron reformadas. El mundo estaba cambiando y debíamos adaptarnos y asimilar los cambios, so riesgo de quedar fuera de este mundo globalizado y relegados en el escenario internacional.

Así fue como el principio supranacional de “tutela judicial efectiva” tomó fuerza y protagonismo dentro del mundo jurídico, especialmente dentro del derecho administrativo. Porque fue receptado no solo en el ámbito del proceso judicial contencioso administrativo, sino también dentro de la esfera en que transita el procedimiento administrativo, es decir, puertas adentro de la administración.-

El nuevo art. 15 de la Constitución Provincia de Buenos Aires resulta cabal muestra de ello y reza lo siguiente: “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

Asimismo el art. 18 de la Constitución Nacional en la parte que aquí nos interesa estipula: “... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”.

Y Completa el encuadre normativo de la cuestión el art. 75 inc. 22 de la carta fundamental nacional³, el cual al incorporar a los tratados internacionales de derechos humanos y otorgarles jerarquía constitucional, implicó necesariamente que habría que adaptar la normativa interna a los parámetros internacionales, en aras de evitar incumplimientos y la consecuente responsabilidad internacional.

Semejante principio implicaba que ahora dejaban de existir definitivamente sectores inmunes al control judicial y a la justicia.

Ello produjo efectos en cascada: ya no era suficiente con permitir el juicio al acto administrativo, ahora era menester un juicio con jurisdicción plena, con amplitud probatoria y con más de una instancia. Ya no

3 “Corresponde al Congreso:...Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. 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 Cíviles 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, 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. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 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”

bastaba con que se pudiera litigar en la capital provincial, por ante una justicia centralizada en la Suprema Corte, dado que la posibilidad de acceder a la justicia de un habitante del interior era casi nula, no solo por la distancia sino por los costos monetarios que dicho litigio le acarrearía por la necesidad de desplazarse y de contar con un profesional que litigara en la jurisdicción única radicada en La Plata. “Se convertía así el derecho a accionar en lo contencioso administrativo en un derecho para ricos o para las empresas, pero no para el común de los particulares (excepto que viviera en la La Plata y sus alrededores)”⁴.

El hecho de que solo pudiera litigarse en la Ciudad de La Plata atentaba contra el hoy anhelado “derecho de acceso a la justicia”; solo basta con imaginarnos la superficie territorial de la provincia Buenos Aires -307.571 km² de extensión, aproximadamente la superficie de Italia- y su densidad demográfica -casi 3.000.000 de habitantes, sobre un total de 40.000.000- para vislumbrar que dicho deseo se tornaba de muy difícil concreción.

Es aquí donde entra en escena el nuevo Código procesal contencioso administrativo y el momento clave, en el cual una vez más nos damos cuenta que las reformas hechas en papel -entiéndase: a través de leyes- no son costosas en términos económicos, solo basta con dictar una norma y publicarla; lo difícil es ponerla en práctica porque ello implica destinar fondos dinerarios que deben previamente formar parte del presupuesto del Estado, escaso por naturaleza. Es así que entre el año en que se dictó la ley 12.008 hasta que se puso en funcionamiento el fuero, fue necesario que se dictara un fallo judicial en el marco del amparo interpuesto por el Colegio de Abogados⁵.

Cabe recordar que la reforma constitucional bonaerense de 1994, introdujo sustanciales modificaciones al sistema contencioso administrativo (arts. 166, último párrafo y 215), suprimiendo la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en la materia contencioso administrativa (art. 161) y delegando en el Poder Legislativo la sanción del Código y la implementación del fuero respectivo antes del 1° de octubre de 1.997 (art. 215); esta manda constitucional fue prorrogada legalmente hasta el 1° de junio de 1.999 (ley 12.162); vencido dicho plazo, tampoco se cumplió con los arts. 166 último párrafo y 215 de la constitución.

En ese contexto fue que a partir del fallo referido supra, se puso en funcionamiento un fuero más cercano al justiciable, acorde con las necesidades y postulados que dimanaban de la Constitución reformada y de los tratados de derechos humanos.-

Esta nueva ley del fuero introdujo la desconcentración territorial de los tribunales⁶; se estructuró con primera y segunda instancia y con posibilidad de ocurrir por ante la Suprema Corte de Justicia provincial a

4 Hutchinson, T., Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, Scotti, Buenos Aires, 2005, p. 19.

5 Causa B-64.474; “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c / Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”. El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, entabla acción de amparo ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y demanda a la Provincia homónima, para que se repare la omisión de poner en funcionamiento el fuero contencioso administrativo, ya que tal inacción colocaba a los abogados bonaerenses y a los habitantes de la Provincia, en situación de privación de tutela judicial continua y efectiva, en materia de justicia administrativa; incumpléndose los arts. 15, 166 y 215 de la Constitución de la Provincia. Habían transcurrido más de siete años desde la sanción de la reforma constitucional y el nuevo fuero no estaba instaurado. El Superior Tribunal, en voto dividido en cuanto a los alcances de su fallo, condena a la Provincia demandada a poner en funcionamiento el fuero contencioso administrativo antes del 1° de setiembre de 2003.

6 Véase ley 12.074 y sus modificatorias. **ARTÍCULO 3.- (Texto según Ley 14484)** Las Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, ejercerán su competencia territorial con carácter regional. Tendrán su asiento en las ciudades que se detallan a continuación, abarcando los Departamentos Judiciales que en cada inciso se determinan: 1) Una (1) con asiento en la ciudad de La Plata, con competencia territorial en la región conformada por los Departamentos Judiciales de La Plata y Quilmes. 2) Una (1) con asiento en la ciudad de Lanús con competencia territorial en la región conformada por los Departamentos Judiciales de Avellaneda-Lanús y Lomas de Zamora. 3) Una (1) con asiento en la ciudad de San Martín con competencia territorial en la región conformada por los Departamentos Judiciales de La Matanza, Mercedes, Morón, San Isidro, San Martín y Trenque Lauquen. 4) Una (1) con asiento en la ciudad de Mar del Plata, con competencia territorial en la región conformada por los Departamentos Judiciales de Mar del Plata, Dolores, Azul, Necochea y Bahía Blanca. 5) Una (1) con asiento en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, con competencia territorial en la región conformada por los Departamentos Judiciales de San Nicolás de los Arroyos, Zárate-Campana, Pergamino y Junín. **ARTÍCULO 14. – (Texto según Ley 14256)** En la ciudad cabecera de cada Departamento Judicial, tendrá asiento un Juzgado Contencioso Administrativo, salvo los correspondientes a los Departamentos Judiciales de La Plata en cuya cabecera tendrán asiento cuatro

través de los recursos extraordinarios reglados; se amplió la legitimación activa para demandar, antes solo reservada a aquél que fuera titular de un derecho subjetivo, ahora permitiendo que tanto el titular de un derecho subjetivo, un interés legítimo o bien un derecho de incidencia colectiva, demande; se le otorgó al justiciable una gran cantidad de pretensiones que puede interponer⁷, como contracara a la única posibilidad que tenía bajo el anterior sistema, es decir, se abandonó el dogma revisor del acto administrativo por la amplitud de pretensiones.

El avance fue y es muy grande y se han logrado subir varios escalones en lo que atañe a lograr el pleno ejercicio de los derechos en materia contencioso administrativa.

III. CONCLUSIONES

Hablar de tutela judicial efectiva implica necesariamente tener asegurada la posibilidad de acudir a una instancia judicial suficiente y adecuada.

En este punto debo confesar que mi experiencia como abogada del cuerpo de abogados de la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires⁸ -organismo que tiene como principal función, entre otras, representar en juicio a la provincia de Buenos Aires en aquellos casos en que exista interés fiscal comprometido- me otorga una visión peculiar de la situación, ni mejor ni peor que la visión de otros profesionales, pero ocurre que al recorrer diariamente los juzgados contencioso administrativos puedo palpar una realidad contada en primera persona.

Lo más importante dentro de un Estado de derecho, dado que le dan su sustento, es la legalidad y el principio de la subordinación a la ley por parte de los poderes públicos; a lo cual debemos agregar la importancia que reviste la igualdad de todos frente a la ley, publicidad, control y responsabilidad de las funciones públicas.-

Acceso a la justicia y respuesta por parte del poder judicial, son las dos caras de una misma moneda. De nada sirve que el justiciable tenga abiertas de par en par las puertas de los tribunales y no reciba en tiempo útil la sentencia respectiva, o peor aún, que no se respeten los plazos para cumplirse con la sentencia, con las dificultades que acarrea su ejecución. No basta con que se “pueda” iniciar una demanda y se obtenga una hermosa sentencia digna de ser enmarcada en un cuadro, sino que se trata de que esa sentencia sea cumplida por quién deba hacerlo o, en caso de incumplimiento, existan mecanismos acordes para su pronta ejecución.

Todos quiénes actuamos en este pequeño mundo del contencioso administrativo, que tarde o temprano deberá expandirse al compás de una mayor participación pública en la problemática de la justicia, bregamos porque el ciudadano de a pie encuentre las respuestas que busca.

Se avanzó, sin dudas; pero aún resta mucho por hacer. Se observa, al menos en la provincia de Buenos Aires, que los empleados del poder judicial se está especializando; pero los límites que la cuestión presupuestaria establece, actúan en desmedro de todo avance posible. Los problemas que se avizoran guardan

Juzgados Contencioso Administrativos; Lomas de Zamora, Mar del Plata, San Isidro y San Martín, en cuyas cabeceras tendrán asiento dos Juzgados Contencioso Administrativos; Azul, que también contará con dos Juzgados Contencioso Administrativos, uno de ellos con asiento en la ciudad cabecera del Departamento Judicial y el otro en Tandil. Cada uno de los Juzgados Contencioso Administrativos tendrá competencia territorial en su respectivo Departamento Judicial, excepto el de la ciudad de Tandil que tendrá competencia territorial en el Partido homónimo.

7 **Ley 12.008. ARTICULO 12°: (Texto según Ley 13101) Pretensiones.** En el proceso contencioso-administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener: 1. La anulación total o parcial de actos administrativos de alcance particular o general. 2. El restablecimiento o reconocimiento del derecho o interés tutelados. 3. El resarcimiento de los daños y perjuicios causados. 4. La declaración de certeza sobre una determinada relación o situación jurídica regidas por el derecho administrativo. La pretensión respectiva tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial. 5. La cesación de una vía de hecho administrativa. 6. Se libre orden judicial de pronto despacho, en los términos previstos en el Capítulo IV del Título II.

8 Véase art. 155 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y Decreto Ley 7543/69 Orgánica de la Fiscalía de Estado. También puede consultarse: www.fiscalia.gba.gov.ar

relación con lo ambicioso que es el derecho de acceso a la justicia, ambicioso en el buen sentido...pero que se encuentra con las trabas presupuestarias que impiden que ese derecho pueda desplegarse en su magnitud.

Se avanzó mucho al derogar un código sancionado casi un siglo atrás, con una lógica vetustez para proteger los intereses de estos tiempos; y si bien me inclino por visualizar el vaso medio lleno y festejar los logros, no puedo perder de vista que queda mucho por hacer.-

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República Argentina.-
- Constitución de la provincia de Buenos Aires.-
- AAVV, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Rap, Buenos Aires, 2008.
- Bianchi, A.B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- Blanco, M., Competencia del fuero contencioso administrativo, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Cassagne, J.C., Tratado de Derecho Administrativo, T I y II, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Gelli, M. A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, T. I y II, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- Hutchinson, T., Código Procesal en lo Contencioso Administrativo, Scotti, Buenos Aires, 2005.



LA NOCIÓN JURÍDICA DE EMPRESA Y SU IMPACTO SOBRE LAS DECISIONES EMPRESARIALES

MIGUEL CASANOVA

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de empresa ha resultado particularmente difícil de definir. Tanto es así que el Diccionario de la Real Academia Española contiene hasta cinco acepciones distintas del término empresa entre las que destacan, la primera, que la define, en sentido amplio, como “acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo”; la que la concibe como “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”; y la que la identifica con el “lugar en que se realizan estas actividades”.

Desde el punto de vista jurídico, se ha coincidido en señalar que la definición y la descripción del concepto de empresa resultan seriamente dificultosas¹. Al respecto, la doctrina jurídica italiana de la primera mitad del siglo XX sostenía que el concepto de empresa constituiría un fenómeno económico “poliédrico” –con diversas aristas– que afectaría su conceptualización jurídica y que determinaría la coexistencia de diversos “perfiles jurídicos” en la empresa: un perfil subjetivo –la empresa como empresario–, un perfil funcional –la empresa como actividad–, un perfil objetivo –la empresa como conjunto de bienes– y un perfil corporativo –la empresa como institución–². En el ámbito alemán, Karsten SCHMIDT, concluye que no existiría un concepto jurídico general de empresa, sino ámbitos jurídicos que llevan a desarrollar el concepto y que no deben ser generalizados por estar pre-determinados teleológicamente³.

En el sentido referido por el autor alemán, la noción de empresa ha sido abordada desde las más diversas perspectivas y áreas del conocimiento. Para la sociología sería una organización de personas; para la economía, una organización de factores (objetos y sujetos)⁴; para la teoría de la administración empresarial, “una forma de organización humana, con autonomía y capacidad de auto-continuidad, que proporciona a la sociedad unos bienes y servicios determinados, añadiendo valor económico”⁵.

A su vez, dichos cambios de perspectiva pueden ser descubiertos también en las diferentes áreas del Derecho. Así, para el Derecho de competencia, la empresa sería un sujeto; para el Derecho civil, un objeto, siendo la persona física o jurídica el sujeto titular de la misma: el empresario; mientras que para el Derecho

1 Cfr.: GIRÓN TENA, J., “Sobre las características generales desde los puntos de vista político – jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 295, quien señala que el concepto de empresa ha generado grandes problemas a la dogmática; GARRIGUES, J., “Anotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa”, en *Hacia un nuevo Derecho mercantil (Escritos, Lecciones y conferencias)*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 4, quien subraya el fracaso de los mercantilistas al acercarse al concepto, al que llevarían mucho tiempo “cortejando” sin poder “tomar posesión” del mismo; RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1969, p. 451, quien sostiene que las dificultades para la determinación del concepto de empresa, en gran parte, se deberían a la voluntad de la doctrina de “formular un concepto unitario de la misma”; más recientemente, DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J.M., *Comunidad de bienes y empresa*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 83 y ss., califica a la empresa de “concepto difícil y discutido” y agrega que es frecuente encontrar en la legislación el uso del término en circunstancias muy distintas y que tal “promiscuidad” sería fruto de la pobreza idiomática para describir realidades diversas.

2 ASQUINI, A., “Profili dell’impresa”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLI, 1943, pp. 1 y ss.

3 SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 65-66.

4 Véase, por ejemplo, COASE, R., *La empresa, el mercado y la Ley*, versión traducida española de CONCOME y BOREL, G., Alianza Editorial, Madrid 1994, p. 39.

5 VALERO y VICENTE, A. y LUCAS TOMÁS, J.L., *Política de empresa. El gobierno de la empresa de negocios*, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 23-24

comercial, sería, según la doctrina mayoritaria, una actividad⁶ o, más bien, una forma de organización de la actividad económica⁷.

El presente trabajo se propone brindar un comentario del estado de la cuestión en torno a la noción jurídica de empresa. En función de ello, en primer lugar, se describirá brevemente la noción de empresa-sociedad desarrollada y descrita por la dogmática jurídica tradicional. En segundo lugar, se hará especial referencia a la noción contractual-económica de empresa, desarrollada, principalmente en el ámbito anglosajón a lo largo del siglo XX, por importantes especialistas provenientes del ámbito económico y recogida por destacados juristas vinculados a la escuela del análisis económico del Derecho. Posteriormente, se presentará una apreciación crítica de las mencionadas teorías y las conclusiones que de ella pueden extraerse en el debate acerca del concepto jurídico de empresa.

2. LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DEL CONCEPTO DE EMPRESA

En el ámbito jurídico, el concepto de empresa ha pasado a constituirse, desde hace tiempo, en el eje central en torno al cual gira la problemática que pretende describir y regular el Derecho comercial⁸.

Se ha sostenido que la empresa no sería sólo, ni primordialmente un conjunto de bienes, sino, primordialmente, una actividad, para la que el patrimonio destinado a su ejercicio sería solamente un instrumento a su servicio⁹. En el mismo sentido, se ha afirmado que sería empresa toda actividad organizada, ejercida por el empresario¹⁰, que tenga por finalidad la oferta de productos o servicios en el mercado¹¹. Sin embargo, también ha gozado de cierto respaldo la concepción compleja de empresa, derivada del punto de vista desarrollado por la ya mencionada doctrina italiana¹², que la identificaría, al mismo tiempo, con sus diversos perfiles jurídicos. En este sentido, habría un sujeto (el empresario) que a través de un conjunto de bienes (el establecimiento empresarial), desarrollaría una actividad determinada (la empresa)¹³.

Otro sector de la doctrina continental europea desarrolló el concepto de “interés de la empresa” en atención al carácter institucional adjudicado al concepto¹⁴, pasando luego a discutir acerca de qué interés debía ser protegido, primordialmente, por sus administradores¹⁵. Así, entre quienes concibieron a la empresa como una entidad independiente y separada, con interés propio, algunos encontraron en el desarrollo de

6 Cfr.: GONDRA ROMERO, J.M., “La estructura jurídica de la empresa”, en *RDM*, n° 228, 1998, pp. 500 y ss.

7 Véase la síntesis expuesta por LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (Una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)”, en *RDM*, n° 220, 1996, pp. 330 y ss.

8 Cfr.: SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., p. 70.

9 Esta es la noción de empresa adoptada por la doctrina jurídica mercantil española desde hace ya varias décadas. Así, por ejemplo: VALERO AGÜNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 163.

10 POLO DÍEZ, A., “Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (Relaciones e interferencias entre ambos conceptos)”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 311 y ss.

11 PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un ensayo sobre la libertad de empresa”, en AA.VV., *Estudios en homenaje a Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 5977.

12 ASQUINI, A., “Profili dell’impresa”, en *Riv. Dir. Comm.*, vol. XLI, 1943, pp. 1 y ss.

13 RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pp. 461 y ss.; De los Ríos Sánchez, J.M., *Comunidad de bienes y empresa*, cit., p. 93.

14 Así, RAISER T., *Das Unternehmen als Organisation*, Karlsruhe, 1969, p. 166 y ss., sostiene que la empresa debe considerarse sujeto de derecho, sin perjuicio de que se le atribuya o no personalidad jurídica. El titular de los créditos no sería el propietario de los bienes sino el negocio mismo, que tendría vida propia independiente del propietario. Sin embargo, como advierte SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., pp. 83 y ss., en la práctica esto no sería así: sólo el propietario es capaz de contratar empleados, endeudarse, etc., solo el propietario (el “titular” de la empresa) es sujeto de imputación de derechos y obligaciones.

15 Véase: ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas: Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas, Madrid, 1982, 50 y ss., donde el autor reconoce que se trata de un problema con connotaciones políticas y de filosofía moral de gran complejidad, que no admitirían soluciones simples o seguras que no provoquen debate.

la empresa el logro de su fin (concepción material)¹⁶, mientras otros lo hallaron en el equilibrio de intereses afectados por ella (concepción formal)¹⁷.

El empresario, señala SCHMIDT sería el titular de la empresa, quien, según la tradicional definición ofrecida por RAISCH, “en forma independiente y mediante una unidad económica organizada, establecida en forma duradera, ofrece prestaciones con valor económico a otros participantes del mercado”. La empresa, en cambio, (recogiendo las ideas aportadas por GIERKE) sería el “ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo las deudas que le correspondan”, la “unidad económica organizada mediante la cual el empresario actúa en el mercado”¹⁸. La empresa no sería sujeto, sino objeto de derecho; objeto integrado por varios factores (personales y/o materiales) organizados, de forma independiente, utilizados coordinadamente para la realización de una actividad en el mercado (satisfacción de necesidades ajenas), realizando ofertas para la realización de negocios jurídicos.

Desde esta perspectiva, siendo la empresa un “objeto de derecho” debe necesariamente ser adjudicada a un sujeto al que se denomina empresario. Cada empresa debe tener su titular¹⁹. El empresario sería el sujeto (persona física o jurídica) que, desde el punto de vista económico, toma las decisiones y asume el riesgo de la empresa; el que ejerce la actividad empresarial de forma habitual o profesional a nombre propio (asumiendo las consecuencias de la actividad), con poder de decisión.

En el mismo sentido, la doctrina española más recibida ha sostenido que la empresa no puede ser al mismo tiempo objeto y sujeto de derecho²⁰ y que, al igual que la persona física, la persona jurídica (sociedad de capital) no puede ser considerada empresa, sino empresaria²¹. En toda empresa, se ha recalado, existiría un sujeto de derecho (el empresario) al cual le es atribuida la actividad empresarial²², lo cual implicaría que, sin perjuicio de su “perfil institucional”, en última instancia, la empresa constituiría un objeto de derecho plural²³, complejo (bienes, relaciones contractuales, actividades), ordenado a un fin, que le proporcionaría unidad objetiva. En todo caso, la sociedad de capital, por su parte, sería el sujeto de derecho titular de dicho objeto.

En el caso de las sociedades comerciales, la actividad y el patrimonio que conforman la empresa, serían atribuidos a la persona jurídica societaria (empresaria)²⁴. En consecuencia, en rigor, no podría hablarse de un “interés de la empresa”, en cuanto no correspondería atribuir interés propio a un objeto de Derecho sin perjuicio de que su desarrollo (“éxito de la empresa”²⁵) constituya, en todo caso, una condición esencial en la definición del contenido del interés del empresario (persona física o jurídica –sociedad comercial-)²⁶.

16 Cfr.: por ejemplo, RITTNER, F., *Zur Verantwortung der Unternehmensleitung nach 76, 1 AktG 1965*, FS Gessler, München, 1971, p. 116.

17 Cfr.: RAISCH, F., *Zum Begriff des Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime von Vorstand- und Aufsichtsratsmitgliedern*, FS Hefermehl, München, 1976, pp. 348 y ss.; RAISER, T., *Das Unternehmensinteresse*, FSR. SCHMIDT, Karlsruhe, 1976, pp. 105 y ss.

18 Cfr.: SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., pp. 67 y ss.

19 Ibidem., p. 92.

20 Cfr.: GIRÓN TENA, J., “Sobre las características generales...”, cit., pp. 296 y ss.

21 GARRIGUES, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, en RDM, n° 131, 1974, pp. 15 y ss.

22 La esencia de la empresa, sostenía Brecher F., *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand*, L. Röhrscheid, Bonn, 1953 –según referencias de GONDRA ROMERO, J.M., “La estructura jurídica de la empresa”, cit., pp. 560 y ss.-, sería la voluntad del sujeto (del empresario) que se vuelve objetiva en la empresa por este organizada. En el mismo sentido, RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 469, apunta que no cabe referirse a un derecho “de” la empresa o un derecho “a” la empresa, sin sujeto; sino que la empresa, como conjunto de actividades y bienes, tiene que referirse siempre a un sujeto particular.

23 Cfr.: GONDRA ROMERO, J.M., “La estructura jurídica de la empresa”, cit., p. 570, quien sostiene que la relación empresario-empresa se fragmentaría en una pluralidad de relaciones jurídicas sobre cada uno de los elementos que componen la empresa.

24 Cfr.: WÜRDINGER, H., *Aktien-und Konzernrecht: eine systematische darstellung*, Karlsruhe: Müller, 1966, pp. 254 y ss.

25 Esta formulación es la utilizada, en la doctrina alemana, por HOPT, K., “Derecho y obligaciones de la dirección en relación con la «composición del accionariado»”, en RDM, n° 207, 1993, p. 870.

26 En este sentido, véase: JAEGER, P.G., *L'Interesse Sociale*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1964, p. 198; Garrigues, J., “Teoría general de las sociedades mercantiles”, en RDM, n° 131, 1974, p. 15, y, más recientemente, SAEZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, p. 75, quien viene a afirmar que el objeto social (la empresa) constituye un elemento esencial del interés social.

En este contexto, la relación entre la empresa y su “titular” resultaría jurídicamente difícil de definir en la medida en que no implicaría un “tradicional derecho de propiedad”²⁷ (el conjunto de factores no sería propiedad del titular, sino que cada factor podría pertenecer a sujetos distintos del titular de la empresa). Al respecto, se ha señalado que la titularidad de la empresa no implicaría un derecho sobre ella, sino “un marco de organización y de actividades”²⁸. En todo caso, actualmente ya no se acepta tan fácilmente que los *shareholders* (titulares del capital) son los propietarios de la empresa²⁹.

En definitiva, la empresa es considerada una actividad económica (un conjunto de acciones dirigidas a un fin³⁰) desarrollada por un empresario (persona física o jurídica) en el mercado, un fenómeno ciertamente económico pero con evidentes repercusiones jurídicas.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL FENÓMENO EMPRESARIAL

La noción contractual de empresa tiene su origen remoto en las aportaciones de la escuela escocesa de economía (fundamentalmente de Adam Smith, considerado padre de la economía liberal clásica) que consideraba a la empresa una manifestación de los principios económicos naturales que rigen la sociedad humana (la economía de mercado), fundamentalmente el de división del trabajo, el de especialización y, derivado de los dos anteriores, el de intercambio (el contrato)³¹. La empresa, desde esta perspectiva, no es más que la realización de los mencionados principios de forma sostenida en el tiempo, con el objetivo de mejorar la eficiencia económica derivada de la especialización, el ahorro de costos y la producción en serie o a gran escala.

Sin perjuicio de advertir las dificultades que el establecimiento de una noción económica general de empresa conllevaría³², la teoría liberal-contractual ha llegado a la conclusión de que la empresa, desde el punto de vista externo, consistiría en una combinación organizada de factores de producción con el objetivo de producir bienes o servicios para el mercado y, desde el punto de vista interno, un conjunto de contratos entre los titulares de los factores de producción, contratos que determinarían conjunta y espontáneamente la manera más eficiente en que deben combinarse la participación de dichos factores para llevar a cabo el proyecto empresarial de manera exitosa³³.

Seguidamente se presentan las ideas de los principales protagonistas del desarrollo de la teoría económico-contractual neoclásica de empresa, desarrollada a lo largo del siglo XX en el ámbito jurídico-económico norteamericano.

3.1. La naturaleza de la empresa según COASE

El análisis económico del fenómeno empresarial no fue abordado seriamente por los economistas sino hasta que las ideas de Ronald COASE en torno a la naturaleza de la empresa, publicadas en 1937³⁴, despertaron

27 SCHMIDT, K., *Derecho comercial*, cit., p. 86.

28 *Ibidem*, p. 87.

29 Cfr.: ALCES, K., “Debunking the corporate fiduciary myth”, en *Journal of Corporation Law*, Forthcoming; FSU College of Law, Public Law Research Paper, n° 358, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1352595>, 2009, p. 8; Baird, D. y Henderson, T., “Other’s people money”, en http://ssrn.com/abstract_id=1017615, 2008, quienes argumentan que todos los inversores son “propietarios” de la sociedad y que, en consecuencia, la sociedad debe ser gestionada en beneficio de todos.

30 VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 4 y ss.

31 Una completa recopilación de los trabajos más destacados en torno a la naturaleza económica de la empresa puede encontrarse en (Ed.) PUTTERMAN, L., *The economic nature of the firm*, Cambridge University Press, New York, 1986.

32 Así, el renombrado filósofo y economista NOVAK, M., *On corporate Governance. The corporation as it ought to be*, The AEI Press, Washington DC, 1997, p. 10, señala que “the business corporation is so flexible, practical, polymorphous, adaptable, and various that no organizational definition of its essence is realistic”.

33 Al respecto, véase como resumen, en España: LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa...”, cit., pp. 319 y ss., quien describe los pilares de la teoría contractual-económica de la empresa y, en particular, la concepción neoclásica de empresa, basada en el principio de eficiencia económica, la que consideraría que la empresa existe para i) organizar mejor la división del trabajo, ii) reducir los costos de obtención del capital y iii) obtener los resultados beneficiosos de las llamadas economías de escala.

34 COASE, R., “The nature of the firm”, en *Economica, New Series*, vol. 4, n° 16, 1937, pp. 386-405.

gran interés en el ámbito económico y facilitaron la creación de una próspera línea de investigación cuyo resultado ha llegado a ser muy influyente, incluso en el ámbito jurídico societario.

En síntesis, la aportación central de COASE sería que la existencia de la empresa depende de la eficiencia económica, de la comparación entre los costos derivados de obtener un bien o servicio en el mercado libre y los costos de realizarlo en el marco de una empresa. El “principio de eficiencia”³⁵ requeriría la sustitución de los mercados (adquisición separada e independientemente de los factores necesarios para desarrollar una acción) por empresas, siempre que los costos de transacción originados en el mercado (cada uno de los contratos necesarios) fueran relativamente mayores a los costos de administración de la empresa (costos de agencia). La gran contribución de COASE fue señalar la influencia decisiva de los costos de transacción de los que adolece el mecanismo de precios en el mercado libre sobre la decisión de constituir una empresa.

La empresa sería, para COASE, una alternativa al mercado. Lo que esencialmente distinguiría a la empresa, en consecuencia, sería la supresión del mecanismo de precios que ofrece el mercado³⁶. La función de coordinación de los bienes y servicios dejaría de ser realizada por los precios (por el libre mercado) para ser desarrollada por el empresario (*entrepreneur*). La cuestión central a dilucidar, señalaba el premio Nobel de economía, sería por qué, en la práctica, en unos casos la coordinación se hace a través de los precios y en otros por el empresario. La respuesta a esta pregunta la encuentra, fundamentalmente, en que, en determinados casos, el mecanismo de libre mercado tiene una serie de costos significativos (negociación, obtención de información, etc.), costos que se verían reducidos si las mismas transacciones se desarrollasen dentro de la empresa³⁷, situación que motivaría al emprendedor a organizarse empresarialmente, asumiendo o coordinando internamente (fuera del mercado) la producción de los bienes y servicios en cuestión. Habrá empresa si al empresario le es menos costoso organizar internamente la producción del bien o servicio que obtenerlo en el mercado.

En definitiva, la empresa consistiría para COASE en un “sistema de relaciones que llega a existir cuando el control y administración de los factores (*resources*) dependen de un emprendedor”³⁸. Lo esencial en la empresa sería la autoridad central que dirige la actividad³⁹.

A su vez, la empresa sería mayor o menor en función de que el empresario pase a controlar más transacciones o las deje bajo el control de los precios de mercado. ¿Qué determina que el empresario opte por controlar dichas transacciones o deje de hacerlo? La respuesta para COASE, sería que el empresario para resolver la cuestión haría, implícita o explícitamente, una comparación entre los costos de transacción del mercado y los costos de administración interna de dichas transacciones (organización, eficiencia, etc.). Entonces, en aplicación de las leyes económicas naturales, la empresa tendería a crecer hasta el punto en que el costo de organización de una “transacción extra” dentro de la empresa sea igual al de hacerlo en el mercado libre⁴⁰.

3.2. ALCHIAN Y DEMSETZ: la empresa como nexo de contratos

La interpretación y desarrollo de las ideas propuestas por COASE acerca de la naturaleza económica de la empresa, llevó a concebir a la empresa como una red de contratos con estructura centralizada cuyo núcleo sería el “empresario” (persona física o jurídica), considerado propietario o titular de la misma por ser, como veremos, quien asumiría el control y beneficio residual de la empresa (como contrapartida del mayor riesgo asumido –riesgo residual-) y, en consecuencia, quien gozaría de los incentivos naturales adecuados para adoptar las decisiones que maximicen el beneficio económico general⁴¹.

35 Cuestión que desarrollaría el propio COASE, más completamente, en “The problem of social cost”, en *Journal of Law and Economics*, nº 3, 1960, p. 1 y ss.

36 Véase: LLEBOT MAJÓ, J.O., “Doctrina y teoría de la empresa...”, cit., p. 360.

37 COASE, R., “The nature of the firm...”, cit., pp. 388 y ss.

38 *Ibidem*, pp. 392-393.

39 Cfr.: EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contracts, and the dual nature of the firm”, en *Journal of corporate Law*, nº 24, 1999, pp. 820-821.

40 COASE, R., “The nature of the firm”, cit., p. 395.

41 Véase: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Empresa y empresario: un planteamiento contractual”, *working paper* publicado en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig1.html>, pp. 1 y ss.

La función del empresario, así entendida, fue descrita por Armen ALCHIAN y Harold DEMSETZ⁴² como “nexo” de todos los contratos que intervienen en la empresa. Este mecanismo centralizado aparecería espontáneamente en la medida en que implicaría un significativo ahorro de costos de transacción entre los diferentes *stakeholders*, quienes, de otro modo tendrían que contratar separadamente con cada uno de los demás para llevar a cabo sus fines particulares⁴³. Ciertamente, con la figura del empresario como núcleo central, el número de contratos necesarios para desarrollar la empresa disminuiría significativamente. El empresario como nexo de la red de contratos constituiría la verdadera “esencia” de la empresa, no ya el largo plazo en la contratación, como habían sostenido previamente los economistas liberales clásicos de la escuela escocesa.

Acudiendo a un gráfico ejemplo, ALCHIAN y DEMSETZ, se preguntan ¿cuál sería la diferencia esencial entre la “relación verdulero-empleado” y la de “verdulero-cliente”? Su respuesta es que la diferencia se encontraría en que, en la primera, existiría el uso en equipo (*team use*) de los factores de producción (*inputs*) y la posición central de una parte en la contratación de todos los *inputs*⁴⁴. El empresario sería ese “agente central” de contratación en el proceso de producción en equipo y la empresa sería la compleja red contractual a través de la cual se desarrolla el “*team process*” (la actividad empresarial). A diferencia de las conclusiones extraídas por COASE, estos autores señalan que no habría una diferencia esencial entre los contratos dentro y fuera de la empresa. La clave, para ALCHIAN y DEMSETZ, sería el uso en equipo de los bienes y la posición centralizada de una de las partes⁴⁵.

La empresa sería, pues, para estos autores una estructura esencialmente contractual en la que se encontrarían presentes los siguientes elementos: i) utilización en equipo de diferentes *inputs* para el desarrollo de la producción; ii) propiedad dispersa de los diferentes *inputs*; iii) presencia de una parte común a todos los contratos de los *inputs* que emplea la empresa; iv) parte central que tiene derecho a renegociar los diferentes *inputs* con independencia de los demás, que goza del interés residual de la empresa y que tiene derecho a enajenar su posición o calidad de “núcleo central” de la empresa⁴⁶. En tal sentido, la parte o agente central es también calificada, por ALCHIAN y DEMSETZ, como “propietario” de la empresa o “empleador”.

Llegado a este punto, cabría preguntarse ¿cuál de los participantes de la empresa debería ser considerado titular de la misma?; esto es, ¿a quién correspondería adjudicar el derecho al control residual de sus activos⁴⁷? y, en definitiva, ¿a quién responsabilizar de la adopción de las decisiones empresariales discrecionales?

Con razón, se ha advertido que “hacer” titulares o propietarios a todos los *stakeholders* conjuntamente sería una mala idea porque al tener cada uno intereses distintos -y muchas veces contradictorios-, los continuos conflictos encarecerían demasiado la gestión, lo cual chocaría frontalmente con el principio de eficiencia que inspiraría la existencia de la empresa⁴⁸. Quien, en cambio, siguiendo a ALCHIAN y DEMSETZ, cumpliría naturalmente todos los requisitos de eficiencia necesarios para ocupar el papel del empresario sería la persona o grupo de personas que aporta el capital (es decir, en su caso, la sociedad de capital) en la medida en que: i) se encontraría en condiciones de diversificar el riesgo invirtiendo en varias empresas al mismo tiempo; ii) si no se le atribuyera la calidad de propietario (de empresario) los costos del capital tenderían a aumentar significativamente y iii) gozaría de un interés homogéneo –el lucro- elemento del que carecerían los demás

42 ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, en *The American Economic Review*, vol. 62, n° 5, 1972, pp. 777-795.

43 *Ibidem*, p. 794.

Señalan los autores que, en la empresa, en lugar de suscribirse varios contratos multilaterales entre los diferentes propietarios de los *inputs*, un agente central contrata bilateralmente con cada uno de ellos, facilitando la organización eficiente de los *inputs* en un “equipo de producción”. Los términos de los contratos suscritos con dicho agente (el empresario) constituirían la base de la empresa, entidad especialmente adecuada para desarrollar la producción en equipo (“*team production process*”) del *output* de la empresa, el producto que ofrece en el mercado tras el proceso de producción empresarial.

En el ámbito jurídico, coinciden con esta perspectiva, entre otros, BLAIR, M. y STOUT, L., “A team production theory of corporate Law”, en *Virginia L. Rev.*, vol. 85, 1999, pp. 247 y ss., que conciben a la *corporation* como un conjunto de varios contribuyentes e intereses, muchos de los cuales compiten entre sí por los bienes y la influencia en la sociedad.

44 ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, *cit.*, p. 778.

45 Al respecto, véase el comentario de EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contracts...”, *cit.*, p. 821.

46 ALCHIAN, A. y DEMSETZ, H., “Production, Information Costs, and Economic Organization”, *cit.*, p. 794.

47 Cfr.: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Empresa y empresario...”, *cit.*, p. 3.

48 *Ibidem*, p. 4. y ss.

stakeholders (así, por ejemplo, el interés de un empleado puede ser distinto o incluso contrario al de otro empleado, dependiendo del tipo de trabajo que realice y la jerarquía que ocupe en la empresa). Estas ideas constituirían el fundamento principal de la teoría contractualista moderna que promueve la contemplación exclusiva de los intereses de los accionistas (“*creating shareholder value*”) por parte de los administradores de sociedades⁴⁹.

Tales condiciones naturales del grupo capitalista explicarían que la abrumadora mayoría de las empresas estén organizadas de modo tal que atribuyen la titularidad al capital. En definitiva, sin perjuicio de la naturaleza contractual del concepto de empresa, para estos autores, la relación empresa-capital terminaría siendo, en cierto modo, una relación de “titularidad” en la que el propietario sería la persona que suministra el capital (o, en su caso, la sociedad de capital) y el objeto de derecho, la empresa.

Desde nuestro punto de vista, en rigor, el hecho de que en la mayor parte de los casos se concrete esta forma de organización empresarial, no impediría que potencialmente las sociedades de capital puedan ser organizadas de otra manera, atribuyéndosele libremente la titularidad (entendida como legitimación de decisiones residuales) a otro/s *stakeholder/s* de la empresa, en función del poder de negociación que cada uno de ellos tenga en el momento de contratar su participación⁵⁰ y de los diferentes criterios que las partes contemplen al momento de contratar.

En tal sentido, como llega a reconocer ALFARO ÁGUILA-REAL⁵¹ (destacado partidario de la teoría contractual de la empresa en el ámbito español), en la medida en que se desarrollan los mercados financieros –y, podríamos agregar, que la etapa del ciclo económico favorezca– los costos de contratar capital financiero tenderían a reducirse significativamente, ocasionando que otros *stakeholders* (cuya participación se haría comparativamente más valiosa) obtengan mayores posibilidades de transformarse en titulares residuales (y, en consecuencia, en el grupo que toma las decisiones empresariales). Ciertamente, en los períodos en los que el capital es más accesible, otros grupos (en particular el *management* y los trabajadores) cuya participación en la empresa pasa a ser subjetiva y proporcionalmente más valiosa –lo que coincide con una mayor demanda de sus servicios por incrementarse el número de empresas en el mercado, como resultado de una mayor oferta de capital financiero– tienden a negociar o renegociar mejores condiciones de participación en las decisiones. En cambio, en períodos recesivos en los que el capital financiero deviene escaso y el número de empresas (y, por tanto, la oferta de trabajo) tiende a disminuir, el poder de negociación de tales grupos disminuye en “beneficio” del grupo de capitalistas, el que a cambio de brindar a las empresas el capital financiero necesario tenderá a exigir los máximos privilegios, entre ellos, principalmente, el poder de decisión residual.

A pesar de ello, ALFARO ÁGUILA-REAL, suscribiendo la tesis económica-contractual de ALCHIAN y DEMSETZ, mantiene, a nuestro modo de ver sin el fundamento lógico correspondiente, la atribución, en todo caso, al grupo de capitalistas, del poder de decisión residual, aún en el supuesto de que lo más abundante sea el capital inversor y lo escaso sea el capital humano⁵², señalándose como posible efecto o salida de tal situación, la adquisición por parte de los trabajadores de participaciones en el capital societario empresarial.

3.3 JENSEN Y MECKLING: La empresa como conjunto de contratos delimitado por los “costos de agencia”. La desaparición de la figura del empresario

Las ideas de Michael JENSEN y William MECKLING vienen a completar el estudio de ALCHIAN y DEMSETZ, incorporando al análisis del concepto de empresa la noción de “costos de agencia”⁵³.

49 Al respecto, véase: RAPPAPORT, A., *La creación de valor para el accionista, una guía para inversores y directivos* (1986), Ediciones Deusto, Bilbao, 1998.

50 En efecto, como señala, en España, MARÍN DE LA BÁRCENA, F., “El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia”, en AA.VV., *Gobierno Corporativo y crisis empresariales*, II seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 255 y ss., por ejemplo, en situaciones próximas a la insolvencia, serían los acreedores quienes, en realidad, estarían soportando el riesgo residual de la empresa. Serían los acreedores quienes tendrían el *ultimate financial interest* en tales situaciones, no los socios capitalistas.

51 ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Empresa y empresario...”, cit., p. 7.

52 *Ibidem*, p. 8.

53 JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure”, en *Journal of Financial economics*, n° 3, 1976, pp. 305 y ss.

La "relación de agencia" sería aquella bajo la cual una o más personas (el principal) contrata a otra persona (el agente) para que realice determinado servicio en su beneficio, delegando ciertas decisiones en el agente. Si ambas partes (agente y principal), como presumen JENSEN y MECKLING siguiendo los postulados del principio de eficiencia, son maximizadoras de sus intereses particulares, habría serias razones para pensar que el agente no siempre actuará en el "mejor interés" del principal. Ante este problema, el principal tendería a procurar establecer incentivos dirigidos a limitar la actividad "aberrante" del agente y a alinear sus intereses con los suyos. Estos incentivos o mecanismos, en general, tendrían un costo para ambas partes, los denominados "costos de agencia".

Desde el punto de vista jurídico, los costos de agencia aparecerían siempre que se suscribieran contratos basados en relaciones fiduciarias o de confianza y en los casos de contratos incompletos a ser integrados por el agente durante su ejecución, como los que se producen en todo proyecto empresarial. En efecto, en las empresas, constituyen costos de agencia aquellos que se derivan de la divergencia de intereses entre los diferentes participantes que contratan de forma duradera –o por tiempo indeterminado– y de forma incompleta (en cuanto no resultaría posible contemplar *ex ante* todas las posibles contingencias ante las que se encontrarán los contratantes)⁵⁴. Cuanto más incompleto sea el contrato, potencialmente mayores serán los costos de agencia, puesto que mayores serán las oportunidades de conductas oportunistas de los contratantes situados en posiciones ventajosas. Así, la separación de la administración y la propiedad de los bienes en las sociedades de capital implicaría, indudablemente, una relación de agencia, y la cuestión en ella suscitada de cómo hacer para que los administradores actúen en beneficio de la sociedad sería común a todas las relaciones de agencia⁵⁵.

Respecto a la naturaleza económica de la empresa, JENSEN y MECKLING coinciden con las críticas que ALCHIAN y DEMSETZ hacen al planteamiento de COASE pero advierten que estos autores no fueron lo suficientemente lejos en su refutación. Ciertamente, "simpatizan" con sus ideas pero consideran excesivo el énfasis que hacen en el concepto "*joint input production*" (producción en equipo) como elemento clave de la empresa, al que consideran demasiado estrecho y, por tanto, inexacto. Para JENSEN y MECKLING las "relaciones contractuales" constituirían la verdadera esencia de la empresa. No sólo aquellas que relacionan al "nexo" con los trabajadores o con los demás *inputs* controlados y coordinados por el agente central (el empresario), sino cada una de las relaciones contractuales entre todos los que participan directa o indirectamente en la empresa (proveedores, clientes, acreedores, etc.)⁵⁶, en cuanto que en cada una de ellas se plantearía el problema del "costo de agencia". El concepto de *joint production* sólo explicaría una fracción pequeña de la conducta de los diferentes sujetos vinculados a la empresa.

JENSEN y MECKLING sostienen que las organizaciones constituirían simplemente ficciones legales ("*artificial construct under the Law which allows certain organizations to be treated as individuals*") creadas para facilitar la coordinación de relaciones contractuales. En este sentido, la empresa sería simplemente una forma de ficción legal que serviría como elemento coordinador de las diversas relaciones contractuales entre los distintos *stakeholders* que forman parte de ella, que, por lo demás, se caracterizaría por su capacidad de establecer *residual claims* (beneficiarios residuales) divisibles sobre los bienes y el *cash flow* de la organización creada, susceptibles de libre enajenación sin el permiso necesario de los demás contratantes⁵⁷.

Siguiendo la línea de razonamiento propuesta, afirman que no tendría sentido distinguir las transacciones que están dentro de las que están fuera de la empresa. En realidad, sólo habría una "multitud" compleja de relaciones entre los propietarios del trabajo, de la materia prima, del capital, de los consumidores de los *outputs*, etc. En el mismo sentido, sostienen que la personalización implícita de la empresa –sociedades comerciales– en cuestiones recurrentemente planteadas como la de cuál debe ser el objetivo de la empresa o si la empresa tiene responsabilidad social, serían claramente equivocadas, en la medida en que, en rigor, no podría hablarse del interés de una ficción legal.

54 Al respecto, véase, en la doctrina española ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 21 y ss.

55 JENSEN, M. y MECKLING, W., "Theory of the firm...", cit., p. 309.

56 Una síntesis de las ideas de JENSEN y MECKLING en torno a la empresa puede encontrarse en LLEBOT MAJÓ, J.O., "Doctrina y teoría de la empresa...", cit., pp. 360 y ss.

57 JENSEN, M. y MECKLING, W., "Theory of the firm...", cit., p. 311.

En definitiva, para JENSEN y MECKLING la empresa sería simplemente una invención legal utilizada como centro (*focus*) de un proceso complejo en el que los intereses en conflicto de diferentes individuos se equilibrarían en el marco de una serie de relaciones contractuales. En este sentido, la forma de operar de la empresa sería similar a la del mercado. Sin embargo, advierten que llamativamente, mientras no sería frecuente la tendencia a personalizar a los mercados⁵⁸, la institucionalización de las empresas constituiría un lugar común.

El nivel de los costos de agencia dependería de la capacidad de las leyes, del *Common Law* (la jurisprudencia) y de las personas que diseñan los diferentes contratos. La reducción de los mismos sería el producto de un proceso histórico evolutivo caracterizado por fuertes incentivos dirigidos a lograr dicha reducción. En este proceso, sentencian JENSEN y MECKLING, podrían haberse presentado formas de organización alternativas y, sin embargo, la *corporation*, tal como se la concibe en la actualidad, habría sobrevivido al “test del mercado”, predominando frente a sus “competidoras”, demostrando que sería la forma de organización más eficiente (la que mejor minimiza los costos de agencia).

La denominada “teoría de la agencia”, promocionada por los discípulos de JENSEN y MECKLING, busca diseñar los mecanismos de organización e incentivos adecuados para reducir al mínimo los costos derivados de la diversidad de intereses presentes en la empresa. Desde su perspectiva, la organización estructural de la empresa debería determinarse en función de la reducción de tales costos. En esta línea, considerando que el grupo capitalista (accionistas, en el caso de sociedades anónimas) gozaría de los incentivos naturales adecuados, resultaría económicamente eficiente atribuirle el poder de decisión y de control de la empresa, en cuanto se vería inclinado –sin necesidad de introducir incentivos artificiales– a vigilar la actuación de los demás grupos que participan en la empresa, evitándose, de este modo, significativos costos de agencia.

3.4. EASTERBROOK Y FISCHEL: Implicaciones jurídicas de la teoría contractual-económica

Desde el punto de vista jurídico, la teoría económica-contractual de la empresa goza en el ámbito norteamericano de representación en destacados juristas como Frank EASTERBROOK y Daniel FISCHEL⁵⁹. Afirman estos autores que la dinámica del mercado conduciría a los administradores de las empresas a actuar en interés de los accionistas, *as if they had investors' interest at heart*⁶⁰. Conciben a la empresa, siguiendo a Adam SMITH, como un agregado de personas por un período prolongado de tiempo, dirigido al trabajo en equipo (adoptando la aportación de ALCHIAN y DEMSETZ) y al aprovechamiento eficiente de la especialización de cada una. Por su parte, la sociedad de capital sería, simplemente, un instrumento de financiación de la empresa (*financing device*). Los accionistas que la integran asumirían el riesgo de la empresa al financiarla (“*risk bearers*”) y a cambio recibirían el beneficio marginal (“*residual claim*”), esto es, se les pagaría una vez cumplidas las obligaciones con todos los demás participantes en la empresa, quienes gozarían, en cambio, de pretensiones fijas (“*fixed claims*”).

Para EASTERBROOK y FISCHEL, la atribución del riesgo residual a un grupo de interés específico sería una forma más de “división del trabajo” (especialización). Dicha “división del trabajo” haría menos arriesgado todo el proyecto, y como consecuencia, lo haría también más eficiente⁶¹. La reducción del riesgo, al ser asumido por los accionistas (capaces de diversificarlo invirtiendo en varias empresas) implicaría la reducción de costos de transacción de los diferentes contratos que conforman la empresa.

58 Actualmente, sin embargo, parece descubrirse cierta tendencia a la personalización de los mismos, fundamentalmente, cuando algunos autores y medios de comunicación, al explicar las causas de la crisis económica, hablan de la conducta de los mercados como si fueran sujetos independientes.

59 Véase: EASTERBROOK, F. y FISCHEL, D., “The corporate contract”, en *Columbia L. Rev.*, 1989, pp. 1416 y ss., luego publicado como capítulo primero del libro *The economic structure of corporate Law*, Harvard University Press, London, 1991. Resulta destacable también la aportación, en el mismo sentido de Butler, H. y Ribstein, L., “Opting out of fiduciary duties: a response to the anticontractarians”, en *Washington L. Rev.*, vol. 65, 1990, p. 7, quienes definen a la *corporation* como un conjunto de contratos (*set of contracts*) entre los participantes en el negocio societario, incluyendo a los accionistas, managers, acreedores, empleados, etc. Ciertamente incluyen en el concepto de sociedad a todos los stakeholders pero advierten que el debate se centraría en la relación accionistas-managers.

60 EASTERBROOK, F. y FISCHEL, D., *The economic structure of corporate Law*, cit., p. 4.

61 *Ibidem*, pp. 8 y ss.

La asignación de los derechos de gobierno en la empresa debería realizarse, según EASTERBROOK y FISCHER, de acuerdo al criterio de eficiencia, determinado por la capacidad de reducción de costos de agencia y transacción de las diferentes formas de organización estructural. Su tesis principal sería, en efecto, que el derecho debería contener las soluciones que las diferentes participantes de la empresa hubiesen establecido para reducir al mínimo tales costos (voluntad hipotética de las partes)⁶². En la medida en que, de acuerdo a lo señalado por JENSEN y MECKLING, la atribución del poder al capital reduciría los costos totales de la empresa, el derecho debería así establecerlo⁶³. Según EASTERBROOK y FISCHER, la legislación debería asignar los derechos mediante normas que contengan la solución hipotética a la que habrían llegado contratantes racionales, motivados por el único objetivo de maximizar su utilidad⁶⁴.

4. APRECIACIÓN CRÍTICA

4.1 Carencias de la aproximación económica al fenómeno empresarial

La perspectiva jurídica-contractual del fenómeno societario, encuentra detractores en renombrados juristas entre los que destacan, en el ámbito norteamericano, Melvin EISENBERG⁶⁵, uno de los más reconocidos especialistas estadounidenses en Derecho comercial y Robert C. CLARK⁶⁶, decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Harvard desde 1989 a 2003⁶⁷.

Desde el área del Derecho societario, EISENBERG explica que la teoría contractual de la empresa resultaría insatisfactoria porque olvida la naturaleza dual-compleja- de la sociedad de capital: contemplaría solamente uno de los aspectos de su naturaleza jurídica (el contractual) y dejaría de lado su aspecto organizacional ("bureaucratic hierarchy")⁶⁸. Además, fallaría en la descripción de la forma en que la organización y la autoridad del empresario afectan la vida de aquellos que forman parte de la estructura jerárquica de la sociedad de capital. No podría comprenderse un aspecto sin el otro. EISENBERG advierte que describir de forma pura la empresa como organización o como conjunto de contratos resulta, en todo caso, incompleto⁶⁹. En el mismo sentido, BRUDNEY, señala que la teoría de la empresa como *nexus of contracts* olvida el aspecto interno de las sociedades, su organización vertical y su jerarquía en la organización⁷⁰.

Otro problema de la teoría contractual de la empresa para EISENBERG, sería que oculta una contradicción lógica en la medida en que, desde su perspectiva, sin perjuicio de que los *shareholders* puedan llegar a no ser considerados titulares de la empresa, en todo caso, el interés social sería mejor logrado orientando la sociedad hacia la maximización del beneficio de los socios. Sin embargo, en rigor, como se apuntaba al comentar la teoría de ALCHIAN y DEMSETZ, desde la óptica de la teoría contractual, la primacía *a priori* de los *shareholders* no sería sostenible. La teoría contractual, llevada a sus últimas consecuencias, no debería dar primacía a

62 Ibidem, pp. 14-15.

63 Al respecto, véase también COFFEE, J., "Shareholders versus managers: the strain in corporate web", en *Michigan L. Rev.*, vol. 85, 1986-1987, pp. 81 y ss.; BUTLER, H., "The contractual theory of the corporation", en *George Mason U. L. Rev.*, vol. 11, 1989, pp. 99 y ss.

64 Así describe la posición de estos autores GONDRA ROMERO, J.M., "La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos", en *RDM*, n° 278, 2010, p. 1196.

65 EISENBERG, M., "The conception that the corporation is a nexus of contracts...", cit., pp. 819 y ss.

66 CLARK, R., "Agency costs versus fiduciary duties", cit., pp. 55 y ss.

67 Resulta también destacable el trabajo de BRUDNEY, V., "Corporate governance, agency costs and the rethoric of contract", en *Columbia L. Rev.*, vol. 85, 1985, pp. 1403 y ss.

68 EISENBERG, M., "The conception that the corporation is a nexus of contracts...", cit., p. 820.

69 Ibidem, p. 828-830. Explica EISENBERG que las empresas existen, en parte, cuando el costo de inducir un comportamiento a través de la autoridad dentro de la empresa es menor al costo de inducirlo a través de contratos reales en el mercado. En cierto modo, su posición es semejante a la propuesta por COASE.

70 Cfr.: BRUDNEY, V., "Corporate governance...", cit., pp. 1403-1404. Sostiene el autor que la "retórica del contrato" incurriría en dudosas presunciones acerca de las circunstancias de las partes, establecería consecuencias normativas inapropiadas para gobernar las relaciones y serviría a un objetivo ideológico de facilitar la discrecionalidad del *management* en perjuicio de los inversores. Para BRUDNEY, V., Ibidem, p. 1411, en realidad, los inversores no conocerían efectivamente las condiciones de contratación (si las conocieran, afirma, no contratarían), no negociarían en la práctica.

ningún grupo de interés. Debería coincidir con la doctrina institucionalista que pone a todos los *stakeholders* en pie de igualdad⁷¹.

El aspecto institucional de las empresas es explicado por EISENBERG señalando que si bien las empresas estarían constituidas esencialmente por su capital humano, serían algo más que la suma de sus partes: “las personas vienen y se van pero la organización mantiene en la memoria cómo se hacen las cosas en la empresa”. La organización no consistiría sólo en sus bienes, personas y relaciones, sino además en las normas que organizan particularmente esas personas, bienes y relaciones. Algunas de esas reglas serían, efectivamente, contractuales pero muchas otras serían burocráticas y jerárquicas, y mantendrían su vigencia aunque cambien las personas y bienes que circunstancialmente forman la empresa en un momento determinado.

La teoría propuesta por JENSEN y MECKLING, además, no fijaría los límites de la empresa y consideraría que no es relevante definir qué está dentro y fuera de ella. Entonces, explica EISENBERG, según estos autores, en definitiva, no habría empresa alguna (“*then, there is no firm*”)⁷². Al final, concluye el autor, la teoría contractual de la empresa sería “la teoría que explica que, en realidad, no habría empresas”.

En la misma línea de argumentación de EISENBERG, se encuentra Robert C. CLARK, quien categóricamente llega a sostener que *a corporation is not a nexus of actual contracts*⁷³. En las *publicly held corporations* (sociedades cotizadas), sociedades en las que CLARK centra su análisis, los *managers* no serían agentes de los accionistas sino de la sociedad misma⁷⁴. En la relación de agencia, explica CLARK, el principal tendría el poder de controlar y dirigir la actividad del agente, de fijar el objetivo final y la estrategia general a seguir, características que no aplican a los accionistas, quienes, en la práctica tendrían derecho a muy poco. En efecto, ignorar las restricciones legales de los accionistas para influir en las decisiones sociales habría hecho, indudablemente más asequible a los partidarios de la teoría contractual de la empresa, sostener que los accionistas negociarían y contratarían con los *managers* los términos de su relación, al menos implícitamente. Convenientemente, no se ocuparían de analizar la situación legal real de la relación accionistas-*managers*, sino una situación ideal inexistente⁷⁵.

CLARK, critica además la noción de empresa de JENSEN y MECKLING –como mero conjunto o “multitud” de contratos– así como la de ALCHIAN y DEMSETZ advirtiéndole que, para estos, todas las relaciones en la empresa son contractuales. Si bien para los últimos, existiría un agente central, éste no tendría la calidad de superior en el sentido jerárquico, directivo o disciplinario. La perspectiva contractualista sería, entonces, irreal, inútil y perversa⁷⁶. Lo esencial en el contrato, se argumenta, sería que las condiciones son establecidas voluntariamente por las partes, situación que, justamente, no se produciría en las relaciones fiduciarias de los administradores, las que serían pre-establecidas legal o jurisprudencialmente. En el mismo sentido, Víctor BRUDNEY apunta que las partes, por diversos motivos (accionariado disperso, ausencia de negociación, largo plazo, falta de información adecuada etc.), no participarían voluntariamente en el negocio como sucede en los contratos (“*volition problem*”)⁷⁷.

En España, por su parte, cabe destacar, a modo de síntesis, la reciente crítica de José María GONDRA ROMERO a los fundamentos teórico-económicos de la teoría contractual de las sociedades de capital⁷⁸. Explica el jurista español que esta teoría se basaría, en el contexto norteamericano de competencia entre legislaciones estatales por atraer el mayor número de sociedades, en el criterio de “eficiencia” (objetivo considerado primordial de

71 EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contracts...”, cit., pp. 825 y ss.

72 *Ibidem*, pp. 832

73 Véase: CLARK, R., “Agency Costs versus fiduciary duties”, cit., pp. 59 y ss.

74 *Ibidem*, p. 56. Sin embargo, aclara que, como fiduciarios, lo serían de la sociedad y de los accionistas

75 *Ibidem*, p. 59.

76 *Ibidem*, p. 60.

77 BRUDNEY, V., “Corporate Governance...”, cit., p. 1406 y ss., sostiene que no correspondería calificar a la *corporation* de contractual cuando entre las partes no existiría negociación alguna y, además, los accionistas no tendrían la información suficiente y adecuada para poder consentir los términos en los que se estructura la sociedad.

En sentido contrario, en respuesta a estos argumentos, véase: BUTLER, H. y RIBSTEIN, L., “Opting out of fiduciary duties: a response to the anticontractarians”, en *Washington L. Rev.*, vol. 65, 1990, pp. 13 y ss., quienes destacan el carácter contractual de la adhesión (*the “adhesion analysis”*) y la existencia de problemas de información en todos los tipos de contratos no debiéndose resolver la naturaleza jurídica de las relaciones con base en el nivel de información de la que gozan las partes de las mismas.

78 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, cit., pp. 1171 y ss.

su política legislativa) y en el paralelo desprecio de otros elementos o criterios pilares de la regulación de la sociedad anónima. Dichos pilares constituirían el fruto del esfuerzo intelectual de varias generaciones de juristas, criterios cuyos postulados se dan por supuestos con demasiada facilidad, lo que llevaría a incurrir en simplificaciones de las “cosas o de las ideas”⁷⁹.

Gondra critica severamente la consistencia científica de la teoría económica⁸⁰ señalando que la economía constituiría una ciencia social que pretendería aproximarse metodológicamente a las ciencias naturales; que, considerando la discrecionalidad en el comportamiento humano, sólo sería capaz de inferir leyes de tendencia o probabilísticas, modelos simplificados repletos de “cabos sueltos”, y que, sin embargo, pretendería no sólo explicar y predecir, sino también aconsejar respecto de lo que se debe hacer de manera objetiva, libre de cualquier juicio de valor. La perspectiva económica estaría impregnada, como todas las demás, de juicios de valor “latentes” (en términos frecuentemente utilizados como “equilibrio” y “eficiencia”), con el agravante de que lo haría ocultamente, pretendiendo *neutralidad*. Advierte que la insistencia de “los economistas” por negarse a discutir racionalmente sobre qué valores debe protegerse, les habría llevado a ocultar sus juicios de valor en las argumentaciones⁸¹, entre los que destaca el de “no intervención del legislador”⁸².

La objeción más importante a la perspectiva contractual-económica se encontraría en la “irrealidad del modelo descriptivo del que parte”⁸³. En efecto, el modelo contractual presumiría escenarios ideales, sin costos de transacción, decisiones siempre racionales y perfectamente informadas, que no ocurren en la realidad⁸⁴. No sería real el modelo descriptivo de la empresa como “nexo de contratos” o conjunto de contratos, esencialmente semejante al proceso de mercado. En tal sentido, se argumenta que en ningún ordenamiento del mundo estarían las sociedades enteramente reguladas por la normativa privada –por el libre mercado– y, por otro lado, desde el punto de vista fáctico, que varias de las relaciones que se entablan en la sociedad no serían meramente contractuales. En definitiva, el libre mercado estaría lejos de constituir la solución ideal a los problemas derivados de la discrecionalidad y eficiencia de los administradores⁸⁵.

4.2. Integración de posiciones: El Empresario como elemento esencial de la noción jurídica de empresa

Ciertamente, las ideas de JENSEN y MECKLING, y de quienes luego las desarrollaron⁸⁶, que terminaron por dominar la perspectiva económica y, en particular, la del análisis económico del Derecho de sociedades⁸⁷ tienden a encontrar “innecesaria” la idea de empresario. Simplemente se estaría ante un conjunto complejo de contratos en los que los intereses de quienes forman parte de ellos se encontrarían en el equilibrio dispuesto por la libre contratación. Frente a esta teoría dominante de la noción económica de empresa, habría surgido otra, más reciente y aún minoritaria, que propone rescatar la importancia de la “función empresarial”, en la definición del concepto de empresa⁸⁸.

79 *Ibidem*, pp. 1173 y ss.

80 *Ibidem*, pp. 1197 y ss. Corresponde advertir que el autor generaliza sus críticas a toda la ciencia económica cuando, en realidad, resultarían aplicables solamente a algunos sectores de dicha ciencia, en particular, a la concepción neoclásica. Otras escuelas –ciertamente todavía minoritarias–, como la escuela austriaca de economía, también señalan las falencias de la teoría neoclásica y se basan en postulados más adecuados a la realidad.

81 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, cit., p. 1210.

82 Considerando la “eficiencia espontánea” del libre mercado, la imposición de normas no derivadas del propio mercado, en todo caso, conduciría a resultados menos eficientes.

83 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, cit., pp. 1215 y ss.

84 En este sentido, véase MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, M.A., “Hacia una nueva teoría de la empresa”, en *Cuadernos de Empresa y Humanismo*, n° 79, 2000, pp. 5 y ss., quien señala que la teoría de la toma de decisiones con información perfecta da muchos problemas en la medida en que, en realidad, en la empresa habría un alto grado de incertidumbre.

85 GONDRA ROMERO, J.M., “La teoría contractual de la sociedad anónima...”, cit., p. 1229.

86 Véase, por ejemplo, FAMA, E., “Agency problems and the theory of the firm”, en *The Journal of Political Economy*, vol. 88, n° 2, 1980, pp. 288 y ss., quien considera, directamente, irrelevante el concepto de “propiedad de la empresa”; CHEUNG, S. N.S., “The Contractual Nature of the Firm”, *Journal of Law and Economics*, 26, 1983, pp. 1 a 22, quien afirma que la empresa no es más que un conjunto complejo de contratos en el mercado.

87 Así lo reconoce el propio EISENBERG, M., “The conception that the corporation is a nexus of contract...”, cit., pp. 819-820.

88 Al respecto, por todos, véase el trabajo de FOSS, N. “The theory of the firm: the austrians as precursors and critics of contemporary theory”, en *The Review of Austrian Economics*, Vol. 1.7, n° 1, 1994, pp. 31 y ss., quien presenta una síntesis de la teoría económica “evolutiva” de la empresa.

Esta perspectiva, concibe a la empresa, según la terminología *hayekiana* de las instituciones⁸⁹, como un “orden planificado”, una organización estructurada con el objetivo de obtener una ganancia⁹⁰, noción diametralmente contraria a la que terminan sosteniendo JENSEN y MECKLING (empresa como una suerte de “orden espontáneo” semejante al del libre mercado⁹¹). A diferencia de lo que ocurre en el mercado, explica Nicolai FOSS, el proceso de intercambio en la empresa se encontraría subordinado a un propósito empresarial⁹². En la empresa habría un sujeto con un plan de acción -el empresario-, cuya participación eliminaría toda posibilidad de asimilar la empresa al mecanismo “espontáneo” del mercado.

En consecuencia, más allá de las críticas jurídicas que merecería la teoría contractual neoclásica de la empresa señaladas anteriormente, los representantes de esta teoría económica “evolutiva” (también denominada “subjética” o “competitiva”⁹³) de empresa, advierten que la descripción del fenómeno económico empresarial de la teoría contractual -neoclásica- cometería el error básico de presumir en su análisis que todas las empresas son idénticas. En efecto, la descripción que de ellas realizarían los contractualistas sería, explícitamente, lo más “anónima” posible. Las empresas serían meramente “funciones productivas”, no relacionadas con empresariado alguno, con el objetivo de poder adaptarlas a modelos económicos concretos, cuando la realidad mostraría que la figura del empresario resulta clave en toda empresa exitosa⁹⁴.

Además, para la teoría contractual de la empresa -representada en el paradigmático modelo de JENSEN y MECKLING- todo el conocimiento empresarial se presumiría dado (modelo de “competencia perfecta”) por el sistema de precios⁹⁵. Sin embargo, lo cierto sería que la información no “está dada”, sino en continuo proceso de generación y, en dicho proceso, el empresario jugaría un papel determinante como “descubridor” de las nuevas oportunidades de negocio que el mercado continuamente genera. La teoría evolutiva de la empresa propondría, en efecto, una noción más proactiva del empresario en la medida en que situaría al conocimiento, la innovación y la búsqueda de ventajas competitivas como elementos clave del concepto⁹⁶.

En definitiva, ante la crisis de los conceptos de empresa y empresario ocasionados por el desarrollo de la teoría contractual de la empresa, se rescata el valor de dichos conceptos subrayando la **decisiva función del empresario** en la economía de mercado. Para lograrlo, se explica *por qué debe haber empresas en una economía de libre mercado* señalando la relevancia de las mismas como centros de evaluación de la información o conocimiento generado en el mercado (*the use of knowledge*)⁹⁷, en conexión con la noción de mercado como “proceso evolutivo de descubrimiento”. En función de ello, se destaca la importancia del concepto de *alertness* empresarial, desarrollado por Israel KIRZNER⁹⁸, entendido como capacidad, propia del empresario, que induce a “estar alerta” ante las oportunidades de negocio que surgen en el mercado (“función empresarial”⁹⁹).

En el mismo sentido, pueden verse las aportaciones de SAUTET, F., *An entrepreneurial theory of the firm*, Routledge, New York, 2000 y de Lewin, P. y Phelan, S., “An Austrian theory of the firm”, en *Review of Austrian Economics*, n° 13, 2000, pp. 59 y ss.

89 Véase: HAYEK, F., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, *Rules and Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1973.

90 FOSS, N. “The theory of the firm...”, cit., p. 31.

91 JENSEN, M. y MECKLING, W., “Theory of the firm...”, cit., p. 327.

92 FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., p. 50.

93 Véase: FOSS, N., “Theories of the firm: contractual and competence perspectives”, en *J. Evol. Econ.*, n° 3, 1993, pp. 132 y ss., donde el autor explica los orígenes y desarrollo de la teoría “competitiva” de la empresa.

94 Un ejemplo que explicaría claramente esta afirmación es el caso de las empresas tecnológicas o informáticas, en las que la creatividad del empresario -del factor humano- ha resultado ser clave para el desarrollo exitoso de los proyectos empresariales.

95 Cfr.: FOSS, N., “Theories of the firm...”, cit., pp. 141-142.

96 *Ibidem*, p. 142.

97 Sobre la importancia fundamental del conocimiento y la información para el desarrollo del proceso de mercado, véase el destacado trabajo de HAYEK, F., “The use of knowledge in society”, en *The American Economic Review*, vol. 35, n° 4, 1945, pp. 51 y ss.

98 KIRZNER, I., “Creativity and/or Alertness: A Reconsideration of the Schumpeterian Entrepreneur”, en *Review of Austrian Economics*, n° 11, 1999, pp. 5 y ss.

99 Respecto al concepto de “función empresarial”, véase: HUERTA DE SOTO, J., *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial, Madrid, 2001, pp. 41 y ss., donde el autor define y caracteriza pormenorizadamente el concepto y HUERTA DE SOTO, J., *La escuela austriaca. Mercado y creatividad empresarial*, Editorial Síntesis S.A., Madrid, 2000, pp. 33 y ss., donde señala, en primer lugar, que la capacidad empresarial de las personas sería lo que les permite modificar sus circunstancias actuales para alcanzar sus fines particulares (subjéticos). En efecto, explica, el término empresa etimológicamente procede del latín “*impreendo*” que significa descubrir, darse cuenta de algo hasta entonces desapercibido. Siempre que se actúa, agrega, se ejercería la función empresarial. En consecuencia, el concepto de “empresa” sería asimilable al concepto de “acción humana”, tal como lo reconoce una de las acepciones del término empresa del diccionario de la Real Academia Española anteriormente transcrita: “acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza”.

A diferencia del modelo neoclásico, se propone elaborar la teoría económica de la empresa sobre la base real de que el mercado “adolece” de *información asimétrica*¹⁰⁰. Ciertamente, si no existiera dispersión de la información, no habría lo que COASE denominó “costos de transacción” y, en consecuencia, según la propia teoría del Nobel de economía, no habría justificación para la existencia de la empresa. En la práctica, los agentes necesitarían *descubrir* oportunidades -información- para llevar a cabo un proyecto empresarial exitoso¹⁰¹. En cambio, la teoría que omite el “proceso de mercado” tendería a desdeñar o, incluso –como en el caso de Eugene Fama- a considerar inútil la figura del empresario¹⁰².

La empresa sería un “sistema de aprendizaje local” (*local order system*), no global como lo es el orden espontáneo del mercado¹⁰³, que se desarrollaría a través de una organización planificada (aspecto institucional o burocrático). Esta noción dinámica de empresa implicaría una crítica implícita al concepto de empresa aportado por COASE, cuya teoría sería esencialmente estática, además de que no concedería atención alguna a la creatividad empresarial –al mercado como proceso de descubrimiento- y presumiría la existencia de la tecnología, reduciendo el problema a la combinación eficiente de los diversos factores de producción. Se propondría, en definitiva, completar la teoría de COASE agregando el elemento dinámico al concepto de empresa que constituiría el proceso de aprendizaje.

Desde esta perspectiva, pasaría a resultar esencial la figura del empresario, que antecedería a la empresa –resultado en la realidad práctica de la creatividad y decisiones empresariales-. El empresario no sería contratante en el mercado, sería el sujeto que concibe el plan de acción (el que, habiendo estado “alerta” descubre una oportunidad de negocio hasta el momento no advertida por nadie) y contrata recursos en el mercado –se organiza empresarialmente- para llevar a cabo su proyecto¹⁰⁴. La ganancia o beneficio empresarial sería la recompensa por haber estado alerta, descubierto y desarrollado la oportunidad de negocio que ofrecía el mercado, mientras que las pérdidas constituirían una consecuencia de la malinterpretación empresarial¹⁰⁵.

De lo dicho, sin embargo, no surgiría que quien adopta las decisiones, de forma directa o indirecta, invariablemente debe ser el conjunto de quienes aportan el capital (*shareholders*) o que los administradores deban contemplar exclusivamente el interés de estos. Ello debería depender, en rigor y respondiendo al fenómeno económico real, del acuerdo libre de los sujetos que se vinculan dinámicamente con la empresa. Ciertamente, en la mayor parte de los casos, el proceso de negociación –fruto del mayor valor que usualmente se atribuye al capital y de la ausencia de contemplación de criterios de decisión extraeconómicos (éticos)-, llevará a que las decisiones empresariales se adjudiquen, directa o indirectamente, a los socios capitalistas. Sin embargo, ello no impediría que, en ciertas ocasiones, por ejemplo, sea la creatividad empresarial el factor decisivo y más valioso al negociar la titularidad de las decisiones residuales. Creatividad que, en rigor, por el solo hecho de ser personas, puede ser aportada por cualquiera de los sujetos que participan en la empresa.

Sería empresa toda acción emprendedora, todo actuar que consista en buscar, descubrir o crear en el mercado. Un elemento propio de la acción humana (empresa) sería el *plan de acción*, el que puede ser explícito o implícito. De este elemento derivaría la interminable discusión política en torno a quién debe encargarse la planificación de la empresa, si a cada persona o a una autoridad central estatal. La teoría liberal clásica y la escuela austriaca en particular, han sostenido que la planificación central bloquea la capacidad creativa y el proceso de cooperación social que surgiría de dicha creatividad personal y, por otro lado, que la planificación estatal será siempre, desde el origen, incapaz de cumplir adecuadamente con su cometido por la falta de información en continuo proceso de creación, en el mercado, respecto de las necesidades y preferencias de los diferentes agentes que conforman la comunidad social.

100 Véase: MARTÍNEZ ECHEVERRÍA, M.A., “Hacia una nueva teoría de la empresa”, cit., pp. 7-8, quien denomina a esta corriente “institucionalismo cibernético” y la caracteriza por suponer que el agente económico no dispone de una racionalidad completa *a priori* sino que la iría completando con el tiempo y el desarrollo de su proyecto empresarial. Esta noción de empresa exigiría una concepción teleológica de la acción humana, una suerte de evolucionismo.

101 Cfr.: FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., pp. 51-52.

102 Desde su perspectiva, los servicios del empresario serían inútiles puesto que la red de contratos sería eficiente por sí sola, *ex ante*.

103 FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., p. 57.

Véase también: LANGLOIS, R., “The Entrepreneurial Theory of the Firm and the Theory of the Entrepreneurial Firm”, en *Journal of Management Studies*, n° 44, 2007, pp. 1107 y ss.

104 Cfr.: FOSS, N., “The theory of the firm...”, cit., pp. 58 y ss.

105 Cfr.: KLEIN, P., “Entrepreneurship and corporate governance”, en *The quarterly Journal of austrian economics*, vol. 2, n° 2, 1999, pp. 24-25.

LA LLAMADA VÍA DE EXCEPCIÓN DEL GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE RIVERA. UN CASO DE DESAPLICACIÓN SINGULAR DE ACTOS LEGISLATIVOS GENERALES

DR. DANIEL GARCÍA REYES*

DR. HUGO LAVECCHIA**

1. INTRODUCCIÓN

1.1.- ¿Qué es la vía de excepción?

La llamada vía de excepción puede definirse, *a priori*, como el instrumento jurídico -a nuestro juicio, ilegítimo- mediante el cual se deroga, en los hechos y para el caso concreto, una norma legislativa departamental, esto es, “un decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción”¹, según lo denomina el artículo 260 de la Constitución Nacional.

A efectos de una mayor comprensión del tema, se expondrán algunos casos prácticos que revelarán la trascendencia del objeto a estudio.

Caso 1:

La Ordenanza del Plan de Ordenamiento Territorial de la Microrregión de Rivera (conocido como Plan Director) estableció una zonificación de la ciudad de Rivera y su zona de influencia, determinando para cada zona los usos permitidos y prohibidos, los tamaños mínimos de los padrones, el tipo de vivienda, entre otros aspectos.

Por vía de excepción se han autorizado usos en principio no permitidos (un depósito en zona residencial, por ejemplo), fraccionamientos en los cuales las parcelas resultantes son menores a la superficie mínima permitida o la construcción de una vivienda económica en una zona donde expresamente se prohíbe ese tipo de construcción.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Especialista en Derecho Público y Administrativo, ex docente encargado de la Cátedra de Derecho Público II (Administrativo) del Instituto Universitario Punta del Este (Sede Rivera). E-mail: doctordanielgr@hotmail.com

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UDELAR). Ex profesor de las materias “Introducción al Derecho de la Empresa” y “Derecho y Empresa” de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad de la Empresa (UDE). Ex profesor de la materia Derecho Público III (Administrativo) del Instituto Universitario Punta del Este (Sede Rivera). Profesor (Interino) de las materias “Principios Generales del Derecho” y “Seminario sobre armonización de los tratados internacionales de DDHH y el derecho interno” en el Centro Regional de Profesores del Norte (Rivera). Asesor Jurídico de la Junta Departamental de Rivera. Socio del estudio Suárez-Lavecchia. E-mail: hlavecchia@suarezlavecchia.com.uy.

1 Tradicionalmente, en el Departamento de Rivera al acto legislativo a que hace referencia el art. 260 de la Constitución Nacional se le llama “Ordenanza”.

Caso 2:

En el año 2010 se aprobó una Ordenanza que estableció un régimen especial de refinanciación de adeudos, al cual se podían amparar los contribuyentes dentro de un plazo determinado a computarse desde la promulgación del acto legislativo departamental. Varios meses después del vencimiento del plazo, comparecieron vecinos integrantes de una cooperativa de viviendas que adujeron no haberse amparado en su momento al régimen especial por problemas con el Banco Hipotecario del Uruguay.

Por vía de excepción se les permitió el amparo, aun cuando el plazo legal ya había vencido con holgura.

Caso 3:

El Presupuesto Quinquenal 2011-2015 de la Intendencia Departamental de Rivera estableció la posibilidad para los propietarios de automóviles dados de baja del padrón vehicular por no haberse rematriculado en su momento, regularizar su situación abonando por todo concepto un 10% de la deuda calculada sin multas ni recargos. A dichos efectos, se establecía un plazo determinado para la presentación ante la Intendencia (6 meses a partir de la promulgación de la norma). No obstante, varios meses después del vencimiento del plazo, se presenta un ciudadano desde Canelones informando que había adquirido un vehículo automotor empadronado en Rivera, el cual no había rematriculado en su momento. Asimismo, adujo no contar con los medios económicos para hacer frente a la deuda devengada y solicitó se le permitiera el amparo al referido régimen especial.

También aquí, por vía de excepción, se habilitó el amparo aun cuando el plazo legal ya había vencido con antelación.

Caso 4:

Desde hace varios años, se exonera del pago del 50% del impuesto de contribución inmobiliaria y del 100% del impuesto a los terrenos baldíos a pasivos que posean un único inmueble y respecto de los cuales concurren además las siguientes circunstancias: a) el ingreso mensual total de los residentes en el padrón no debe superar un determinado monto mensual, b) el pasivo resida efectivamente en el padrón, c) se demuestre, a través de declaración jurada y de informe de Asistente Social de la Intendencia, la veracidad de la situación denunciada.

El monto del ingreso mensual exigido al conjunto de los residentes en el padrón se ha ido aumentando con el tiempo (actualmente es de 20 UR), pero asimismo, es común que aquellos que superan el mismo por poca cantidad comparezcan pidiendo se les conceda el beneficio por vía de excepción.

Así, en la práctica puede constatarse que si el "informe social" realizado por los técnicos de la Intendencia demuestra una situación de dificultad económica, se accede al planteo.

Caso 5:

El art. 46 de la Ordenanza General de Tránsito exonera del impuesto de patente de rodados a "un vehículo de propiedad o uso de los jueces letrados y fiscales letrados departamentales".

En varios ejercicios han comparecido ante la Intendencia, solicitando también ser exonerados por vía de excepción, jueces de paz departamentales y seccionales, a lo cual en varias oportunidades se ha accedido. No obstante, en lo que va del período legislativo 2010-2015 la vía de excepción solo se ha otorgado respecto a los jueces de paz seccionales del interior del departamento.

1.2.- ¿Cómo opera la vía de excepción?

La llamada vía de excepción es una práctica administrativa del Gobierno Departamental de Rivera, cuyo origen en el tiempo se desconoce, pero que se ha incorporado como un procedimiento normal para el dictado de ciertos actos administrativos en el ámbito del departamento.

Para decirlo claramente, la fuente de este procedimiento es sin dudas la costumbre, más allá de lo que diga el art. 9 del Código Civil.

En efecto, sin que en ninguna norma de derecho positivo se establezca tal posibilidad, el reiterado procedimiento asumido como jurídicamente obligatorio, es el siguiente:

- a) El interesado se presenta por escrito siempre ante el Intendente Departamental, explicando su situación y solicitando ampararse a una ordenanza que no le comprende, o por el contrario, solicitando se desaplique a su respecto alguna norma departamental de rango legal que claramente lo afecta. Los fundamentos para tal planteo son varios, y refieren a la “justicia” de lo pedido, a la “conveniencia” para la Administración, a la necesidad de resolver problema entre particulares y así evitar “conflictos” y “pleitos”, a situaciones personales de “penuria económica” y un largo etcétera.
- b) En la Intendencia el petitorio del interesado discurre por diversas oficinas, la cuales varían de acuerdo a la índole del mismo. Si los informes técnicos son favorables, se recomienda al Intendente acceder a lo solicitado “por vía de excepción”, siempre requiriendo la previa anuencia de la Junta Departamental.
- c) El Intendente dicta entonces una Resolución, en la cual pide concretamente a la Junta “anuencia” para acceder “por vía de excepción” a lo solicitado por el gestionante.
- d) Llegado el expediente a la Junta, el mismo es remitido a la Comisión de Legislación, previo informe jurídico. Dicho informe en general se limita a evidenciar la no pertinencia de lo solicitado de acuerdo al ordenamiento jurídico departamental. La Comisión de Legislación, si así lo entiende conveniente, emite su informe sugiriendo al Plenario el acceder a lo solicitado.
- e) En sesión plenaria, la Junta otorga la anuencia, bastando para ello la mayoría simple de presentes.
- f) Devuelto el expediente a la Intendencia, el Intendente dicta el acto administrativo accediendo a lo peticionado “por vía de excepción”, dejando constancia de la previa anuencia otorgada por la Junta Departamental.

Como decíamos, sin dudas estamos frente a una costumbre administrativa, pues a la práctica reiterada de dicho procedimiento se une la convicción de su pertinencia y obligatoriedad jurídica en los términos antes descritos.

A tal punto llega ese convencimiento, que se han dado casos en que algunos interesados han planteado su petición directamente a la Junta Departamental y ésta, en todas esas oportunidades, se ha negado a analizar el fondo del asunto, remitiendo al peticionario a la Intendencia Departamental a efectos de que el mismo plantee su solicitud allí.

Es decir, la Junta no dice que “no” al planteo, sino que le informa al gestionante que analizará su petición siempre y cuando la misma se promueva ante la Intendencia, y venga desde allí con la “iniciativa” del Intendente, la cual se asume como privativa para todo lo relativo a la vía de excepción.

2.-Las fuentes del derecho administrativo (con especial referencia a los gobiernos departamentales)

Sin perjuicio de que el término “fuente” es un concepto polisémico, a los efectos del presente trabajo se entenderá por fuente de derecho administrativo a los diversos orígenes de las normas que contienen preceptos que se vinculan directa o indirectamente con la estructura y funcionamiento de la administración, el ejercicio de la función administrativa y la protección de los particulares ante el ejercicio abusivo de dicha función por parte de los órganos estatales.

A nivel de la doctrina nacional, SAYAGUÉS LASO² ubica entre las fuentes del Derecho Administrativo a la Constitución, la Ley, los Decretos — Leyes de los gobiernos de facto, el reglamento, el acto administrativo, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales de derecho y los tratados.

A su vez, el tratadista argentino GORDILLO distingue entre las fuentes supranacionales³ y fuentes nacionales⁴ de Derecho Administrativo.

Entre las supranacionales ubica a los tratados, las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los compromisos y transacciones asumidos por la Argentina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los principios jurídicos supraconstitucionales. Entre las nacionales menciona a la Constitución, la Ley, los reglamentos, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

La definición, clasificación y análisis de cada una de las fuentes del derecho administrativo, propuesta por ambos autores, excede la finalidad del presente trabajo, por lo cual nos remitiremos *in totum*, por su claridad conceptual, a los conceptos vertidos en las respectivas obras.

Ingresando al tema de las fuentes de derecho administrativo, en el ámbito de los Gobiernos Departamentales, sin perjuicio de la importancia (como fuentes supletorias) de la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales de derecho, podemos enumerar como principales fuentes de Derecho Administrativo a los Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (como dijimos, en Rivera también denominados Ordenanzas) y los Reglamentos y Resoluciones dictados por el Intendente.

Los Decretos de las Juntas Departamentales poseen las mismas características de la ley, esto es, la generalidad, obligatoriedad y coercitividad. Se trata de normas generales que se aplican a todos los habitantes del departamento, frente a las cuales no es posible rehusar su cumplimiento, pudiendo la autoridad, en caso contrario, requerirlo de manera forzada a pesar de la resistencia a proceder conforme a lo indicado por la norma desobedecida.

Los Reglamentos dictados por el Intendente son actos administrativos unilaterales que emanan de un órgano que cumple tareas eminentemente ejecutivas y administrativas, pero sus efectos se equiparan a los de los Decretos de la Junta Departamental. En efecto, dichos actos son creadores de normas generales obligatorias respecto a las cuales puede requerirse su cumplimiento mediante la fuerza ante la resistencia o desobediencia de los administrados. En estos casos, desde el punto de vista formal estamos ante actos administrativos pero desde el punto de vista material estamos ante actos legislativos.

En cambio, las Resoluciones dictadas por el Intendente son actos administrativos unilaterales que poseen eficacia subjetiva, esto es, para el caso concreto, como por ejemplo el acto administrativo dictado por el Intendente que hace lugar o no a una petición formulada por un particular sobre un tema de su interés. En estos casos no existe diferencia desde el punto de vista formal y material en cuanto a la naturaleza de dicho acto jurídico, como sí la hay en el caso del Reglamento.

En algunas ocasiones, los Reglamentos o Resoluciones que dicta el Intendente están en una relación de instrumentalidad respecto a los Decretos de las Juntas Departamentales, es decir, para posibilitar la ejecución en la práctica de las normas contenidas en los actos jurídicos sancionados por el órgano legislativo departamental, a tenor del numeral 2° *in fine* del artículo 275 de la Constitución.

3.-Ubicación de la vía de excepción dentro del sistema de fuentes

En los diversos casos prácticos, a los que se hiciera referencia *ut supra*, el instrumento jurídico por el cual en definitiva se autorizó la respectiva solicitud de los particulares interesados, y por ende la derogación tácita

2 SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo" T. I, 6ª Ed., puesta al día 1988 por el Dr. Daniel Hugo Martins, FCU, pp. 86 a 149.

3 GORDILLO, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo", T. I., Décima Edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, pp. VI-1 a VI-38.

4 *Ibidem*, pp. VII-1 a VII-50.

-para el caso concreto- de las normas contenidas en las respectivas Ordenanzas, fue una Resolución del Sr. Intendente Departamental.

Si bien en todos los casos, previamente se requirió la conformidad (“anuencia”) de la Junta Departamental, en definitiva fue mediante un acto administrativo de eficacia subjetiva dictado por el Jefe del Ejecutivo Departamental, de conformidad al Código de Procedimiento Administrativo vigente en el Departamento de Rivera, que se amparó la petición de un particular a efectos de desaplicar el enunciado normativo contenido en un acto legislativo de la Junta Departamental.

Dicho extremo, nos plantea las siguientes interrogantes: ¿puede una Resolución del Intendente derogar -tácitamente, por oposición superviniente-, para un caso concreto, una norma jerárquicamente superior, esto es, un Decreto de la Junta Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción? ¿El que la Junta Departamental haya participado en el procedimiento que culminó en el dictado de ese acto, expresando su conformidad al mismo, modifica nuestra respuesta? ¿Qué eficacia jurídica posee la referida Resolución del Intendente?

Respecto a la primera interrogante, a nuestro juicio, en virtud de un elemental principio de jerarquía de las normas, en ninguna hipótesis la Resolución del Intendente, típico acto administrativo subjetivo, puede derogar el contenido de una norma legislativa departamental. Más aun, cuando la propia Ordenanza no lo habilita en forma expresa. Y el hecho de que la Junta Departamental se exprese en forma previa otorgándole su “anuencia” para el dictado del acto en cuestión, no altera esa conclusión.

En efecto, si el Intendente y la Junta Departamental entienden que existen situaciones concretas que requieren una solución diversa, el único camino es la modificación del acto legislativo departamental, siguiendo los pasos consagrados en la Constitución, y por supuesto, con efectos “erga omnes”.

No se puede en forma alguna desaplicar frente a un caso concreto un acto legislativo, a través de un procedimiento basado en la práctica administrativa inmemorial, pues el mismo no se prevé en el texto constitucional, ni en la ley ordinaria⁵.

Desde allí, y respecto a la segunda interrogante, creemos entonces que la Resolución por la cual se accede a la vía de excepción, carece de eficacia jurídica, esto es, no tiene la virtualidad de crear ningún derecho adquirido respecto a la persona en cuyo beneficio se dicta.

En consecuencia, la autorización concedida en favor del particular podría quedar sin efecto en cualquier momento, por una nueva Resolución del Intendente o por un acto legislativo sancionado por la Junta Departamental.

4.- Algunos problemas que plantea la aplicación de la vía de excepción

De lo que viene de decirse, puede concluirse que la aplicación de la vía de excepción compromete la existencia misma de los principios de legalidad, igualdad y seguridad o certeza jurídica.

4.1.-El principio de legalidad

En lo que tiene relación con el Derecho Administrativo, existen dos formas de entender el principio de legalidad.

En primer lugar, desde una perspectiva amplia, en la cual el principio se correspondería con el principio de juridicidad, esto es, al sometimiento de la Administración a la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual está compuesto por la Constitución, la ley y demás actos con fuerza de ley, los reglamentos y los principios generales de derecho, conceptos que integran el llamado “bloque de legalidad”. En segundo lugar, desde un

⁵ En ninguna parte de la Ley Orgánica Municipal (LOM) 9.515 de 28 de octubre de 1935, ni en las posteriores leyes modificativas, se menciona este procedimiento

sentido más estricto, referido a la primacía de la ley formal como acto del parlamento y a la subordinación de la Administración frente a esa ley⁶.

Entre ambos sentidos, la doctrina mayoritaria se inclina por el concepto amplio del principio de legalidad, esto es, por el que lo identifica con el principio de juridicidad.

Ahora bien, corresponde detenerse en la forma en que la Administración se relaciona con el “bloque de legalidad”.

Al efecto, se han elaborado dos técnicas: la vinculación positiva y la vinculación negativa.

La vinculación positiva, significa que la Administración únicamente puede actuar cuando existe autorización previa por parte del legislador, concepción que tiene su origen en la idea del imperio de la ley proveniente de la Revolución Francesa. Por el contrario, la vinculación negativa, elaborada por la doctrina alemana de fines del S. XIX y principios del S. XX, significa que el bloque de legalidad simplemente opera como un límite externo a la libertad de actuación administrativa, de manera que la Administración posee discrecionalidad para actuar, con la única limitación de que sus actuaciones no desconozcan la legalidad⁷.

En lo que respecta a la vía de excepción, ninguna de las referidas técnicas habilita su aplicación por parte de la Administración.

En efecto, la teoría de la vinculación positiva veda a la Administración (en la persona del Intendente) la actuación que se cuestiona en este trabajo, cuando el legislador no lo habilita expresamente. Y la teoría de la vinculación negativa también proscribida dicha actuación, en el entendido que el hecho de que la Administración posea facultades discrecionales para actuar no la habilita a contravenir lo establecido en el texto de una norma, ya que la actividad discrecional posee límites, entre ellos, el establecido en las leyes⁸, concepto que, a nuestro juicio comprende cómodamente a los Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (leyes en sentido material).

A nuestro juicio son trasladables, *mutatis mutandi*, al mecanismo de la vía de excepción, las preclaras enseñanzas de los juristas españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ al estudiar la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

Así, analizando el régimen español, sostienen los referidos profesores que “El artículo 52.2 LPC ha dado formulación positiva a una vieja regla ya admitida de antiguo por la jurisprudencia y que había recogido ya la LRJAE “Las resoluciones administrativas de carácter particular no pueden vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan igual o superior rango a éstas.” Según esto, la autoridad que ha dictado un Reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del Reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa.”⁹

En consecuencia, los juristas de la madre patria entienden que se está ante una prohibición categórica de dispensación o derogación (mediante un acto administrativo de carácter subjetivo¹⁰) para un caso singular de lo establecido por una norma de carácter general.

Y ello se fundamenta, según los autores, en el principio de legalidad, base fundamental del Estado de Derecho.

6 Cfrme.: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: “El principio de legalidad en el derecho administrativo” en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, 2011, p. 221.

7 *Ibidem*, pp. 227-230.

8 Cfrme.: SAYAGUÉS LASO, Enrique: Op. Cit., p. 408.

9 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: “Curso de Derecho Administrativo”, Vol. I, 8ª Ed. reimpr., Madrid, Civitas, 1998, p. 194.

10 En nuestro caso, ese acto sería la Resolución del Intendente Departamental por la cual se hace lugar a la aplicación de la vía de excepción.

En efecto, sostienen que *“La explicación más correcta de la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos se encuentra en la construcción técnica (que se expondrá en detalle más adelante) del principio de legalidad de la Administración. Esta está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento y, por lo tanto, también a sus propios reglamentos() Al estar sometida a sus Reglamentos y éstos no prever -por hipótesis- la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción del Reglamento mismo. Es cierto que la Administración tiene también atribuido el poder derogatorio del Reglamento (que forma parte de la potestad reglamentaria), pero el mismo no puede interpretarse, sin ofensa definitiva e insalvable al principio de legalidad, en el sentido de poder desconocer u olvidarse del Reglamento en los casos concretos.”*¹¹

En la misma línea se pronuncia GORDILLO, quien sostiene que *“No cumplir el propio reglamento parece una autocontradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: es más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos.”*¹² Y que *“La expresión del principio de la legalidad aplicado a la materia reglamentaria es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida.”*¹³

Así las cosas, se pone de manifiesto la similitud entre la aplicación de la vía de excepción y la pretensión de desaplicación por acto administrativo singular de actos reglamentarios, pues estamos frente a dos situaciones en que se enfrentan un acto administrativo subjetivo y un acto administrativo de carácter general, siendo este último un acto legislativo en el primer caso, y un acto administrativo reglamentario en el segundo.

Y en ambos, se aprecia prístinamente el ataque al principio de juridicidad (legalidad en sentido amplio) que significa la institución de la práctica administrativa aquí cuestionada; principio general de derecho al que debe sujetarse la Administración en el ejercicio de los cometidos que el Orden Jurídico le atribuye.

No obstante, respecto a dicho principio, GORDILLO entiende que la Administración, en algunas hipótesis, podría no estar obligada a ajustar su conducta a la regla de derecho.

En efecto, refiriéndose a la inderogabilidad singular del Reglamento expresa que *“si es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél—siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional— y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.”*¹⁴

Pero en el caso de la vía de excepción siquiera podría aceptarse esta solución excepcional, ya que si se entiende que el acto de carácter general (esto es, el acto legislativo emanado de la Junta Departamental) es contrario a la Constitución o a una ley nacional, lo que puede y debe hacer la Junta o el Intendente es promover su derogación o modificación.

Sería un contrasentido que ambos órganos del Gobierno Departamental evidenciaran esa antijuridicidad, en su mérito, desaplicaran ese acto legislativo para un caso concreto, pero al mismo tiempo mantuvieran su vigencia para el resto de las situaciones atrapadas por la Ordenanza, siendo ellos y nadie más los competentes para subsanar la anomalía.

4.2.-Los principios de igualdad y seguridad o certeza jurídica

A nuestro juicio, los referidos principios generales se ven involucrados, en grado sumo, con la vía de excepción.

El uso reiterado del cuestionado instrumento jurídico, objeto de estudio en el presente trabajo, obliga -en principio- a la Administración a tratar y resolver las mismas situaciones de la misma forma, vedando así un trato desigualitario entre los peticionantes que solicitan el acceso a la vía de excepción.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás: Op. Cit., p. 196.

12 GORDILLO, Agustín: Op. Cit., p. VII-20.

13 Ibídem: p. VII-23.

14 Ibídem.

Además, la conducta reiterada de la Administración en el uso de dicha práctica genera en los administrados la confianza legítima de que la vía de excepción es totalmente conforme a derecho.

En palabras de DURÁN MARTÍNEZ¹⁵, citando a COVIELLO, la relación entre la confianza legítima y los principios de seguridad o certeza jurídica se constata debido a que *“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y, en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización.”*

Por otra parte, en caso de que la Administración decida apartarse del uso reiterado del mecanismo de la vía de excepción, podría incurrir en una conducta que se da de bruces contra la teoría de los actos propios y la noción del precedente administrativo.

La teoría de los actos propios no tiene consagración expresa en nuestro Derecho Público, pero es de aplicación por parte de la jurisprudencia.

Según DURÁN MARTÍNEZ¹⁶, *“Al no tener la doctrina de los propios actos recepción expresa en el derecho positivo, su valor y fuerza será la del principio del que deriva, a juicio de MAIRAL, el principio de buena fe.”*

Asimismo, el autor compatriota sostiene que la doctrina de los actos propios se vincula con la del *estoppel* o *stoppel* de raíz británica. Y citando la acepción dada por el *Corpus Iuris Secundum*, dice que el *stoppel* significa que *“aquel que por un hecho o conducta ha inducido a otros a actuar de una manera determinada, no podrá adoptar una posición, actitud o curso de conducta contradictorio y con ello provocarle una pérdida o daño.”*

En lo que concierne al precedente administrativo, el referido autor, siguiendo a BRITO, entiende que el precedente es fuente formal de derecho administrativo. Y si es fuente de derecho, su desconocimiento es ilegítimo y en caso de existir impugnación el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe anular¹⁷.

Por ende, ante las mismas situaciones la Administración debe actuar de la misma forma.

No obstante, también se entiende que si el precedente es ilegítimo no debería seguirse (en principio), porque la Administración no está obligada a seguir cometiendo irregularidades aunque razones de seguridad jurídica impidan la revocación de un acto firme que crea derechos en favor de un tercero. En caso de que la Administración decida apartarse del precedente administrativo, deberá hacerlo mediante un acto administrativo motivado, esto es, fundamentando en forma concreta, además de la eventual ilegalidad, por ejemplo, que el caso en particular no es igual al anterior, que cambiaron las circunstancias, o que se extinguió como precedente por decaimiento¹⁸.

5.-La vía de excepción como respuesta a una demanda social: aspectos a favor y en contra del mecanismo

Vivimos una época de notorio incremento de las regulaciones estatales. Legítimas preocupaciones como el medio ambiente o el desarrollo urbanístico se concretan en complejas regulaciones, donde se establecen innumerables limitaciones a la actuación de las personas.

15 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, Ed. La Ley Uruguay, 2012, p. 65.

16 *Ibidem*, p. 59.

17 *Ibidem*, p. 73.

18 *Ibidem*, p. 74.

Como suele suceder, la vida en su inabarcable complejidad termina haciendo trizas gran parte de las buenas intenciones de los planificadores estatales, y entonces esas reglas terminan siendo visualizadas por sus destinatarios como limitantes a sus proyectos de vida, sin que en muchos casos puedan alcanzar a entender la razón de las mismas.

Es en estos casos, cada vez más frecuentes, que la vía de excepción se muestra como un mecanismo para poder dar respuesta por parte de la Administración a situaciones que en principio se muestran como injustas, de aplicarles la legislación vigente.

Por ejemplo, en el Caso 1, encontramos situaciones que encuadran en estas hipótesis. Así, muchos se preguntan: ¿por qué no puedo construir un depósito en una zona calificada como residencial, si logro demostrar que mi actividad no producirá perturbación significativa a los vecinos? ¿Por qué no puedo fraccionar en superficies menores a los mínimos establecidos si, por ejemplo, somos varios hermanos que debemos repartir un único bien hereditario y además, estamos en un barrio donde existen todos los servicios? ¿O por qué no puedo construir una vivienda bajo el régimen de vivienda económica en ciertas zonas si, por ejemplo, heredé un bien en una zona céntrica pero tal vez no cuento con los recursos para construir una vivienda bajo otro régimen que no sea el de vivienda económica?

En todos estos casos, cuando la realidad se presenta en toda su dramática complejidad, suele darse que todos los actores involucrados perciben que la solución normativa, que debería llevar naturalmente a la denegatoria del petitorio del gestionante, no se muestra como adecuada frente a ese caso concreto. Es allí entonces que los propios organismos técnicos encargados de velar por el cumplimiento de las normas regulatorias, y que muchas veces fueron los principales promotores de su aprobación, son los primeros en reconocer que “por vía de excepción” se puede acceder a lo solicitado, y es basados en esa opinión que tanto el Ejecutivo como el Legislativo Departamental terminan accediendo al planteo del vecino.

En estos casos entonces, en un plano que excede lo jurídico, debe reconocerse a la vía de excepción una función saneadora o correctiva de los absurdos que los excesos de la hiperregulación estatal producen.

Sin embargo, lo anterior no nos puede llevar a soslayar los fuertes argumentos en contra de esta práctica, más allá de la primera y obvia de que la misma no encuentra sustento en norma jurídica alguna de rango constitucional o legal, y así, su origen eminentemente consuetudinario desnaturaliza el sistema de fuentes del derecho administrativo departamental.

Además de ello, no puede desconocerse que esta práctica habilita al manejo discrecional, que fácilmente puede deslizarse hacia la arbitrariedad, en las relaciones entre los habitantes del departamento y la Administración Departamental.

Porque el que toda norma de rango legal pueda ser susceptible de ser desaplicada frente a un caso concreto, por voluntad de Intendente y Junta, se presta para la influencia de lo político partidario en decisiones que deberían ser de estricto resorte jurídico administrativo.

Como vimos, sabemos que la vía de excepción parte de la base de admitir que de aplicarse la normativa vigente, no debería accederse a lo peticionado, y que es esa razón, la que obliga a poner en marcha el mentado mecanismo alternativo.

¿Y qué garantía tenemos que la decisión en uno u otro sentido no se basa en consideraciones políticas partidarias, tanto en la decisión de envío (o no) de la “iniciativa” por parte del Intendente hacia la Junta, como en el voto otorgando (o negando) la “anuencia” por parte del Legislativo Departamental?

Nobleza obliga reconocer que nunca en estos años se ha deslizado siquiera la sospecha de que ello haya ocurrido, lo cual habla muy bien de quienes hasta el momento han participado del mecanismo, ¿pero qué seguridades podemos tener de que en el futuro seguirá siendo así?

Por lo demás, se pueden llegar a producir situaciones de profunda injusticia derivadas de la información con que cuentan los habitantes del departamento.

En efecto, recordemos que este mecanismo se pone en marcha mediante petición de un interesado. Como hemos dicho, es un mecanismo no escrito y del que el Gobierno Departamental no informa su existencia pues en puridad, vaya contradicción, jurídicamente no existe.

En consecuencia, será aquél ciudadano que tenga acceso a los círculos cercanos a la Intendencia y a la Junta y que tenga la suerte de ser informado por alguien vinculado a ellos, quien ante una situación concreta intentará regularizar su situación mediante la vía de excepción.

Muchos otros, que no acceden a la información y que se encuentren en análoga situación, desistirán de sus proyectos o los harán pero en forma irregular, "a escondidas" de la autoridad departamental, lo cual no sirve a nadie pues estimula el sistemático incumplimiento de las ordenanzas, con su efecto pernicioso sobre la futura motivación de los individuos de la comunidad para actuar conforme a las reglas dictadas por su cuerpo representativo.

6.-Posibles alternativas

Desde un punto de vista teórico, la vía de excepción tal como se maneja actualmente es absolutamente inadmisibles y la única respuesta jurídicamente aceptable es lisa y llanamente terminar de una vez por todas y para siempre con su aplicación.

Sin embargo, somos conscientes que ello es imposible, pues es una demanda tanto del sistema político departamental en su conjunto como de la propia sociedad riverense, el mantener esta especie de "válvula de escape" frente a las situaciones concretas que día a día se presentan en el actuar estatal¹⁹.

Así las cosas, no podemos cerrar los ojos a la realidad y establecer conclusiones desde una especie de "torre de cristal". Entendemos que nuestro aporte sólo puede resultar positivo en tanto y en cuanto sugiera caminos que permitan, por lo menos, ordenar una práctica que en la forma que actualmente se lleva adelante ofrece múltiples aspectos jurídicamente cuestionables, sobre todo a la luz del art. 8 de la Constitución Nacional, donde se consagra el principio cardinal del Estado de Derecho de igualdad *ante* la ley.

Así las cosas creemos que, *prima facie*, podrían manejarse dos alternativas a efectos de legitimar el uso de la vía de excepción.

En primer lugar, la propia Ordenanza, al regular un tema particular, debería prever expresamente el recurso a dicho mecanismo. Así, el texto legislativo debería contener el enunciado normativo y, a su vez, explicitar las hipótesis en las que se podría aplicar las consecuencias previstas en aquél a pesar de no cumplirse con los requisitos exigidos por la norma, estableciendo *a priori* por lo menos algunos criterios básicos que permitan a la administración flexibilizar su aplicación, pero sobre bases ciertas.

En segundo lugar, podría sancionarse una Ordenanza que legislara, en forma autónoma, sobre el uso de la vía de excepción en forma generalizada, esto es, para todos los casos en los que se pretenda, por parte de los administrados, ampararse en las normas contenidas en actos legislativos departamentales a pesar de no cumplir cabalmente con los requisitos formales y/o sustanciales contenidos en ellas.

Cualquiera de las dos hipótesis, que somos conscientes que abren flancos a múltiples cuestionamientos, por lo menos darían previsibilidad al mecanismo, y lo que es más importante, pondrían el mismo a disposición de todos los habitantes del departamento. En efecto, esa generalidad explícita del mecanismo ubicaría a todos los destinatarios de la norma en pie de igualdad frente al ordenamiento jurídico departamental.

¹⁹ Nada indica que la tendencia a la hiperregulación estatal de la actividad de los particulares vaya a detenerse, sino todo lo contrario. Si fuera a la inversa, la vía de excepción perdería gran parte de su importancia. Pero vemos hoy día que la "inflación normativa" desparrama regulaciones para casi todos los aspectos de la vida del ser humano, tan complejas, que por lo general se terminan incumpliendo en un altísimo porcentaje. En definitiva, la vía de excepción no deja de ser una forma "elegante" de incumplir normas que se perciben como ineficaces. En vez de esta actitud, podría buscarse ir hacia una regulación basada en muchas menos normas, pero efectivamente cumplibles. Pero eso requiere de otro análisis que excede los modestos objetivos de este artículo.

Además, dotaría a la vía de excepción de garantías que permitirían su debido contralor en vía administrativa y jurisdiccional, alejando el peligro de la arbitrariedad en el accionar de la Administración.

7.-Conclusiones

Creemos que, sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia de la adopción de dicha práctica por parte del Gobierno Departamental de Rivera, respecto al mecanismo de la vía de excepción como instrumento jurídico, pueden formularse las siguientes conclusiones:

- a) La utilización de la vía de excepción tiene su origen en la costumbre, específicamente, en la práctica administrativa.
- b) Desde el punto de vista estrictamente jurídico, vulnera el principio de legalidad y, dependiendo de la conducta de la Administración, puede llegar a vulnerar también los principios de igualdad y seguridad o certeza jurídica.
- c) En los hechos, se presenta como una alternativa o “válvula de escape” discrecional frente a la excesiva -y en algunos casos inconveniente- regulación de la actividad de los particulares por parte del Gobierno Departamental.
- d) A efectos de legitimar el recurso a dicho mecanismo, deberían preverse en la propia Ordenanza las hipótesis en las cuales los administrados podrían ampararse o solicitar la desaplicación de sus normas, a pesar de no cumplir con los requisitos formales y/o sustanciales exigidos por aquella.

Asimismo, a efectos de otorgar previsibilidad y transparencia en el uso del instrumento jurídico en cuestión, alejando un posible halo de arbitrariedad administrativa, podría incluso llegar a sancionarse una Ordenanza que regule, en forma autónoma y generalizada, el uso de la vía de excepción por parte cualquier administrado, lo que contribuiría a que todos los ciudadanos del Departamento de Rivera que se encuentren en la misma situación reciban un trato igualitario ante la aplicación de las normas jurídicas por parte del Gobierno Departamental.

BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto: “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, Ed. La Ley Uruguay, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Vol. I, 8ª Ed. reimpr., Madrid, Civitas, 1998.
- GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, T. I., Décima Edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: “El principio de legalidad en el derecho administrativo” en Estudios Jurídicos en Homenaje a Juan Pablo Cajarville Peluffo, FCU, 2011.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo” T. I, 6ª Ed., puesta al día 1988 por el Dr. Daniel Hugo Martins, FCU.



ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DEL BANCO CENTRAL EN MATERIA DE DERECHO DEL CONSUMO: EL CASO DE LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL CONSUMIDOR

VIVIANA PÉREZ

I) INTRODUCCIÓN: CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DEL CONSUMO COMO PARTE DE UN “SISTEMA JURÍDICO DE TUTELA DE CONSUMIDOR”

El Derecho de las relaciones de consumo forma parte de un conjunto de materias en las que el Estado “interviene” mediante un derecho imperativo o de orden público, necesario para restablecer equilibrios que se han quebrado en virtud de fenómenos económicos: en este caso, la igualdad sustancial de los consumidores frente a otros actores del mercado¹. Ante la ruptura de estos equilibrios se requiere una intervención de rango legislativo y su ejecución a través de una autoridad administrativa de cumplimiento, para flexibilizar o limitar la autonomía de la voluntad con el fin de proteger a una parte económicamente más débil. Como afirma Stiglitz, el Estado no puede dejar al consumidor librado a su suerte y destino y es por ello que debe dictar normas imperativas que exijan la concreción de los principios de buena fe, igualdad y lealtad para la protección del consumidor.²

Este régimen tuitivo del consumidor a nivel de la legislación general (del cual forma parte, como se verá más adelante, también la normativa de defensa de la competencia), tiene su reflejo en la legislación sectorial. Específicamente, el Derecho Bancocentralista contiene normas especiales que imponen al Banco Central del Uruguay el cumplimiento de cometidos propios de la autoridad administrativa de aplicación respecto de los sectores de actividad sometidos a su regulación y control. Esto se verifica tanto en las relaciones de consumo (en la Carta Orgánica de la Institución, Ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995 con las modificaciones de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008), como en la defensa y fomento de la competencia (en el artículo 27 de la Ley N° 18.159), sin perjuicio de la legislación específica en materia de usura (ley N° 18.212 de 5 de diciembre de 2007 y su decreto reglamentario) y la reglamentación bancocentralista generada para su cumplimiento.

Como bien señaló en la Semana Académica del Instituto de Derecho Administrativo el Dr. Artecona³, la normativa de relaciones de consumo, de usura y defensa de la competencia conforma una plataforma común que al atribuir al Banco Central el carácter de órgano de aplicación en el sector financiero, generó una reglamentación que no hace más que plasmar, sistematizar y perfeccionar prácticas y criterios que se habían ido desarrollando mediante actuaciones anteriores del Banco Central para la protección del consumidor.

Estas competencias bancocentralistas, correspondientes a la función administrativa del Estado, conviven en el ordenamiento jurídico con la protección que se brinda al consumidor -como a todo otro sujeto de derecho que jurídicamente no tiene la carga de soportar el daño sufrido- a través de la función jurisdiccional.

En ese marco, nos proponemos realizar algunas consideraciones sobre el alcance de la mencionada función bancocentralista en materia de relaciones de consumo de servicios financieros y en especial, sobre los fundamentos y alcance de las competencias que el Banco Central, en su condición de autoridad de control, puede ejercer en materia reparatoria frente a la constatación de la existencia de daños ilegítimos sufridos

1 SZAFIR, Dora, “Consumidores”, FCU, Montevideo, 2000, pág. 10-11.

2 *Derecho del Consumidor* N° 2: Director Gabriel STIGLITZ – Mosset ITURRASPE – pág. 6, “El derecho privado y la defensa del consumidor”, Ed. Juris, 1992.

3 Jornadas Académicas del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, octubre de 2011.

por el consumidor, por causa de la violación de la normativa legal y reglamentaria, por parte de una entidad supervisada.

II) EL BANCO CENTRAL COMO ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE APLICACIÓN: ¿PUEDE DISPONER LA REPARACIÓN DE DAÑOS SUFRIDOS POR EL CONSUMIDOR?

Como vimos, en la normativa de relaciones de consumo se encuentra claramente determinado el beneficiario, esto es, el consumidor como objeto de protección por una legislación que pretende –al igual que en otras materias como el derecho laboral, de menores, etc.- intervenir a favor de una parte que resulta más débil por fenómenos fácticos ajenos al derecho.

Sin embargo, las competencias del órgano administrativo de aplicación, se encuentran claramente explicitadas en cuanto a la potestad sancionatoria respecto del incumplidor de la normativa de relaciones de consumo (artículo 47 de la ley N° 17.250), pero no sucede lo mismo respecto de la posibilidad de ordenar al proveedor del producto o servicio, la *reparación al consumidor* de los perjuicios sufridos por causa de su conducta ilícita.

En este sentido, la ley 17.250 establece que será competencia del Poder Judicial –del Juez competente- la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas y la integración consecuente del contrato (artículo 31 inciso final). Por otro lado, dedica 5 artículos (32 al 36) a la consagración expresa del derecho del consumidor a la reparación integral de los daños sufridos debido a la violación, por parte del proveedor, de la normativa de consumo: se remite al régimen de responsabilidad del Código Civil y se establece el derecho del consumidor a optar por la reparación de daños y perjuicios que incluyan “el daño patrimonial y extrapatrimonial” (artículo 36).

Pero no se refiere expresamente a la posibilidad de que esa reparación pueda ser ordenada por el órgano de aplicación. A su vez, también se refiere a la actuación del Poder Judicial en el artículo 47 (incluido dentro del capítulo referido a la organización administrativa de aplicación de la ley), establece que las sanciones que puede disponer el órgano de aplicación, son “sin perjuicio de las acciones por responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar”, donde claramente la expresión “acciones de responsabilidad” refiere a la promoción de un proceso jurisdiccional ante la justicia competente a través de la pretensión resarcitoria contenida en una demanda.

Entonces, con este panorama de silencio en la legislación especial, cabe preguntarse: ¿puede el órgano de aplicación en materia de relaciones de consumo ordenar al infractor la reparación de los daños sufridos por el consumidor? Y específicamente en lo que refiere a la materia bancocentralista –que es la que nos ocupa en estas Jornadas-: ¿puede el Banco Central del Uruguay ordenar a una entidad controlada, infractora de la normativa de relaciones de consumo en materia de servicios financieros, la reparación a su cliente de los perjuicios que le ha provocado? ¿o debe limitarse, por el contrario, a sancionar a la entidad controlada y dejar librada la reparación del perjuicio al eventual accionamiento que el cliente afectado promueva ante el Poder Judicial?

La respuesta, en el caso del Banco Central, parece estar precisamente en la legislación sectorial, esto es, en el Derecho Bancocentralista. Esa respuesta -afirmativa a nuestro juicio- surge de dos líneas argumentales que llevan a la misma conclusión: a) las normas expresas y b) la aplicación analógica del Derecho tuitivo del consumidor.

II.A) DERECHO POSITIVO

La modificación de la Carta Orgánica del Banco Central del año 2008 introdujo una detallada descripción de las competencias propias del órgano desconcentrado Superintendencia de Servicios Financieros en la redacción dada al artículo 38 de la ley N° 16.696 de 30 de marzo de 1995. Allí se encuentran dos menciones expresas a

los cometidos de esa Superintendencia vinculados a la protección del consumidor de servicios financieros, en los literales A) y W), a los que cabe agregar la potestad sancionatoria general establecida en el literal L):

*“A) Dictar normas generales de prudencia, así como **instrucciones particulares, tendientes a...la protección de los consumidores de servicios financieros...**”*

“L) Aplicar sanciones...a las entidades...que infrinjan las leyes y decretos que rijan su actividad o las normas generales o instrucciones particulares dictadas a su respecto.”

*“W) **Atender los reclamos** de los consumidores de las empresas supervisadas.”*

Con relación a los literales A) y L), el dictado de normas generales y la aplicación de sanciones resultan ser cometidos claramente identificados en la ley N° 17.250 y su Decreto reglamentario N° 244/000 de 23/8/2000 como atribuciones del órgano bancocentralista de aplicación (la potestad sancionatoria en el artículo 47 de la ley, la potestad reglamentaria sectorial por su condición de ente autónomo, también prevista en el Decreto N° 244/000)⁴.

Por su parte, las instrucciones particulares mencionadas en el literal A), como surge de su propia naturaleza, no constituyen ni reglamentos ni sanciones y por su carácter particular, pueden constituir un instrumento idóneo para disponer en un caso concreto el reintegro de los perjuicios al consumidor damnificado.

El literal W) agrega otro elemento de importancia. De acuerdo a su redacción, compete a la Superintendencia *“atender los reclamos”* de los consumidores de las empresas supervisadas. El giro de redacción utilizado, *“atender el reclamo”*, sugiere un sentido que va más allá de la simple investigación de una denuncia: reclamo es una petición, y la petición o solicitud proveniente de un consumidor refiere –jurídicamente- a un derecho o interés subjetivo calificado y particular del peticionante y no al mero interés general en la aplicación de una sanción al infractor.

En otras palabras: el *“reclamo”* de un consumidor no refiere a una sanción al proveedor del servicio financiero, sino a un interés propio del consumidor, el que objetivamente sería el cese del incumplimiento de la normativa del consumo –por parte del proveedor- *y de sus efectos* sobre ese consumidor, es decir, los daños provocados. *“Atender”* ese reclamo es satisfacer ese interés personal, por lo que cabe concluir que el literal W), por razones exegéticas, no se limitaría a la promoción de una investigación que eventualmente derive en una sanción a la entidad controlada, sino que *“atienda su reclamo”*, esto es, cese la conducta dañosa y del perjuicio causado (esto último equivale a reparación del daño).

En tal sentido, la reglamentación dictada por la Superintendencia de Servicios Financieros ha sido consistente con esta interpretación que admite la posibilidad de ordenar la reparación de daños al consumidor. En efecto, el artículo 326 de la Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero (RNRCFSF), al establecer la obligación de las entidades controladas de contar con un servicio de *“atención de reclamos”*, impone como finalidad del mismo *“velar por los derechos de los clientes”* y no sólo por la correcta prestación del servicio. La reparación del daño constituye un derecho del cliente, legalmente reconocido no sólo en la legislación del consumo sino en el propio Código Civil. A su vez, el artículo 329 de la RNRCFSF establece que si este *“reclamo”* no es satisfecho, si la *“institución no soluciona el problema”*, el cliente podrá presentar su reclamo ante el Banco Central.

Esta continuidad del Banco Central en la consideración de un reclamo originalmente planteado por el propio cliente ante la institución financiera proveedora, indica que la actuación del Banco Central no se circunscribirá a la aplicación o no de sanciones a la supervisada, ya que ese no podía ser el objeto del reclamo que le planteara su cliente (la institución no se va a sancionar a sí misma). En otras palabras de *“atención de reclamos”* se establece la actuación subsidiaria del Banco Central, sólo en caso que el cliente no vea satisfecho su reclamo por la propia institución financiera. Ello implica que el reclamo que llegará

⁴ El artículo 18 del Decreto N° 244/000 establece: *“Exhórtase al Banco Central del Uruguay a regular las especificaciones de la oferta de servicios financieros, según lo dispone el artículo 21 de la Ley número 17.250, de 11 de agosto de 2000.”*

eventualmente al BCU es el mismo que el cliente ha planteado desde el principio: su reclamo de cese de la violación de sus derechos como consumidor y la reparación del daño causado.

Finalmente, el artículo 361 de la RNRCFS, en el ámbito del cobro de intereses y otros cargos, dispone el reembolso al cliente de las sumas indebidamente cobradas por las instituciones financieras supervisadas. Esta disposición reglamentaria recoge la atribución conferida expresamente al Banco Central en el artículo 25 de la ley N° 18.212 de 5 de diciembre de 2007 que encomienda al Banco Central del Uruguay la intimación a las entidades supervisadas, de la devolución en forma inmediata a su cliente de la porción de intereses pagados en exceso a los límites de la usura.

II.B) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS QUE CONFORMAN EL “SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONSUMIDOR”.

Aún sin tener en cuenta la precedente interpretación de las normas legales y reglamentarias, que reconocen la potestad bancocentralista de disponer una reparación al consumidor por parte del infractor, por daños fehacientemente comprobados que se han generado en el incumplimiento de la normativa de relaciones de consumo, la integración analógica de las normas legales nos llevaría a la misma conclusión.

En efecto, la protección del consumidor resulta claramente percibida como objetivo principal de la normativa de relaciones de consumo (toda la Ley N° 17.250 de 11 de agosto de 2000 está conformada por disposiciones en tal sentido), pero no suele percibirse tal claramente, al menos prima facie, como el objetivo de la normativa de defensa de la competencia.

No obstante, el “bienestar de los consumidores” es también el objetivo de tutela final de nuestra legislación de defensa de la competencia (fundamentalmente materializada en el Ley N° 18.159 de 20 de julio de 2007)⁵ y dicho objetivo se encuentra expresamente consignado en el texto positivo de la ley. En efecto, el artículo 1 de la Ley N° 18.159, define como objeto de la norma el fomento del “bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios”, a través de la promoción y defensa de la competencia y el artículo 2 dispone que en la valoración de las prácticas prohibidas por la ley deberá tenerse en cuenta si generan “ganancias de eficiencia económica” que impliquen un “beneficio” trasladable a los consumidores.

En definitiva, de acuerdo a este enfoque definido por la ley, el estímulo de la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos al mercado, no tiene por finalidad última la protección de los propios competidores, esto es, de los agentes del mercado que sufren las consecuencias de conductas colusorias de sus competidores, ni al propio “mercado” en sí mismo, sino del consumidor final. La defensa de la competencia se concibe así como una herramienta para el objetivo final de beneficiar al consumidor.

Este foco en el consumidor coloca a la ley 18.159 junto a la ley 17.250 como parte de lo que podría denominarse un “sistema normativo de tutela del consumidor”, que mediante diversas herramientas legales y en ámbitos diferentes (como por ejemplo la nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho de las relaciones de consumo y la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho de defensa de la competencia) tienen un objetivo claro y común: la protección y bienestar del consumidor. En el sentido que se señalaba al principio, se trata también de un Derecho de tipo “intervencionista”: en la defensa de la competencia el Estado procura restablecer equilibrios, facilitar las condiciones de libre competencia en el mercado que permitan su funcionamiento eficiente, con el fin de procurar el bienestar de los consumidores.

Este fundamento común determina la posibilidad de acudir a la integración analógica con la normativa de defensa de la competencia, si se considerara la existencia de un vacío legal en cuanto a la posibilidad de que

5 MARTINEZ BLANCO, Camilo, “Manual básico de Derecho de la Competencia”, FCU, Montevideo 2007, pág. 55.

el Banco Central disponga la reparación de perjuicios al consumidor en materia de relaciones de consumo, sobre el punto relativo al alcance de sus competencias como autoridad de control.

Ese es precisamente el sentido de las reglas de integración de las normas, establecidas en el artículo 16 del Código Civil, en tanto determina que ante la falta de previsión expresa se acuda a “los fundamentos de las leyes análogas”. Es decir, la integración se hará con aquellas normas que tienen fundamentos comunes, cuya ratio legis sea compartida y claramente, por lo que viene de expresarse, la normativa de defensa de la competencia –aunque de materia diversa- contiene soluciones que pueden ser aplicables en este punto.

En este sentido, cabe recordar que la ley 18.159, al igual que la ley 17.250, tiene un capítulo dedicado a la organización administrativa del sistema, esto es, a la regulación de la integración y funcionamiento del órgano de aplicación. El artículo 27 de la ley 18.159 se encuentra dentro de ese capítulo y establece expresamente que el Banco Central del Uruguay, como órgano de aplicación en el sector sometido a su control, deberá cumplir con todas y cada una de las disposiciones de la ley, para lo cual tiene la facultad de emitir normas generales e instrucciones particulares (artículo 26 literal A). A su vez, el artículo 17 de la misma ley prevé que el órgano de control que detecte infracciones “deberá ordenar su cese inmediato y *de los efectos* de las mismas que aún subsistieren, así como sancionar a sus autores y responsables.”

De modo que la norma confiere al órgano de control, no sólo la potestad reglamentaria y sancionatoria, sino también el deber de disponer el cese de la conducta infraccional y también el cese *de los efectos* de dicha conducta. Destacamos esta última frase, no sólo el cese de la conducta, sino el cese de los “efectos” de la conducta, efectos que no son otra cosa que el perjuicio causado por la infracción.

Si aplicáramos –por analogía- esta previsión al ámbito de las relaciones de consumo y aplicándola como criterio interpretativo del alcance de las potestades del órgano de control, concluiríamos que el “cese de los efectos” de la infracción cometida por el proveedor de un servicio financiero es, ni más ni menos, que la reparación de esos “efectos” al consumidor. Ello es así porque en tanto las relaciones de consumo se sitúan en un vínculo contractual entre proveedor y consumidor, los efectos de la violación de la normativa tuitiva del consumidor serán los perjuicios sufridos por éste.

Como vimos, el Banco Central del Uruguay como ente rector del sistema financiero, tiene la atribución conferida en su Carta Orgánica de dictar instrucciones particulares a las entidades controladas con el fin de proteger al consumidor (literal A del artículo 38 de la ley 16.696 en su redacción). Pero también cabe destacar que el artículo 42 literal H) de la ley 17.250 confiere a todo órgano administrativo de control en materia de relaciones de consumo la potestad de “dictar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos”, por lo que una vez más, aparece la herramienta de la instrucción particular como medio idóneo para disponer la reparación de daños sufridos por el consumidor. Al decir de Dora Szafir, “*son los organismos de control los que deben velar por la aplicación de las disposiciones de protección del consumidor.*”⁶

II.C) EL CASO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE USURA

La legislación sobre usura merece una consideración aparte, ya que contiene una norma específica referida a la reparación administrativa de daños: el artículo 25 de la Ley 18.212 establece que la autoridad de aplicación (el Banco Central o el Área de Defensa del Consumidor, en su caso), cuando concluya en el curso de una investigación administrativa que existen intereses usurarios, deberá intimar administrativamente al prestador de servicios financieros la devolución inmediata a los deudores de la porción pagada que excediere los montos máximos legales.

Históricamente el Banco Central ya actuaba en tal sentido dentro del margen competencial que le ofrecía la legislación anterior a la ley N° 18.212 –velar por el funcionamiento ordenado del mercado financiero y de las entidades controladas-, utilizando mecanismos que si bien no podían ser imperativos, instaban a las entidades controladas a la devolución de los intereses cobrados en demasía a sus clientes. Por ejemplo, al

6 SZAFIR, Dora, op. cit., pág. 331.

fijar una sanción pecuniaria, se permitía que la entidad supervisada redujera su monto en proporción al reintegro de intereses al cliente.

En suma, si bien el caso de la usura no se limita estrictamente al ámbito de las relaciones de consumo, los antecedentes de su tratamiento histórico y legislativo con relación a la reparación de daños demuestran que no es novedosa la actuación del órgano administrativo de control a favor de la reparación de un daño sufrido por el cliente (en este caso los intereses cobrados ilegítimamente).

II.D) CONCLUSIÓN - RESPETO DE LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

El análisis normativo que viene de exponerse permite concluir que existe sustento legal para que Banco Central, en su condición de autoridad de aplicación de la normativa de relaciones de consumo, pueda ordenar a la entidad infractora la devolución al cliente de los montos ilícitamente cobrados o la reparación de otros perjuicios -además de ejercer su potestad sancionatoria respecto de esa entidad. Ello será posible siempre que en el curso de dicha investigación (ya sea que se inicie de oficio o a raíz de una denuncia), se hubiere comprobado fehacientemente la existencia y monto de tales perjuicios (por ejemplo, sumas cobradas por aplicación de modificaciones no permitidas al contrato, sin el consentimiento previo del cliente).

La devolución será ordenada mediante el dictando una instrucción particular (prevista en el literal A del artículo 38 de la Carta Orgánica) mediante la cual se verá satisfecha la finalidad tuitiva del consumidor, evitando que el denunciante, una vez finalizada la investigación administrativa, se vea obligado a promover, adicionalmente, un procedimiento ordinario ante la justicia competente para obtener la reparación correspondiente de daños ya constatados fehacientemente en la vía administrativa.

Pero debe destacarse una condición ineludible para el ejercicio de tales potestades: como en todo procedimiento administrativo del que pueda derivar una decisión perjudicial para el administrado, deben respetarse todas las garantías del debido procedimiento (amplia consideración de los medios probatorios, valoración de la evidencia a la luz de los criterios legalmente establecidos, otorgar vista al imputado en forma previa a la adopción de resolución, otorgando la posibilidad de articular su defensa, presentar descargos, ofrecer prueba, etc.).

Este aspecto no presenta ninguna dificultad en el caso del Banco Central, ya que la investigación deberá realizarse conforme a su Reglamento Administrativo, que recoge los principios y regulación del debido procedimiento administrativo conforme a las garantías constitucionalmente reconocidas, al igual que el Decreto N° 500/091.

III) LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO – DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS

Si admitimos la posibilidad de que la autoridad administrativa de aplicación ordene la reparación de perjuicios al consumidor, cabe preguntarse entonces: ¿se trata de funciones o competencias compartidas entre esa autoridad administrativa y el Poder Judicial? ¿la actuación de la autoridad administrativa encuentra un límite en la actuación jurisdiccional? ¿o por el contrario, existe superposición de funciones entre ambas?

A nuestro juicio la respuesta a la última pregunta es negativa y la solución surge del análisis de la cuestión en clave de Derecho Constitucional y específicamente, a la luz del principio de separación de poderes y funciones estatales.

III.A) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

La norma legal de relaciones de consumo asigna la competencia de autoridad de control a entidades estatales con función *administrativa*, como es el caso de la Dirección General de Comercio, el Banco Central del Uruguay y demás órganos con atribuciones de regulación y control sectorial.

De acuerdo a los enunciados clásicos del principio de Separación de Poderes⁷, cada una de las tres funciones del Estado (legislativa, jurisdiccional y administrativa) corresponde en principio, y salvo excepción constitucional expresa en contrario, a cada uno de los tres poderes del Estado: la función legislativa al Poder Legislativo, la función jurisdiccional al Poder Judicial y la función administrativa, cuando no es meramente instrumental para el cumplimiento de las demás funciones, al Poder Ejecutivo y al resto de la Administración estatal (en la que se encuentran los órganos de aplicación de la normativa de relaciones de consumo).

Por otra parte, para distinguir las tres funciones del Estado, la doctrina moderna ha desechado el criterio orgánico (esto es, de qué órgano proviene el acto, ya que por ejemplo, el Poder Judicial y el Poder Legislativo dictan actos administrativos), atendiendo a criterios de orden material referidos a *los actos* que caracterizan a cada función: a) contenido de los actos dictados y principalmente, b) el valor y fuerza de los mismos.⁸

Descartando la función legislativa (ya que en este caso debemos distinguir entre función administrativa y jurisdiccional), los dos criterios materiales antes señalados ratifican que la función cumplida por el órgano de aplicación en materia de relaciones de consumo es de carácter administrativo y no jurisdiccional. También esos criterios determinan consecuencias con relación a los límites y alcances de su actuación en materia de reparación de los daños sufridos por el consumidor:

- a) **Contenido:** desde el punto de vista del contenido de los actos, la función jurisdiccional consiste materialmente –según la define CASSINELLI– “en la resolución definitiva de un conflicto de intereses entre partes, mediante la aplicación de las reglas de derecho”⁹. Por su parte, la función administrativa suele definirse con un criterio residual (la que no es legislativa ni jurisdiccional) y referida a la ejecución material de los cometidos estatales, “realizar concretamente determinadas tareas que el derecho objetivo ha puesto a cargo de las entidades estatales”, ya que “administrar es hacer, es traducir en hechos los mandatos contenidos en las normas, en cuanto necesitan ejecución material”¹⁰.
- b) **Valor:** desde el punto de vista del valor y fuerza, la función jurisdiccional se caracteriza por la potestad de dictar actos con valor y fuerza de *cosa juzgada*, esto es, actos que constituyen pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva, ya que cumplidos determinados requerimientos marcados por las normas procesales, no admiten posterior revisión.¹¹ Por el contrario, los actos administrativos, propios del ejercicio de la función administrativa, resultan de principio revisables tanto en vía administrativa (si el órgano que los dictó está sujeto a jerarquía o tutela administrativa, artículo 317 de la Constitución) como en vía jurisdiccional (tanto en la jurisdicción anulatoria –en nuestro país a cargo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, artículo 309 de la Constitución, como reparatoria ante el Poder Judicial, artículo 233 y siguientes de la Constitución). Al decir de SAYAGUES LASO, “mediante el elemento cosa juzgada se establece un límite preciso y claro entre la actividad administrativa y la jurisdiccional”¹².

III.B) LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO Y EL VALOR Y FUERZA

7 CASSINELLI, Horacio, “Derecho Público”, Vol. 1, FCU, Montevideo 1991, pág. 106 a 112.

8 CASSINELLI, op. cit. y SAYAGUES LASO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, Montevideo 1963, pág. 44.

9 CASSINELLI, “Derecho Público” Vol. 1, FCU, Montevideo 1977, pág. 145.

10 SAYAGUES LASO, Enrique, siguiendo a LABAND, op. cit., pág. 44.

11 SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit. pág. 47.

12 op. cit., pág. 47.

La aplicación de los dos criterios mencionados, define la naturaleza administrativa de la instrucción particular que dispone la reparación al consumidor y no existe incursión alguna en la función jurisdiccional, que en materia de protección al consumidor continúa estando en manos del Poder Judicial:

- a) El pronunciamiento sobre la reparación integral del daño, que representa el conflicto intersubjetivo de intereses entre el proveedor y el consumidor damnificado, continúa siendo competencia del Poder Judicial. La autoridad de aplicación bancocentralista podrá pronunciarse sobre uno o más daños concretos fehacientemente probados en el curso de la investigación, pero no se pronunciará en forma definitiva sobre la reparación integral de todos los daños (daño emergente, daño moral, lucro cesante, pérdida de la chance, etc.).

Los artículos 32 a 36 de la Ley N° 17.250 refieren extensamente al derecho del consumidor damnificado a la compensación de los daños, remitiéndose expresamente al régimen general del Código Civil (artículo 34), el derecho a la reparación de “daños y perjuicios compensatorios o moratorios”, según corresponda (artículo 33 in fine), así como de carácter “patrimonial y extrapatrimonial” (artículo 36). A su vez, el artículo 47 refiere expresamente a las acciones de carácter civil y penal que pudieren corresponder por la infracción del proveedor.

Estas normas no hacen más que confirmar lo que es principio general en nuestro ordenamiento jurídico: el derecho del consumidor a la reparación integral del daño. Al decir de Gamarra, se trata del *gran principio o regla general que rige la reparación por equivalente, que consiste en aniquilar toda consecuencia de la ilicitud, que lleve al resultado de que el acto antijurídico se considere como “no sucedido”*.¹³

No es este el contenido del pronunciamiento del Banco Central como autoridad administrativa de control. No se pronunciará en forma definitiva sobre una pretensión del consumidor a la reparación integral y sus tres elementos (daño, culpa y nexa causal), no lo hará sobre otros daños que excedan el daño material provocado por la entidad infractora y surjan de la investigación administrativa realizada sobre la denuncia o de oficio, no se expedirá en forma definitiva sobre un accionamiento del consumidor que contenga una pretensión de reparación integral, ni sobre daño moral, lucro cesante, pérdida de chance, todos ellos perjuicios que podrán formar parte de una demanda planteada ante la vía jurisdiccional correspondiente, como reconoce la ley.

Existen entonces diferencias de competencia por razón de materia entre las atribuciones del Banco Central y el Poder Judicial en materia reparatoria del consumidor: si bien en principio pueden advertirse similitudes materiales –ambos pueden disponer el reintegro de daños–, la diferencia está en que la Administración no se está pronunciando, y menos en forma definitiva, sobre la reparación integral del daño, sino que está cumpliendo con su deber de protección al consumidor ordenando la reparación de uno o varios daños concretos que ha encontrado fehacientemente probados en el curso de una investigación sobre presunta infracción de una entidad controlada a las normas de relaciones de consumo. Ese pronunciamiento, sobre ese o esos daños, no constituye un pronunciamiento final sobre la reparación, el consumidor y el proveedor de servicios financieros pueden mantener un conflicto intersubjetivo de intereses sobre la reparación integral cuya dilucidación integral corresponde al Poder Judicial.¹⁴

Es lo que hace el ya mencionado artículo 25 de la ley de usura cuando dispone la devolución al deudor de los intereses cobrados en exceso del tope legal: nada dice de los perjuicios adicionales que hacen a la reparación integral del daño sufrido por el deudor.

- b) Por otra parte, el argumento del Valor y Fuerza: el acto administrativo dictado por el órgano administrativo de aplicación que ordene una reparación de daños al consumidor siempre será revisable en vía jurisdiccional, no solamente en la jurisdicción anulatoria (TCA) sino también

13 GAMARRA, Jorge, “La reparación del perjuicio extracontractual” en www.laleyonline.com.uy.

14 En Sentencia N° 116 de 8 de mayo de 1989 publicada en ADCU T. XIX p. 178, se expresa que “la obligación de reparar el daño es una deuda de valor, pues su objeto es el reintegro del valor del lesionado en el patrimonio del damnificado, otorgándole aquella consistencia que habría tenido si el hecho dañoso no se hubiera producido.”

en la reparatoria, en caso que la entidad supervisada cuestionara su legitimidad y optare por reclamar directamente los perjuicios.

Sólo un acto jurisdiccional, una sentencia dictada por el Poder Judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, podrá adquirir valor y fuerza de cosa juzgada. La sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronunciará sólo sobre la existencia y cuantía del daño que fuera objeto de la instrucción particular de reparación, ya que conforme al artículo 310 de la Constitución, “se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo.”

Por otra parte, el Poder Judicial entenderá en las pretensiones de naturaleza reparatoria, ya que tanto la entidad controlada (a la cual se le ordenó reintegrar perjuicios al consumidor) como el propio consumidor, pueden plantear el accionamiento correspondiente. En el caso de la entidad controlada, si entendiera que la autoridad administrativa le ha ordenado reparar perjuicios inexistentes o por montos mayores a los generados. El consumidor podrá reclamar contra el proveedor perjuicios que no se han probado en el reclamo administrativo (daño moral, lucro cesante, pérdida de la chance, otros daños materiales que requerían probanzas más exhaustivas sobre el nexo causal o la culpa, etc.).

IV) CONCLUSIONES

IV.1) El Banco Central, en su calidad de órgano administrativo sectorial de aplicación de la normativa de consumo, puede ordenar a una entidad supervisada, infractora de la normativa de relaciones de consumo, el reintegro al consumidor damnificado del monto del o los daños provocados, siempre que la existencia y monto de ese daño se hubiere probado en forma fehaciente en el curso de una investigación administrativa en la que se han cumplido las garantías del debido procedimiento, otorgando a la entidad supervisada la oportunidad de articular su defensa, presentar descargos y producir prueba.

IV.2) La potestad de ordenar dicha reparación se desprende de la normativa legal (ley N° 17.250 y Carta Orgánica del Banco Central) y se recoge en la normativa reglamentaria que el Banco Central dicta en ejercicio de su potestad reglamentaria sectorial autónoma. Asimismo, aún sin tener en cuenta las normas legales antedichas, la integración con la normativa legal tuitiva del consumidor, que incluye la ley de defensa de la competencia, nos conducen a la misma conclusión sobre la posibilidad de ordenar al proveedor la reparación de perjuicios causados al consumidor.

IV.3) Ese pronunciamiento administrativo refiere a un daño o varios daños concretos y no implica un pronunciamiento definitivo sobre la reparación integral del daño, que corresponderá al Poder Judicial y no tendrá valor y fuerza de cosa juzgada, ya que es esencialmente revisable tanto en vía contencioso administrativa de anulación como en la jurisdicción reparatoria.





CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

DELPIAZZO, Carlos E.
En defensa de la radiodifusión

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago
Valores para el cambio



EN DEFENSA DE LA RADIODIFUSION (*)

DR. CARLOS E. DELPIAZZO**

I) PRECISIONES DE BASE

Deseo comenzar esta exposición acerca del proyecto de ley de servicios de comunicación audiovisual remitido por el Poder Ejecutivo al Parlamento en el pasado mes de mayo, haciendo algunas precisiones que se imponen.

En primer lugar, quiero confesar que me considero discípulo en la materia, entre otros, de las enseñanzas de los Profesores Justino JIMENEZ DE ARECHAGA y Mariano R. BRITO, las cuales me han marcado y, por tanto, presidirán cuanto voy a decir.

El primero de los maestros mencionados advertía en una audición en “El Espectador” el 30 de noviembre de 1944 algo que se aplica a la situación que hoy vivimos en relación al proyecto de ley referido. Decía: “En los tiempos que vivimos -como quizás en ningún otro desde hace cuatro siglos- será fácil al compilador de opiniones seleccionar cuantas desee, y aún de juristas más o menos sensacionales, para intentar la justificación de medidas gubernativas o de interpretación de textos legales que redunden en limitación o desconocimiento de la libertad. Sería fácil, aunque fatigoso, demostrar cómo, mediante hábiles referencias a altas autoridades del Derecho público y sin distorsionar su verdadero pensamiento, todas las disposiciones de la Constitución de la República que consagran los derechos fundamentales del hombre pueden ser reducidas a fórmulas vacías y sin sentido. Es que al lado de la concepción liberal del Derecho público, se desarrolla una concepción autoritarista, distinguiéndose la una de la otra en la idea política que las inspira y determina sus soluciones particulares. Este planteo general resulta plenamente válido si lo referimos al problema de la radiodifusión en el Uruguay o en cualquier otro país sobre la tierra”¹.

Por su parte, enseñaba Mariano R. BRITO a propósito del decreto ley de radiodifusión N° 14.670 que la satisfacción del interés público en la materia no radica sólo en el Estado sino también en los particulares ya que están en juego libertades fundamentales como la expresión del pensamiento y de recibir información, lo que excluye la naturaleza de servicio público y también el monopolio, sea estatal o privado².

En segundo lugar, quiero ratificar aquí lo que he dicho y escrito reiteradamente antes de ahora en el sentido de que el neoconstitucionalismo que campea en nuestros días expresa una fórmula cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos humanos, 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 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 cometidos³.

* Reconstrucción de la exposición realizada el 21 de agosto de 2013 en la Comisión de Industria, Energía y Minería de la Cámara de Representantes, a la que se han agregado títulos y notas al pie.

** Profesor de Derecho Administrativo (UR). Ex Director del Instituto de Derecho Administrativo (UR). Profesor de Derecho Administrativo (UM). Ex Director del Programa Master en Derecho Administrativo Económico (UM). Decano de la Facultad de Derecho (UCU).

1 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA – “Opera Minora” (Montevideo, 2001), pág. 185.

2 Mariano R. BRITO - “Algunas reflexiones sobre la reciente ley uruguaya de radiodifusión”, en Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos, Año 1978, N° 1, pág. 37.

3 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho Administrativo General” (A.M.F., Montevideo, 2011), volumen 1, pág. 32 y sigtes.

Según la explicación de uno de sus protagonistas, 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 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 ⁴.

Esta es la perspectiva desde la que realizaré el análisis del proyecto de ley que se me ha solicitado.

II) DIEZ CUESTIONES QUE INVALIDAN EL PROYECTO

En la medida que la iniciativa de referencia consta de 183 artículos, no es posible realizar un análisis detallado de todas sus disposiciones, por lo que he elegido los 10 aspectos de su contenido que considero más graves.

A) Es un proyecto de ley a contramano del progreso

A pesar de que el mensaje del Poder Ejecutivo que acompaña al proyecto de ley señala que el mismo “consagra un marco normativo nuevo que tiene en cuenta la intensa y permanente transformación tecnológica del sector”, ello no es así en el articulado.

Ya el **art. 1º** comienza diciendo que “tiene por objeto la regulación básica de la prestación de servicios de radio, televisión y otros servicios de comunicación audiovisual” (inc. 1º) pero excluye “los servicios de comunicación que utilicen como plataforma la red de protocolo internet”, “las redes y servicios de telecomunicaciones” y “los servicios de telecomunicaciones y de comercio electrónico” (inc. 4º).

De este modo, mientras el mundo avanza hacia la convergencia tecnológica, el proyecto se dirige en sentido contrario.

Al respecto, escribía Bill GATES en 1995: “Llegará un día, no muy distante, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar, de explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales y enseñar fotos a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón. No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula. Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que comparamos. Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático (en el sentido de que será a través de medios de comunicación)” (pág. 4). Agregaba que “En algún punto no lejano del futuro, un simple cable que llegue a cada casa será capaz de transportar todos los datos digitales necesarios a la misma. El cable será de fibra, que es como se transportan las llamadas telefónicas de larga distancia hoy día, o será un cable coaxial, que es el que normalmente nos trae las señales de la televisión por cable. Cuando los bits se interpreten como llamadas telefónicas, sonará el teléfono. Cuando sean imágenes de video, se mostrarán en el aparato de televisión. Si son servicios de noticias en línea, nos llegarán como textos escritos e imágenes en una pantalla de computadora” ⁵.

Casi 20 años después, el proyecto desconoce esa realidad, pretendiendo regular a contramano de la evolución, que nos ubica ante la nueva realidad de la convergencia tecnológica, en la que tanto las redes como los dispositivos no transportan ni reciben un único servicio (voz, datos o imagen) sino todos ellos al mismo tiempo y desde cualquier lugar. Hoy, el “triple play” y más aún el “cuádruple play” se están constituyendo en el estándar de las telecomunicaciones.

4 Luigi FERRAJOLI - “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel CARBONELL (Editor) - “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007), págs. 72 y 73.

5 Bill GATES - “Camino al futuro” (Mc Graw Hill, Madrid, 1995), pág. 33.

B) Es un proyecto de ley parcial

Por lo expuesto anteriormente, no sólo se está ante una iniciativa vieja antes de convertirse en ley sino, además, parcial porque sólo refiere a la radio y televisión.

En tal sentido, adolece del defecto de no ser general, característica básica y fundamental de todo acto legislativo.

Es más: la parcialidad se convierte en desigualdad en varios sentidos:

- a. entre operadores actuales y futuros;
- b. entre operadores públicos y privados;
- c. entre operadores nacionales y multinacionales; y
- d. por exclusión del SODRE.

En primer lugar, no está claro el cómputo de los plazos de las licencias para quienes actualmente operan: sólo podrán hacerlo por lo que les reste? o se beneficiarán con un nuevo plazo a partir de la vigencia de la ley? O permanecerán en una situación precaria?

En segundo lugar, es evidente que el estatus jurídico de los operadores públicos es más beneficioso, beneficiándose con privilegios, monopolios y prerrogativas exorbitantes.

En tercer lugar, mientras que limita a los operadores nacionales, se excluye del régimen legal a los multinacionales que operan a través de Internet y que podrán hacerlo en todo el territorio nacional sin restricción alguna.

En cuarto lugar, invade la competencia en razón de materia del Ministerio de Educación y Cultura y desconoce la existencia y funciones del SODRE.

En quinto lugar, respecto al SODRE, no sólo se lo discrimina por ni siquiera mencionarlo, sino que se pierde la oportunidad de revertir su situación institucional resultante del período de facto.

En efecto, desde su creación por la ley N° 8.557 de 18 de diciembre de 1929, la tesis de la descentralización fue postulada por Enrique SAYAGUES LASO y la más prestigiosa doctrina administrativista, por el Asesor Letrado del SODRE y por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en algún caso aislado, en base a los siguientes argumentos ⁶:

- a. la personería jurídica que implícitamente le reconocen las disposiciones legales que le asignan recursos (como el art. 6° de la ley N° 9.638 de 30 de diciembre de 1936) y le facultan a contratar préstamos con instituciones del Estado (art. 2° de la ley N° 11.549 de 11 de octubre de 1950, y ley N° 12.388 de 22 de mayo de 1957);
- b. la disposición de un patrimonio propio compuesto por sus asignaciones presupuestales, las donaciones y legados en su favor, y la disponibilidad del importe íntegro de sus proventos, para la inversión de los cuales no necesita autorización previa;
- c. la dirección colegiada propia de los entes descentralizados;
- d. la existencia de poderes propios de decisión en su órgano jerarca, al que se atribuye la “dirección y administración” del Servicio (art. 1° de la ley N° 9.638), la “adopción de las disposiciones pertinentes para la realización de sus cometidos” (art. 2°), la facultad de contratar personal (art. 3°,

6 Enrique SAYAGUES LASO - “Naturaleza jurídica del Contralor de Exportaciones e Importaciones y del Servicio Oficial de Difusión Radio Eléctrica”, en La Justicia Uruguaya, tomo 25, sección Doctrina, pág. 33 y sigtes., y Julio César JAUREGUI - “El Servicio Oficial de Difusión Radio Eléctrica. Su posición institucional y jurídica”, en SODRE - “Su organización y cometidos. Memoria de la labor realizada entre 1930 y 1962” (Montevideo, 1963), pág. 22 y sigtes.

lit. g), de invertir sus recursos (art. 7º), y de tener una cuenta especial en el Banco de la República Oriental del Uruguay (art. 9º), entre otros; y

- e. la voluntad legislativa plasmada en el mensaje que acompañó al proyecto que luego se convertiría en ley N° 9.638, en el cual se estableció “la necesidad de que el organismo actúe bajo la vigilancia directa del Poder Ejecutivo con un grado limitado de descentralización administrativa”.

Por el contrario, la postura favorable a la centralización fue defendida por el Poder Ejecutivo y posteriormente ratificada por la legislación presupuestal, que configuró al SODRE como una dependencia del Ministerio de Educación y Cultura, especialmente por la normativa presupuestal dictada durante el período de facto (que ahora se consolida, al no tocarse en una norma pretendidamente general).

C) Es un proyecto de ley técnicamente defectuoso

El proyecto adolece de una mala técnica, no sólo por su excesiva extensión sino porque se inspira en distintas fuentes que generan contradicción.

En primer lugar, el **art. 2º** es de mala técnica porque no corresponde que el legislador defina. Con ello congela las categorías, lo que es singularmente grave en materia tecnológica, dada su rápida evolución. Además, incurre en contradicción con otras disposiciones legales, tales como la ley de relaciones de consumo, la ley de defensa de la competencia y otras, y con las propias definiciones de la UIT, que las va actualizando.

En segundo lugar, mientras que el **art. 5º** establece que “los servicios de comunicación audiovisual son de interés público”, el art. 141 declara que “los medios de comunicación audiovisual públicos son servicios públicos”. Consecuentemente, más allá del claro avance estatista que trasunta el proyecto, no queda claro el alcance de las categorías y los límites del obrar estatal (a pesar del título del art. 7º).

En tercer lugar, los **arts. 13 a 41** pretenden explicitar derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución y tratados internacionales con formulaciones diversas que resultan limitativas de la personalidad humana y la forma republicana de gobierno (según la proclamación del art. 72 de la Constitución).

En cuarto lugar, se da rango legal a muchas normas hoy vigentes en nuestro ordenamiento mediante reglamentos, congelando soluciones en una materia en rapidísima evolución, lo cual está contraindicado.

En quinto lugar, tanto en el citado art. 2º como en el **art. 55**, entre otros, se revela confusión entre las nociones de concesión, licencia y autorización, las cuales están claramente diferenciadas en nuestra doctrina clásica ⁷.

Mientras que la autorización (y sus equivalentes, licencia o permiso) es el acto administrativo que “*habilita* a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente”, lo propio de cualquier acto de concesión es que *crea* un derecho en cabeza de alguien que no lo disponía hasta ese momento, con lo que se diferencia radicalmente de la autorización, por lo que se define con el acto administrativo que “confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración”. Por lo tanto, es incorrecto usar el verbo “habilitar” en todos los casos.

En el caso, es claro que la Administración está obligada como comportamiento debido -pero ello se omite- a autorizar a todo interesado en prestar servicios de comunicación audiovisual que se ajuste al marco normativo aplicable en virtud del *derecho preexistente* a hacerlo, y que sólo requerirán de un acto de concesión quienes necesiten acceder al espectro radioeléctrico (en virtud de tratarse de un bien dominial y escaso, a cuyo uso *no se tiene un derecho previo* sino que el mismo habrá de nacer a partir de dicho acto de concesión) ⁸.

7 Enrique SAYAGUES LASO – “Tratado de Derecho Administrativo” (Montevideo, 1963), tomo I, pág. 421 y sigtes.

8 Carlos E. DELPIAZZO – “Derecho de las Telecomunicaciones” (U.M., Montevideo, 2005), pág. 52.

Lamentablemente, sin perjuicio de lo establecido en los arts. 91, 111 y 122, esta cuestión esencial no se refleja en el proyecto, en el cual no se consigna el deber estatal de autorizar ni se fijan los límites a la discrecionalidad para conceder.

D) Es un proyecto de ley estatista e intervencionista

El más grande comentarista de nuestra Constitución, Justino JIMENEZ DE ARECHAGA, definió a la radiodifusión como una actividad privada libre ⁹.

Esa ha sido la interpretación tradicional de toda la doctrina al respecto habida cuenta de los derechos y valores en juego, desde la ley N° 8.390 de 13 de noviembre de 1928 (y no desde la dictadura, como a veces se sostiene erróneamente). No obstante, nada se dice a lo largo de 183 artículos al respecto.

Por el contrario, es evidente el avance intervencionista del Estado en aspectos tales como:

- a. **art. 80** – la imposición de exclusividad para el uso concedido, vedando así las posibilidades complementarias que ofrezcan las nuevas tecnologías;
- b. **art. 87** – la imposición de contraprestaciones onerosas a título gratuito; y
- c. la imposición de múltiples limitaciones que se detallan a continuación.

Lo más doloroso es constatar el apartamiento manifiesto del art. 29 de la Constitución -cuando dice “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos” por cualquier forma de divulgación.

Tal apartamiento lo es asimismo de los tratados de derechos humanos que obligan a la república.

E) Es un proyecto de ley limitativo de la actividad privada

La tónica dominante del proyecto es el conjunto de limitaciones que establece a los particulares no sólo para acceder a los medios sino para gestionarlos, con grave afectaciones de sus libertades constitucionales.

En primer lugar, la ley no sólo avasalla derechos legítimamente adquiridos sino que agrede o veda derechos futuros.

En segundo lugar, a sólo título enunciativo, cabe señalar las siguientes limitaciones a la libertad:

- a. **art. 44** – limitaciones a la titularidad de servicios de radio y televisión abierta;
- b. **art. 45** – limitaciones a la titularidad de servicios de televisión para abonados;
- c. **art. 46** – limitaciones a la cantidad de suscriptores de servicios de televisión para abonados;
- d. **art. 48** – limitaciones a las posibilidades de contratar;
- e. **art. 50** – limitaciones a las retrasimisiones;
- f. **art. 51** – limitaciones de contenidos en televisión;
- g. **art. 52** – limitaciones de contenidos en radio;
- h. **art. 93** – limitaciones a venta o cesión de espacios; y
- i. **art. 101** – limitaciones a los negocios de transferencia.

En tercer lugar, también se prevén incompatibilidades, tales como la contemplada en el **art. 47** con relación a la propiedad de servicios de comunicación audiovisual, y prohibiciones, tales como la prevista en el **art. 104** para el arrendamiento de servicio.

⁹ Justino JIMENEZ DE ARECHAGA - “La Constitución Nacional” (Medina, Montevideo, s/f), tomo II, pág. 61.

En cuarto lugar, no sólo se incorporan limitaciones, prohibiciones e incompatibilidades sino que, lo que es más grave, el **art. 53** faculta al Poder Ejecutivo a incrementarlas “en forma progresiva y diferenciada por lugar geográfico o tipo de servicio” con una discrecionalidad tal que, por carecer de límites, configura un claro supuesto facilitador de la arbitrariedad.

F) Es un proyecto de ley autoritario

El carácter marcadamente autoritario de la iniciativa se advierte no sólo en el intervencionismo estatal sino también en el cúmulo de prerrogativas que caracterizan el diseño institucional.

En primer lugar, la organización estatal que se proyecta, sumada a la existente, traduce un notorio “abuso de controles oficiales” según la clara expresión del art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo párrafo 3 dice: “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales”.

En segundo lugar, los **arts. 55 a 61** evidencian, junto a una marcada limitación de la competencia de la URSEC, la atribución de muchas e intensas prerrogativas al Poder Ejecutivo y sus dependencias: la DINATEL y el Consejo de Comunicación Audiovisual, en este último caso sin el control del Poder Legislativo.

Además, dichas prerrogativas están asociadas a expresiones genéricas o conceptos jurídicos indeterminados -tales como “lo más eficiente posible” o “nivel aceptable”- que amplían la discrecionalidad de la Administración sin limitaciones ni control. Ello es evidente, por ejemplo, en la amplitud de los criterios de evaluación establecidos en los **arts. 116 y 124**.

En tercer lugar, es grave que el **art. 141** defina a los medios de comunicación audiovisual como servicios públicos.

Históricamente, la unanimidad de la doctrina nacional entendió que aquellos servicios en cuya prestación están en juego libertades como la comunicación del pensamiento, no pueden ser servicios públicos porque ello implica convertirlos en instrumentos del Estado para la conformación de la opinión pública a partir de la “publicatio” que se impone para la calificación de cualquier servicio público (que lo extrae del campo de la libertad).

Ello es así porque, por su propia índole, el servicio público alcanza a aquellas actividades desarrolladas por entidades estatales para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho público, asociado en el caso a la noción de exclusividad¹⁰.

En cuarto lugar, más allá de que en el caso no se configuran los supuestos de la categoría, esta caracterización como servicio público de las actividades a que refiere la ley proyecta consecuencias sobre los operadores privados, a los que se considera como concesionarios (de servicio público), mutando así la esencial característica de actividad libre de la comunicación audiovisual, perforando la esfera de libertad a través de los distintos instrumentos de intervención y limitación señalados.

En quinto lugar, la creación del Sistema Nacional de Radio y Televisión Público del Uruguay (SNRTVP) como persona pública no estatal por los **arts. 142 a 147** es manifiestamente inapropiada desde el punto de vista jurídico, al menos por un doble orden de fundamentos:

- a. extrae del ámbito estatal algo que le es propio (contradiendo incluso la calificación como servicio público); y
- b. no deslinda la separación de competencia con el SODRE, otra vez postergado (u olvidado).

¹⁰ Carlos E. DEL PIAZZO – “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2009), volumen 1, segunda edición actualizada y ampliada, pág. 487 y sigtes.

En sexto lugar, es de ver que los **arts. 161 a 171** consagran un régimen de infracciones y sanciones sumamente gravoso, que confirma tanto el avance del sector público sobre el privado (intervencionismo) como la pretensión de ajustar la realidad que es a la que se pretende (autoritarismo).

Adicionalmente, en la medida que no se dice lo contrario, parecería que el elenco de sanciones y el ejercicio de la potestad punitiva se agregan a los existentes, a cargo del Poder Ejecutivo y de la URSEC. Por lo tanto, se multiplican las manifestaciones de la potestad punitiva, consecuente al abuso de controles oficiales.

En séptimo lugar, el proyecto desconoce y en algunos casos contraría disposiciones vigentes, tales como la ley de defensa de la competencia y la ley de relaciones de consumo, fundadas ambas en principios constitucionales.

En octavo lugar, desde el punto de vista constitucional, bajo el ropaje de una simple ley ordinaria, el proyecto encubre disposiciones requeridas de *mayorías parlamentarias especiales*:

- a. en la medida que el **art. 81** crea un monopolio a favor de ANTEL y, en su caso, del SNRTVP, para “brindar acceso a infraestructura de transmisión de radiodifusión”, es de aplicación a su respecto lo previsto en el art. 85, num. 17 de la Constitución, a cuyo tenor compete a la Asamblea General “conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”;
- b. los **arts. 134 a 137**, que regulan la publicidad electoral, están alcanzados por el mandato del art. 77, num. 7 de la Carta en cuanto exige dos tercios del total de componente de cada Cámara para legislar en materia electoral, salvo las excepciones que contempla, entre las cuales no se encuentra la publicidad correspondiente a las campañas electorales de los partidos políticos; y
- c. la calificación como tributos contenida en el **art. 182** respecto a las prestaciones defectuosamente reguladas en los **arts. 172 y 173**, encuadra dichas disposiciones en la exigencia prevista en el art. 87 de la Constitución, conforme al cual “Para sancionar impuestos se necesitará el voto conforme de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

G) Es un proyecto de ley discriminatorio

En primer lugar, en virtud del **art. 81** se crea un monopolio a favor de ANTEL y, en su caso, a favor del SNRTVP, para “brindar acceso a infraestructura de transmisión de radiodifusión”.

Esa exclusión de los operadores privados está acompañada de la imposición de un conjunto de obligaciones que no gravan a los operadores públicos, lo cual es además contradictorio ya que se pretende limitar la competencia privada mientras que se consagra un monopolio público.

Así, el **art. 83** reitera una disposición ya vigente por vía reglamentaria que el Poder Ejecutivo ha violado sistemáticamente, cambiando, modificando o suprimiendo sin brindar acceso a un nuevo canal, lo que determina a establecer garantías o cautelas para evitar que siga ocurriendo lo que la práctica exhibe como la regla.

Además, a los operadores privados se les imponen cargas (**art. 86**) y contraprestaciones (**art. 87**) que no gravan igualmente a los operadores públicos.

En segundo lugar, otra discriminación destacable es la que se realiza entre la televisión abierta y la televisión para abonados: mientras que el **art. 107** establece que los titulares de televisión abierta “podrán” ofrecer sus señales, el **art. 108** dispone que los titulares de televisión para abonados “deberán” incluir en su grilla al menos una señal de producción local y el **art. 109** les agrega la obligación de incluir las señales del Sistema Nacional de Radio y Televisión.

En tercer lugar, contradiciendo el propósito modernizador aludido en el mensaje, la exclusión por el art. 1º de los servicios de comunicación que utilicen como plataforma internet, actúa en beneficio de las empresas multinacionales en detrimento de las empresas nacionales de radio y televisión (tanto abierta como para abonados).

H) Es un proyecto de ley generador de responsabilidad estatal

Como bien se ha destacado, quien dice Derecho, dice responsabilidad ya que “el Derecho supone sujetos responsables, sin los cuales no cabría ni siquiera imaginar el mismísimo Derecho: es decir, que responden (dan cuenta) de sus actos, de sus conductas”¹¹.

Dicha responsabilidad puede derivar tanto del ejercicio de la función administrativa como de la función jurisdiccional y de la función legislativa, que es la que aquí importa destacar en línea con la doctrina sobre la materia¹².

En primer lugar, el proyecto de ley en vista, más allá de las inconstitucionalidades que contiene, configura varios supuestos de responsabilidad por acto legislativo que podrán obligar al Estado a erogar abultadas sumas por concepto de daños y perjuicios si se aprueban todas las disposiciones de talante limitativo y autoritario señaladas, las cuales -obvio es decirlo- cambian las condiciones de actuales operadores haciéndolas más gravosas en unos casos, inviables en otros o lesivas de derechos legítimamente adquiridos en otros.

En segundo lugar, según ha dicho reiteradamente la Suprema Corte de Justicia, “El daño del actor, cuando es el fundamento económico de la demanda, presenta a su vez no menos de dos aspectos. En cuanto resultado de una inconstitucionalidad, sólo corresponde después de decretada ésta, que no lo será por ese daño sino por otras razones. De otra manera, el daño es consecuencia y no causa de la inconstitucionalidad. Pero, en cuanto ese daño supondría responsabilidad patrimonial del Estado, no es tema de la cuestión constitucional ni está sometido a decisión de la Corte, que no es competente al respecto. Las acciones reparatorias de que se crea asistida la actora, deberán ser formuladas por separado. Ellas podrán ser compatibles con una ley arreglada a la Constitución, como con otra que la desconozca. Lo que demuestra que son temas separables, y que el perjuicio por norma legal es ajeno a la cuestión constitucional” (así: sentencias N° 176 de 1972, 39 de 1976, 10, 58 y 59 de 1989).

I) Es un proyecto de ley mayoritariamente inconstitucional

La iniciativa adolece de inconstitucionalidad, tanto en su consideración general (por responder a un enfoque estatista contrario a la Constitución según el enfoque de Justino JIMENEZ DE ARECHAGA citado al principio) como específica de muchas de sus disposiciones.

Como bien se ha destacado, “un acto legislativo formal es inconstitucional cuando es incompatible con la Constitución”, de modo que “será constitucional el acto legislativo compatible con la Constitución y será inconstitucional el incompatible con ella. Compatibilidad - incompatibilidad son los contrarios que, en el idioma español, mejor traducen la idea que trata de expresarse”¹³.

En la especie, **existe incompatibilidad del proyecto de ley con lo previsto en los arts. 7°, 8°, 10, 29, 32, 36, 72 de la Constitución**, explicitados en cuanto a los derechos que reconocen y garantizan en el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros tratados internacionales que obligan a la República, haciendo parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, tal como ya lo ha reconocido explícitamente la Suprema Corte de Justicia en su sentencia de 19 de octubre de 2009¹⁴.

11 Eduardo SOTO KLOSS – “Derecho Administrativo” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996), tomo II, pág. 285 y sigtes.

12 Felipe ROTONDO TORNARIA – “Responsabilidad del Estado por actividad legislativa”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2011), N° 4, pág. 101 y sigtes.; Zolá DÍAZ PELUFFO - “El problema de la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración, tomo 52, pág. 274 y sigtes.; Rodolfo SAYAGUES LASO - “La responsabilidad del Estado por actos legislativos”, en Rev. de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, 1914), tomo I, pág. 514 y sigtes.; Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “Informe sobre la responsabilidad del Estado por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, tomo 105, sección Jurisprudencia, pág. 321 y sigtes., y en Horacio CASSINELLI MUÑOZ – “Derecho Constitucional y Administrativo” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2010), pág. 690 y sigtes.; José Aníbal CAGNONI - “Responsabilidad por acto legislativo”, en Primer Coloquio sobre Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción (Edit. Universidad, Montevideo, 1993), pág. 61 y sigtes.; y Graciela BERRO – “Responsabilidad por acto legislativo”, en La Justicia Uruguaya, tomo 107, sección Doctrina, pág. 54 y sigtes.

13 Eduardo ESTEVA GALLICCHIO - “Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos”, en A.A.V.V. - “El Poder y su Control” (UCUDAL, Montevideo, 1989), págs. 105 y 106.

14 Augusto FORMENTO y José Miguel DELPIAZZO – “Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año IX, 2010, N° 18, pág. 101 y sigtes.

En primer lugar, desde el punto de vista general, no surge de ninguna disposición la acreditación del interés general que debe presidir cualquier limitación de derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados.

En efecto, como bien se ha enseñado, la noción de interés general está claramente vinculada con el concepto de razonabilidad, por lo que la verificación de las razones de interés general que justifican o motivan la restricción de derechos es inexcusable en garantía de los mismos ¹⁵.

En segundo lugar, se vulneran los arts. 7º y 10 en cuanto se agreden libertades y derechos adquiridos.

La noción de derecho adquirido es muy fácil de captar desde la realidad, a partir de la observación de la cual puede afirmarse que se ha adquirido un derecho cuando ha ingresado al patrimonio de un sujeto.

Por eso, el derecho adquirido se traduce en una situación jurídica más favorable que la situación precedente y una vez que ha entrado en el dominio de alguien forma parte de él y no puede serle arrebatado por aquel de quien lo tiene. Siendo así, no puede volverse sobre lo ya incorporado y obtenido para suprimirlo sin consecuencias por cuanto, si ello ocurre, queda inevitablemente comprometida la legitimidad del acto de desconocimiento o supresión ¹⁶.

En tercer lugar, se vulnera el art. 7º por desconocimiento del derecho a ser protegido en el goce de la seguridad.

Más allá de que la seguridad fundamenta la garantía de los derechos adquiridos, ella se traduce “como la certidumbre del individuo de que su persona, bienes y derechos están a salvo de ataques violentos e indebidos y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es, por tanto, punto de partida del Estado y puerto de arribo del derecho” ¹⁷.

Dentro de tal concepto genérico de seguridad, la seguridad jurídica contiene un *componente objetivo* que alude a la certeza, el orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento ¹⁸.

Pero la seguridad jurídica no se agota en dicho componente objetivo fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, sino que tiene también un *componente subjetivo* que apunta a la confianza puesta en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo. En tal sentido, “La protección de la confianza legítima es el instituto de Derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado” ¹⁹.

En cuarto lugar, la violación del principio de igualdad explicitado en el art. 8º de la Constitución ya ha sido objeto de referencia al fundar su carácter discriminatorio en multiplicidad de sentidos.

En quinto lugar, la violación del art. 29 de la Carta resulta de varios aspectos contenidos en el proyecto, entre los que cabe destacar que:

- a. el control de contenidos es una forma de censura; y
- b. el abuso del control que resulta del peso del agrandado (en tamaño y potestades) diseño institucional, en los términos del art. 13 del Pacto de San José.

Como bien lo destacó el mayor comentarista de nuestra Constitución, “La censura puede adoptar distintas formas, ya sea incidiendo sobre las personas que pretendan ejercer este derecho, sistema que se aplica especialmente en cuanto para emitir el pensamiento deba hacerse uso de la prensa, de la radio, del teatro o

15 Martín RISSO FERRAND – “Algunas garantías básicas de los derechos humanos” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 103 y sigtes.

16 Mariano R. BRITO - “Los derechos adquiridos en la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, en Anales del Foro, N° 88-89, pág. 52.

17 Jorge FERNANDEZ RUIZ - “Apuntes para una teoría jurídica de la seguridad”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo X, pág. 39.

18 Federico A. CASTILLO BLANCO - “El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264, pág. 33.

19 Pedro José Jorge COVIELLO - “La protección de la confianza del administrado” (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004), pág. 462.

del cine, y también incidiendo sobre el contenido mismo de las publicaciones o emisiones que se pretende hacer llegar al público”²⁰.

No debe olvidarse que el citado art. 29 de la Carta dice que “Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación”. Las expresiones “*enteramente*”, “*en toda materia*” y “*por cualquier forma de divulgación*” aluden a totalidad de supuestos y excluyen la intromisión estatal en contenidos, gestión, retransmisiones, etc.

En sexto lugar, se vulnera el derecho de propiedad garantizado por el art. 32 de la Constitución, en íntima vinculación con la violación de los derechos legítimamente adquiridos por los actuales operadores, cuando se permite a la autoridad pública apreciar la conveniencia y oportunidad de un cambio de programación, de una retransmisión, de un determinado contenido y, en general, de la limitación de la publicidad e imposición de contrapartidas económicas gravosas que alteran la ecuación económico financiera de los prestadores de servicios comprendidos.

En séptimo lugar, el art. 72, en tanto reconoce y tutela todos los derechos inherentes a la personalidad humana y los que se derivan de la forma republicana de gobierno, resulta violado por la categorización de los servicios audiovisuales como servicio público y por la desproporción de los poderes sancionatorios asociados a la verificación de los límites impuestos a los radiodifusores.

J) Es un proyecto de ley peligroso

Nuestro país ha transitado una evolución normativa en materia de telecomunicaciones signada por el respeto a las libertades en juego y minimalista²¹.

Dicha tradición se quiebra con la iniciativa bajo examen, la cual se aparta de dicha postura minimalista (como lo acredita su extensión) y está presidida por un talante claramente autoritario e intervencionista como nunca antes se conoció en el país. En tal sentido, establece todas las condiciones para romper el equilibrio que debe existir entre prerrogativas y garantías, y entre autoridad y libertad.

Confirmando lo antedicho, es interesante advertir como, bajo el título neutro de “autorregulación ética”, se impone el deber ajustarse a códigos públicos de normas éticas ajustados a “los principios y derechos que reconoce y promueve la presente ley” (art. 138), siendo que la ética no se impone jurídicamente y menos se controla conforme a los parámetros de una ley autoritaria.

La peligrosidad resulta además de los poderes atribuidos a las distintas reparticiones estatales en la materia, los cuales son definidos con conceptos de gran amplitud e imprecisión, lo que puede aparejar en el futuro un sinnúmero de aplicaciones desviadas.

Al hacer estas afirmaciones, prescindo de considerar a las autoridades actuales, cuya honorabilidad y rectitud no se cuestiona. Pero es imprescindible tener en cuenta que cuando se legisla, se lo hace para el futuro y por largo tiempo y en su transcurso puede ocurrir que accedan a su aplicación personas inescrupulosas o soberbias que se valgan del inconmensurable poder sobre los medios de comunicación que edicta el proyecto de ley bajo examen.

III) COLOFON

Para terminar, es preciso volver al principio para destacar las bases constitucionales y doctrinarias que sustentan nuestro Estado de Derecho.

El mismo se socaba o pierde calidad, con los consiguientes perjuicios para los derechos humanos de todos los habitantes, cuando se pretende que las autoridades se inmiscuyan en el campo de las libertades, no para garantizarlas sino para limitarlas y orientarlas políticamente según parámetros que la ley no define con precisión.

En consecuencia, el riesgo es inmenso y de ahí deriva la peligrosidad de un instrumento como el propuesto, que no contribuye a la edificación del sistema democrático.

20 Justino JIMENEZ DE ARECHAGA – “La Constitución Nacional” cit., tomo II, pág. 51.

21 Carlos E. DELPIAZZO – “Marco regulador de las telecomunicaciones”, en Curso de Graduados en homenaje al Prof. Héctor Barbé Pérez (Montevideo, 2002), pág. 133 y sigtes.

VALORES PARA EL CAMBIO

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO

PALABRAS PRONUNCIADAS EN LA COLACIÓN DE GRADOS EL DÍA 8 DE OCTUBRE DE 2013 A JÓVENES EGRESADOS DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

Queridos alumnos, padres, miembros del cuerpo académico:

Obtener un grado universitario es un paso más en el camino de la vida. Quiero despedirlos animándoles a una lucha. La lucha y el esfuerzo por alcanzar siete valores que son escasos en la cultura que nos rodea. Ustedes, queridos alumnos, tienen por delante la tarea de contribuir a que se concrete el cambio para lograrlos.

El primero es el de la libertad; libertad para labrar su propia vida. Una libertad vivida que implica no ser esclavos de los demás ni de nadie ni de nada. Una persona se realiza cuando es artista de su propia existencia: no sólo hace cosas sino que se hace a sí mismo. Nuestra vida es un proyecto, un quehacer que tenemos que llevar a cabo. El arte de vivir consiste en desarrollar los talentos recibidos. Se trata de afirmar: "Sigue tu camino. ¡Sé tú mismo, realízate! Descubre tu forma individual, infalsificable que pensó Dios para ti. Y ármate de valor para vivir de esa forma." Entonces comienza una historia personal y única. El hombre que utiliza la libertad comienza a vivir su propia vida. (Jutta Burgraff, Libertad vivida con la fuerza de la fe, p.31).

Cada persona puede llegar a ser feliz y hacer felices a los demás, pero desde lo que es, "desde" la fidelidad a sí misma, que no es otra cosa que fidelidad al proyecto divino sobre su existencia. La libertad le es dada para los demás. En el fondo, no es otra cosa que amor a los demás.

El segundo valor es difundir una cultura de trabajo. Debemos contribuir al cambio cultural que Uruguay necesita en este campo. Se requiere una concepción de la empresa más sana y una concepción de la sociedad más adecuada. Pero se requiere también de un cambio en la actitud de las personas frente al trabajo.

El trabajo es motivo de gusto. Es lugar para disfrutar. Por la satisfacción de hacerlo bien y gozar de la tarea. La clave es el sentido de realización personal y el sentirse útil que lleva consigo.

Seriedad, profesionalidad y excelencia deben acompañar el trabajo. Ser exigente con uno mismo en la calidad. El secreto está en el cuidado de los múltiples detalles, que terminan haciendo un buen producto o un servicio de buen nivel.

La persona, cualquiera sea su posición, debe aprender a trabajar con otros. Hace falta encontrar en el trabajo en equipo, un sitio de crecimiento personal; comprender que cada persona tiene algo que enseñar. Fallan en esto quienes se dejan llevar por la autosuficiencia, por la falta de un espíritu de compañerismo, por el exceso de autoestima, por la incompreensión con quien no reúne sus habilidades.

El tercer valor que les destaco es el cultivo de un espíritu emprendedor. De tener el coraje de arriesgarse. Algunos tienen más iniciativa que otros pero todos debemos salir de nuestra inercia y mejorar. Si emprendemos y fallamos, habremos adquirido madurez para afrontar los reveses. Más de uno llega a la meta después de cuatro o cinco intentos. Y aprendió con los fracasos.

El espíritu emprendedor es el resultado de personalidades ricas que saben proyectar un futuro rico y se dirigen a él sin agotar su esfuerzo en la solución de los temas diarios. Que sabe soñar proactivamente con realidades nuevas que exigen cambios en procesos y proveedores. El emprendedor sabe liderar, gestionar personas, pero conoce también del trabajo asociativo o en equipo.

El cuarto valor es la mentalidad de innovación. La propensión al cambio, y el pensar cómo hacer mejor lo que se hace o hacer cosas nuevas. La mentalidad de innovación, de descubrir cosas nuevas y ponerlas en práctica, está en las raíces de los grandes cambios en la vida de los hombres. Así la máquina de vapor, el ferrocarril, el automóvil, las nuevas fuentes de energía, internet. Y un país pequeño como el nuestro tiene posibilidades de aportar al mundo más que productos primarios, como lo demostró la industria del software.

El quinto valor es el de la solidaridad con todos. Conocer a los demás, ser sociable, conocer la sociedad en la que estamos, saber de nuestro país y del mundo. De nuestros compatriotas, que son pocos y de los demás hombres que están cada día más cercanos y padecen la guerra cruenta como en Siria o gozan del bienestar de una vida con necesidades satisfechas y del cultivo del arte, de los vínculos familiares, del deporte, de la música. Esas expresiones espirituales del hombre que lo enaltecen. Algunos no llegan a ello por pobreza, desempleo, enfermedad. Entonces es responsabilidad nuestra aportar solidaridad a las periferias existenciales. Para servir, servir. Y es lo que más nos realiza en nuestra vida.

El sexto valor es el conocerse a sí mismo. Conocerse a sí mismo y estimarse en su justo término. Ser amigo de uno mismo. La humildad es verdad y compatible con reconocer las virtudes o las cosas que nos salen bien. ¿Para qué servimos?

La persona a la que Dios ama con el cariño de un Padre no es la que a mí me gustaría ser, es sencillamente la que soy. Dios no ama personas ideales, el amor sólo se da hacia seres reales y concretos (J. Philippe, *La libertad interior*, p. 34). Todos somos distintos así que cada persona puede reflejar unos aspectos distintos de la bondad o la belleza.

Escribe Unamuno: "Me dices en tu carta que, si hasta ahora ha sido tu divisa, ¡adelante!, de hoy en más será, ¡arriba! Deja eso de adelante y atrás, arriba y abajo ... En vez de decir, ¡adelante! o ¡arriba!, di: ¡dentro! Reconcéntrate para irradiar; deja llenarte para que rebases luego, conservando el manantial. Recógete en ti mismo para mejor darte a los demás todo entero e indiviso. -Doy cuanto tengo - dice el generoso; - doy cuanto valgo - dice el abnegado; - doy cuanto soy - dice el héroe; - me doy a mí mismo - dice el santo; y di tú con él, al darte: - Doy conmigo el universo entero -. Para ello tienes que hacerte universo, buscándolo dentro de ti. ¡Adentro!"

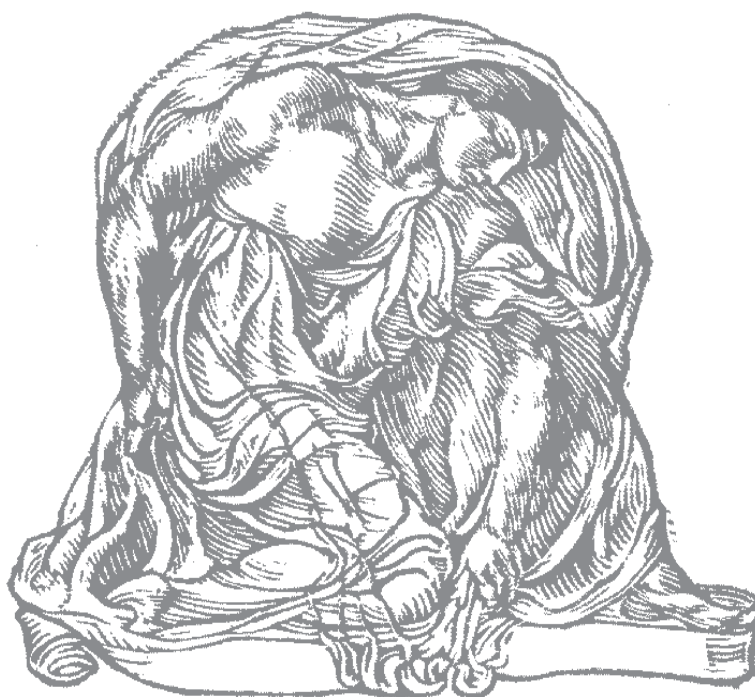
Y el séptimo valor que les pregonó es el buscar la verdad y buscar la trascendencia. Si Dios existe o no para nosotros, no debe ser por un contagio del ambiente sino por un haber afrontado el problema y decidirlo. No ser esclavos de los demás en esto. Conocer a Dios y seguir sus huellas. Contemplantarlo e imitarlo.

¿Entendemos el llamado del Papa Francisco a la pobreza? A los que compartimos la fe, ¿nos interrogan sus palabras? La respuesta no es el pauperismo. Al contrario es asumir la responsabilidad de dar frutos, trabajar bien; no tener cosas innecesarias que menoscaban nuestra libertad y empequeñecen nuestro corazón.

Estas tres formas de conocimiento, estos tres amores: los hombres que comparten nuestro tiempo; nosotros mismos y Dios, nos darán una vida plena y nos harán dichosos. Y en palabras de San Agustín ser dichoso es ser sabio.

Hemos hablado de siete valores: la libertad, el trabajo, el espíritu emprendedor, la mentalidad innovadora, el conocimiento propio, la solidaridad, la búsqueda de la trascendencia. En todos ellos se requiere un cambio de la cultura uruguaya y ustedes, queridos alumnos, tienen por delante la tarea de llevarla a cabo, de contribuir a que se efectúe.

La Universidad, sus familias y el país confían en ustedes.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 1.897 de 20 de agosto de 2012

BARBOSA, Ximena y ROMERO, Romina

Medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Civil 1° Turno N° 51/2012 y de la Suprema Corte de Justicia N° 215/2013

CHÍRICO, Florencia

El derecho de suscripción preferente del accionista



MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 1897/2012 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

DRA. XIMENA BARBOSA
DRA. ROMINA ROMERO

Sentencia 1897/2012
Montevideo, veinte de agosto de dos mil doce

VISTOS:

Estos autos caratulados: “PODER JUDICIAL, EN AUTOS CARATULADOS: ‘PODER JUDICIAL C/ PODER LEGISLATIVO Y OTRO. ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 236 Y 241 INC. 3 DE LA LEY NRO. 18.834’ – OTRO – MEDIDA CAUTELAR, IUE 1-21/2012”, IUE 1-31/2012.

RESULTANDO:

1) A fs. 147 la Suprema Corte de Justicia interpone Acción de Inconstitucionalidad respecto de los artículos 236 y 241 inc. 3 de la Ley No. 18.834 Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente al ejercicio 2010, contra el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo en representación del Estado persona pública mayor y se solicita medida cautelar de suspensión.

2) Se entiende que existe un interés directo vulnerado por los artículos de referencia y se fundamentan las razones

CONSIDERANDO:

I) Corresponde en primer lugar referirse a la Legitimación de la Suprema Corte de Justicia para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley.

Al respecto existe jurisprudencia de la propia Corte donde se estable que posee la legitimación en la causa y en el proceso para impugnar por vía de acción una norma que a su juicio sea violatoria de la Constitución de la República.

Es así que en Sentencia No. 118 dictada 19 de abril de 2002 se afirmaba “La objeción relativa a que la actora sería juez y parte carece de fundamentación convictiva y supone que la acción de inconstitucionalidad estaría vedada para el órgano rector del Poder Judicial, hace referencia a Sent. No. 433 de octubre de 2000 dictada por otros integrantes Ministros de Tribunales de Apelaciones donde se coincidía afirmando “... si bien la defensa fue deducida por la Suprema Corte de Justicia en su integración natural, la decisión de la cuestión corresponderá a otros Ministros integrados, con absoluta independencia...”

II) Si bien existen aún opiniones contrarias como se manifiesta al evacuar el traslado, estas se fundan en dos puntos centrales: 1) que se violenta el principio de separación y equilibrio de poderes y 2) que en este caso la Corte actuaría al mismo tiempo como juez y parte.

No se comparten estas argumentaciones, las que pueden ser controvertidas sin violentar el orden jurídico nacional.

El tema transcurre entre los poderes y las funciones, y el debido equilibrio entre ambos.

A mérito de nuestra Carta Magna existe una conexión estrecha entre los poderes del gobierno y las funciones del Estado. Al Poder Judicial en tanto Poder de Gobierno, le corresponde el ejercicio de una de las funciones del estado (función jurisdiccional). Como tal no puede extinguir los actos emanados de otro poder ni modificarlos, ni dejarlos de aplicar excepto por razones de ilegitimidad.

El entramado de estos principios tiene como horizonte evitar que uno de los Poderes primer sobre los restantes. El mecanismo de controles recíprocos entre los Poderes es múltiple y variado como forma de evitar la violación de alguna de las reglas que mantiene ese delicado equilibrio.

Desde larga data el Profesor Horacio Cassinelli Muñoz ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia no supone ni una excepción ni una infracción a estas reglas por cuanto el máximo órgano no tiene la potestad de extinguir la Ley a tal punto que la inaplicabilidad de la Ley cuestionada solo produce efectos en el caso puesto a su conocimiento, en el caso concreto.

Tampoco es de recibo el argumento de que por esta vía se estarían conjugando en un mismo órgano la potestad de ser juez y parte.

La Suprema Corte de Justicia para la dilucidación del reclamo se encuentra integrada con Ministros de los Tribunales de Apelaciones; y entre aquella y éstos existe autonomía técnica con lo cual se avienta cualquier fantasma de ausencia de imparcialidad.

Sostener la posición contraria supondría en los hechos cercenar a este Poder del Estado de todo derecho a reclamo ante una Ley que a su juicio es violatoria de la Constitución. Cabe preguntarse ante quien debería acudir la Suprema Corte de Justicia cuando un acto de tal naturaleza la perjudique, ya que en nuestro país no existe (como en otros) un órgano desgajado del poder judicial que tenga como función declarar la inconstitucionalidad de una Ley.

La circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad sea competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia (a la postre, sistema de contralor externo de los actos del Poder Legislativo) no puede convertirse en los hechos en una herramienta que inhiba o encorsete toda posibilidad de reclamo cuando este poder del estado se sienta vulnerado por un acto dictado por otro poder del estado.

La integración de la Suprema Corte de Justicia con Ministros de Tribunales de Apelaciones y la existencia de independencia técnica de éstos respecto de aquellos constituyen garantía suficiente del cumplimiento del principio de separación y el debido equilibrio entre los poderes impuestos por la Constitución de la República.

III) Sobre la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia solicite la suspensión de la ejecución de una Ley en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad, también ha sido laudado por la propia Suprema Corte con integración diversa.

En lo que refiere a la doctrina se destaca la férrea posición del profesor Gonzalo Aguirre que muy sintéticamente afirma "que se trata de una facultad excepcionalísima que no le es acordada por la Constitución ni por el Código General del Proceso".

Se comparte que tal como lo sostuviera la Corte oportunamente, la adopción de la teoría de los Poderes Implícitos y el principio de Igualdad dejan abierto el camino para una solución afirmativa.

Como afirma la corporación, su adopción debe ser mesurada y debe acogerse en casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un grave perjuicio o un daño inminente.

Con carácter general, como ha destacado ilustrada doctrina, de los arts. 311 y 312 del CGP bajo el Nomen Iuris de “universalidad de la aplicación” (art. 311) y “procedencia” (art. 312), se desprende la existencia de una potestad cautelar genérica otorgada a todos los órganos jurisdiccionales, sin que la Ley efectúe distinción alguna en función del tipo de proceso o del grado en que cada órgano conoce. Por cuanto, las normas antedichas habilitan la adopción de aquellas medidas cautelares que se estimen “indispensables a la protección de un derecho”. En términos generales el “instrumento cautelar” aparece como “el más apto para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional...”.

Continúan los autores expresando que: “... al habilitar la adopción inmediata de medidas tendientes a prevenir el riesgo que representa la dimensión temporal del proceso, ya sea mediante la conservación de la situación fáctica o jurídica vigente en un momento determinado (medidas conservativas), la modificación de la situación para prevenir la continuidad o agravamiento del daño (medidas innovativas), o el adelantamiento provisorio de la decisión de mérito (medidas provisionales)...”, y señalan los problemas que genera la inclusión de estas últimas como parte del elenco de las cautelares. Para concluir que un primer análisis conjunto de todas las medidas que se han mencionado pueden ser ingresadas dentro de una denominación categorial a la que llaman “instrumento cautelar en sentido amplio” Y más adelante agregan:

Así, “...Tradicionalmente se ha señalado la instrumentalidad como nota típica de las providencias cautelares, las cuales -como indica Calamandrei- “nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, resultado práctico de la cual aseguran preventivamente...” Y finalizan: “A esa idea se afilia nuestro sistema cautelar, que refleja la nota de instrumentalidad de las providencias cautelares en diversas disposiciones, ya refiriendo esa nota a la causa (principal) o a la demanda (art. 311.2) o al proceso posterior (art. 314.1), ya al aseguramiento provisional de la decisión sobre el fondo (art. 317)” (cf.: Landoni y colaboradores, en: “Código General del Proceso comentado y anotado con jurisprudencia”, B de F, Bs.As. particularmente págs. 1170, 1171, 1172).

Entonces, en nuestro sistema jurídico se ha optado por un régimen habilitante a la adopción de medidas cautelares, que plasma normativa de rango legal, con soluciones expresas y no taxativas respecto las medidas específicas que los tribunales están habilitados a adoptar. Pues, el artículo 316 ejusdem, expresa que se podrán disponer “las medidas que estime indispensables”, haciendo a continuación una enumeración no taxativa de algunas medidas concretas. Y por otra parte el art. 313 nal. 4 del CGP, incluso prevé que las medidas puedan disponerse “de oficio o a petición de parte” facultando al tribunal a apreciar la necesidad de la medida y a graduarla en su rigor disponiendo una menos rigurosa que la solicitada si así lo considera suficiente. La sistemática establecida por el Código General del Proceso en materia de procesos cautelares, resulta plenamente acorde con la “Teoría de los Poderes Implícitos” a los que alude en Sentencia de la Corporación No. 742 del 98 y tomando en cuenta la previsión de suspensión establecida para la vía de excepción o defensa, arts. 258 de la Constitución y 514 del C.G.P., cabe concluir como lo ha hecho la Corporación reiteradamente, que nada obsta a la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de inconstitucionalidad promovido en vía de acción como el presente.

Por otra parte, el artículo 14 del C.G.P., marca una pauta hermenéutica de carácter general al establecer que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. Y las medidas cautelares son uno de los instrumentos consagrados en orden jurídico nacional para hacer efectivos, los derechos sustanciales, sin distinción en función de la naturaleza de los sujetos o entidades involucradas.

IV) En Sentencias interlocutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia Nos. 742/98 y 615/1999 ya ha entendido que las Medidas Cautelares pueden acogerse en el curso de acciones inconstitucionales.

Por Sentencia No. 2495 de 2007 del 31 de octubre de 2007 la Corporación reiteró una vez más, su criterio favorable a la admisión de medidas cautelares en el proceso constitucional reiterando en tal sentido los argumentos que había vertido con anterioridad en Sentencia No. 792 /98 citada por la promotora a fs. 170 vto. del escrito de proposición, (V. fallo mencionado en primer término publicado en RUDP 1-2/2009, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007-2008 caso 306, págs. 167/168).

Como lo destaca la jurisprudencia nacional, en materia cautelar la idea fundamental consiste en evitar la frustración de la eficacia de una sentencia aún no dictada.

En lo que refiere al “*periculum in mora*”, para considerarlo acreditado, cabe recordar que según se expresa unánimemente la jurisprudencia nacional, no basta con tomar en consideración la mera extensión temporal del proceso. Pues dicho elemento no es en sí mismo idóneo para configurar el peligro de frustración. Sino que se requiere que el decisor pueda afirmar con grado de posibilidad o verosimilitud la existencia de un peligro cierto u objetivo de frustración de la eficacia de la sentencia que, sobre el mérito de la cuestión planteada, haya eventualmente de recaer. En tal sentido y en relación a procesos de distinta naturaleza (V. ampliamente Sentencias Nos. 122/2001 y 78/2005 en RUDP 2-2006 caso 640 P. 323 entre otras citadas en sentencia del TAC 6to. Sent. No. 34/2008 publicada en RUDP, Anuario de Jurisprudencia de Derecho Procesal 2007-2008 caso 301, pág. 164).

En el mismo sentido, se ha afirmado que “...El peligro de lesión o frustración debe ser objetivo, no debe considerarse el mero temor, la sospecha o la duda del solicitante, sino que deben existir motivos que lo hagan verosímil para los terceros, apreciándolo según el criterio de un buen padre de familia, así como las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no adopción de la medida” (Cf.: “Anuario de jurisprudencia 1-2/2009” RUDP supra op. cit. pág. 161 caso 293).

V) En el caso y teniendo en cuenta la particularidad del objeto del proceso de inconstitucionalidad promovido, tendiente a declarar inaplicable respecto del Poder Judicial las disposiciones legales individualizadas por la parte accionante, la existencia del perjuicio requerible para la adopción de la cautela se deriva, como lo destacan los peticionantes, de que hasta que no medie pronunciamiento sobre la cuestión planteada en vía de acción, la Suprema Corte de Justicia está colocada en situación jurídica de poder deber, porque ello integra sus cometidos, a aplicar la Ley. Y dicha situación conlleva “per se” la probabilidad y verosimilitud de verificación de los perjuicios y de ocasionar daños inminentes en el equilibrio propio del sistema presupuestal.

Establece el art. 312 del Código General del Proceso que “las medidas cautelares pueden adoptarse cuando se estimen necesarias para la protección de un derecho y siempre que haya peligro de lesión o de frustración del mismo...”.

“El *fumus boni iuris*” la existencia de un derecho que debe ser protegido está justificado sumariamente y el derecho aparece como verosímil.

Surge claramente de la documentación acompañada por la parte actora, el Poder Judicial no dispone en el presente ejercicio (año 2012) de créditos presupuestales para atender las reasignaciones que se refieren los arts. 236 y 241 de la Ley No. 18.834 (créditos para atender la capacitación de los magistrados en los cursos de Derechos Humanos a realizarse en el CEJU, siendo estos abonados con fondos propios del CEJU, por el momento y hasta donde sea posible, ya que el art. 236 no establece montos a reasignar, y el Poder Judicial había estimado dicho monto en el art. 25 de su proyecto de Rendición de cuentas. Se acredita que en el año 2012, será necesario solicitar un refuerzo de crédito en suministros oficiales para cumplir con el normal funcionamiento de todas las sedes. De todo lo cual surge que el Poder Judicial no dispone para el año 2012 de créditos de Gastos de Funcionamiento para atender la reasignación solicitada en el art. 236.

Y los créditos de Retribuciones Personales están asignados para los diferentes cargos en los distintos escalafones, ya sea que estén ocupados o vacantes, el crédito presupuestal del Poder judicial sólo le permite financiar el padrón de cargos actuales y el art. 241 si bien recoge la propuesta de creación de un Tribunal de Apelaciones en el Trabajo y crea los cargos, no asigna los créditos presupuestales para ellos”.

“El *periculum in mora*” la hipótesis planteada en autos, configura un caso claro, palmario, en el cual procede la adopción de la cautela para evitar la ocurrencia de “gran perjuicio o daño inminente” que afectaría el funcionamiento institucional, extremos de gravedad tal como lo ha requerido la Corporación en situaciones análogas (v. Sent. S.C.J. No. 742/98).

En función del objeto del proceso de inconstitucionalidad y de la posición institucional del Poder Judicial, en el caso, no se visualiza otro medio idóneo y proporcionado, para evitar la causación de graves perjuicios o

de daños inminentes, eventualmente irreversibles, que la adopción de la cautela peticionada. Pues la situación planteada configura una amenaza actual de la posible ocurrencia de un evento dañoso.

En cuanto al requisito de la contracautela, legalmente establecido, en virtud de la naturaleza de las entidades involucradas, Poderes del Estado que conforman como lo destacan los solicitantes a fs. 170 “Estado-Persona Pública mayor”, la solvencia patrimonial del solicitante puede considerarse acreditada. Por lo que procede la exoneración de prestación de contracautela.

Por estos fundamentos,

SE RESUELVE:

HACER LUGAR A LA MEDIDA SOLICITADA Y EN SU MERITO SUSPENDER CAUTELARMENTE Y HASTA LA CONCLUSION DEL PRESENTE PROCESO, LA APLICACION DE LOS ARTICULOS 236 Y 241 DE LA LEY No. 18.834 DE RENDICION DE CUENTAS Y BALANCE DE EJECUCION PRESUPUESTAL, EJERCICIO 2010. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE.

i. Introducción

Este trabajo tiene por finalidad analizar la Sentencia 1897/2012 de 20 de agosto de 2012, que fue dictada en un proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Judicial mediante la vía de acción, respecto de los arts. 236¹ y 241 inciso 3^o de la ley 18.834 (“Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2010”) de 4 de noviembre de 2011.

A través de este pronunciamiento, la Corte especialmente integrada a estos efectos³ admitió la procedencia de medidas cautelares en este particular proceso. Esto por sí solo no constituye una novedad, pues la admisibilidad de dichas medidas viene siendo aceptada por la Corte en todos sus fallos desde hace casi quince años.⁴

La particularidad de esta sentencia radica en que hizo lugar a la solicitud cautelar formulada por la parte actora en su demanda, disponiendo la suspensión de la aplicación de las normas mencionadas.

Ello por cuanto, la mayoría de los fallos dictados al respecto, adoptan una postura restrictiva sobre la aplicación de dichas medidas, rechazándolas bajo el argumento de la insuficiente acreditación de los requisitos legales.

Por tanto, esta sentencia resulta de interés, mereciendo el caso planteado y sus fundamentos ser comentados, tarea a la que nos abocaremos en los próximos apartados.

ii. El caso planteado

1 Art. 236: “El Poder Judicial comunicará a la Contaduría General de la Nación, dentro de los sesenta días de promulgada la presente ley, las reasignaciones de créditos presupuestales a efectos de financiar las erogaciones con destino a la realización y financiación de programas de capacitación permanentes en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, para Magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público del Uruguay en materia de Derechos Humanos, que contengan cursos sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas y de sustracción de niños y niñas, con la contratación de expertos nacionales y extranjeros en el tema.”

2 Art. 241: “Créanse en el Inciso 16, Poder Judicial tres cargos de Ministro de Tribunal de Apelaciones con destino a la creación de un nuevo Tribunal de Apelaciones del Trabajo. Créanse los siguientes cargos con destino a dicho Tribunal:(...) El Poder Judicial comunicará a la Contaduría General de la Nación, dentro de los sesenta días de promulgación de la presente ley, las reasignaciones de créditos presupuestales a efectos de financiar los cargos que se crean en la presente norma, así como los correspondientes gastos de funcionamiento.” Este artículo fue derogado por el art. 245 de la ley 18.996 (“Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2011”) de 7 de noviembre de 2012.

3 La Corte fue integrada por los Dres. Nanci Amanda Corrales, Julia Myriam Odella (Ministras de Tribunales de Apelaciones del Trabajo) y Daniel Hipólito Tapie (Ministro de Tribunal de Apelaciones en lo Penal).

4 A título de ejemplo, ver sentencias 742/1998 y 615/1999.

Para comprender la sentencia comentada es imprescindible conocer, aunque sea resumidamente, el caso planteado por el Poder Judicial.

El art. 236 de la ley 18.834 dispuso que el Poder Judicial debía reasignar créditos presupuestales para financiar los programas de capacitación permanente del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman".

Por su parte, el art. 241 también dispuso que el Poder Judicial debía reasignar créditos, pero esta vez para financiar los cargos creados para un nuevo Tribunal de Apelaciones de Trabajo.

Ante esta situación, el Poder Judicial solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las normas mencionadas, fundándose en que violaban los arts. 86, 215 y 220 de la Constitución, así como el principio de separación de poderes recogido por el art. 82 de la Carta.

Asimismo, en la demanda pidió que se dispusiera como medida cautelar la suspensión de la ejecución de los artículos, argumentando que no podía efectuar las reasignaciones dispuestas, pues para hacerlo debía desatender otros programas y gastos ya comprometidos.

iii. Análisis de los fundamentos expuestos por la sentencia 1897/2012

A continuación veremos los fundamentos en los que se basó la sentencia 1897/2012 para disponer la medida cautelar solicitada.

a. Los arts. 311 y siguientes del CGP aplican a todos los órganos y procesos jurisdiccionales

La sentencia expresa que "[c]on carácter general, como ha destacado ilustrada doctrina, de los arts. 311 y 312 del CGP bajo el *Nomen Iuris* de 'universalidad de la aplicación' (art. 311) y 'procedencia' (art. 312), se desprende la existencia de una potestad cautelar genérica otorgada a todos los órganos jurisdiccionales, sin que la Ley efectúe distinción alguna en función del tipo de proceso o del grado en que cada órgano conoce", de ello resultan las siguientes dos consideraciones.

La primer consideración es que la sentencia entiende que de los arts. 311⁵ y 312⁶ del CGP deriva la universalidad de la aplicación de las medidas cautelares allí previstas, esto es, que pueden ser adoptadas en cualquier proceso, ya sea contencioso o voluntario. Por tanto, al no estar exceptuado expresamente el proceso de inconstitucionalidad, queda comprendido por estas normas.

También del art. 311 resulta que la solicitud de medida cautelar puede hacerse en cualquier etapa del proceso, aún previo a la demanda como diligencia preparatoria, lo que supone que también podría pedirse la suspensión de la aplicación de una ley previo a promover su declaración de inconstitucionalidad.

La segunda consideración es que la sentencia entiende que, en virtud de los artículos mencionados, todos los órganos jurisdiccionales poseen la llamada potestad cautelar genérica, no siendo una excepción

5 Art. 311 (redacción dada por la ley 19.090 de 14 de junio de 2013): "(Universalidad de la aplicación).-311.1.- Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario, por el tribunal que esté conociendo o deba conocer en el asunto. 311.2.- Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso, las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda dentro de los treinta días de cumplidas, condenándose al peticionante al pago de todos los gastos del proceso y de los daños y perjuicios causados. Cuando para hacer efectiva la medida cautelar se requiera la inscripción en el Registro respectivo, el plazo de caducidad se contará a partir del día hábil siguiente al décimo día hábil posterior al libramiento del oficio Declarada la caducidad, la medida no podrá ser propuesta nuevamente si no se acredita la existencia de circunstancias supervenientes.311.3.-Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio y se adoptarán, además, con la responsabilidad de quien las solicite".

6 Art. 312: "Procedencia.-Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente".

la Suprema Corte de Justicia, pues para que así fuera, debería existir una norma expresa que dispusiera un régimen diferente.

Al respecto, señala nuestra doctrina que el Código General del Proceso se circunscribe al estado actual del fenómeno cautelar *“pautado por el reconocimiento legal de la potestad cautelar genérica como atributo de la función jurisdiccional, facultando a los jueces para adoptar cualquier medida idónea para asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional, en toda clase de procesos y en cualquier momento y oportunidad”*.⁷

En este sentido, se afirma que esta potestad determina *“(a) que las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier proceso, incluso como medida preliminar, y (b) que puede adoptarse cualquier medida que sea idónea y necesaria para asegurar la efectividad de la protección jurisdiccional reclamada por vía principal”*.⁸ Se concluye que *“actualmente, no se exige una autorización legal específica para adoptar una medida cautelar”*.⁹

La sentencia indica que la potestad cautelar genérica existe para *“todos los órganos jurisdiccionales”*, lo que consideramos acertado. Dejando de lado los procesos judiciales —para los cuales la existencia de esta potestad es indiscutible— encontramos que parte de nuestra doctrina defiende su existencia también respecto al proceso de anulación de actos administrativos. Esta postura sostiene que, sin perjuicio del régimen particular cautelar previsto en los arts. 2¹⁰ y 3¹¹ de la ley 15.869 de 16 de junio de 1987, que habilita al Tribunal de lo Contencioso Administrativo a disponer la suspensión de la ejecución del acto, es posible que también ordene otros tipos de medidas cautelares necesarias.¹²

b. La adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad derivada de los arts. 258 de la Constitución y 514 del CGP, del principio de igualdad y de la Teoría de los Poderes Implícitos

Además de surgir de los arts. 311 y 312 del CGP, la admisibilidad de las medidas cautelares resulta, según la sentencia, de otros dos fundamentos que son mencionados sucintamente.

7 LANDONI, Ángel; GARDERES, Santiago; GOMES, Fernando; GONZÁLEZ, María Eugenia; VALENTÍN, Gabriel; Código General del Proceso, Volumen 3A, Editorial B de F, 2006, pág. 1172.

8 LANDONI, Ángel; GARDERES, Santiago; GOMES, Fernando; GONZÁLEZ, María Eugenia; VALENTÍN, Gabriel; Código General del Proceso, Volumen 3A, Editorial B de F, 2006, pág. 1172.

9 LANDONI, Ángel; GARDERES, Santiago; GOMES, Fernando; GONZÁLEZ, María Eugenia; VALENTÍN, Gabriel; Código General del Proceso, Volumen 3A, Editorial B de F, 2006, pág. 1173.

En la misma línea, PODETTI expresa: *“[l]a medida cautelar genérica o innominada, es la que puede dictar el juez atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento [...] Cumple una norma así, la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales”* (PODETTI, Ramiro; *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral IV—Tratado de las Medidas Cautelares*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1969, pág. 62).

10 Art. 2: *“El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudieren ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado. La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión. Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente legal. La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento.”*

11 Art. 3: *“Decretada la suspensión del acto, ésta mantendrá su vigor desde su notificación a la parte demandada y hasta la conclusión del proceso, pero el Tribunal, a petición de parte o de oficio y en cualquier momento del trámite, podrá, en atención a nuevas circunstancias, dejarla sin efecto o modificarla. Si la parte demandada no evacúa el traslado o haciéndolo, omite el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del decreto ley 15.524, podrá decretarse la suspensión si de las afirmaciones de la parte actora y de los elementos de juicio que ésta hubiere incorporado al efecto, surgen circunstancias que, a juicio del Tribunal, la hicieran pertinente, sin perjuicio de la ratificación o rectificación de lo decidido, luego de incorporados los antecedentes administrativos. En todos los casos el Tribunal deberá decidir sobre la petición de suspensión dentro del plazo de treinta días de concluida la sustanciación del incidente, suspendiéndose ese plazo durante un máximo de sesenta días para el diligenciamiento de las probanzas que el Tribunal estime necesarias y disponga por vía de diligencias para mejor proveer.”*

12 DURAN MARTÍNEZ indica que *“[n]o existe así ningún obstáculo para que en el estado actual de nuestro Derecho, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo disponga medidas cautelares con la amplitud con que son recibidas en el Derecho Procesal contemporáneo”* (DURAN MARTÍNEZ, Augusto; *“Medidas cautelares en el Contencioso Administrativo de anulación uruguayo”* en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 761).

El primero de ellos es que, dado que la suspensión está prevista para el proceso de inconstitucional promovido por vía de excepción o de oficio, según está dispuesto en los arts. 258 de la Constitución¹³ y 514 del CGP¹⁴, nada obsta a que esta medida sea adoptada cuando se ha acudido a la vía de acción.

Respecto a este argumento, debe señalarse que si bien parece una solución justa en cuanto sigue una postura protectora de los derechos de los accionantes, hay que tener presente que las normas mencionadas expresamente disponen que la suspensión solo se aplica a las vías de excepción y de oficio. En ellas no se suspende propiamente la aplicación de la ley, sino los procedimientos en trámite con la finalidad de evitar que si se declarara la inconstitucionalidad de la norma legal, se haya tramitado todo el proceso en vano. Por tanto, la suspensión en estas vías tiene una finalidad específica –evitar la realización de un proceso innecesariamente— que no existe en la vía de acción.

El segundo de los argumentos es que “*la teoría de los Poderes Implícitos y el principio de Igualdad dejan abierto el camino para una solución afirmativa*”, es decir, que de ellos emana la potestad de la Corte de disponer medidas cautelares.

Respecto a la aplicación de la mencionada teoría, la sentencia expresa que ello deriva de que el régimen de medidas cautelares consagra “*soluciones expresas y no taxativas respecto las medidas específicas que los tribunales están habilitados a adoptar. Pues, el artículo 316 ejusdem, expresa que se podrán disponer ‘las medidas que estime indispensables’, haciendo a continuación una enumeración no taxativa de algunas medidas concretas. Y por otra parte el art. 313 nal. 4 del CGP, incluso prevé que las medidas puedan disponerse ‘de oficio o a petición de parte’ facultando al tribunal a apreciar la necesidad de la medida y a graduarla en su rigor disponiendo una menos rigurosa que la solicitada si así lo considera suficiente. La sistemática establecida por el Código General del Proceso en materia de procesos cautelares, resulta plenamente acorde con la ‘Teoría de los Poderes Implícitos’.*”

Sobre los poderes implícitos, señala CAGNONI que “[l]a atribución expresa para cumplir sus cometidos dada a un órgano público conlleva a la vez la facultad (posibilidad) y el deber (obligación) de cumplirlos, lo que *implica*, es decir, supone, implícitamente los poderes indispensables, necesarios, para cumplir los cometidos dados por la atribución”¹⁵. Agrega que “*la teoría es de aplicación universal y permite crear medios y vías solo para ejecutar poderes, estos sí, expresamente atribuidos*”.¹⁶

Sin embargo, no consideramos que la Teoría de los Poderes Implícitos sea la justificación de la admisibilidad de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad.

A nuestro entender tal facultad no es un poder implícito de los órganos jurisdiccionales, sino que emana de dos normas de rango legal, como son el art. 311 y 312 del CGP, de las cuales deriva la potestad cautelar genérica a la que más arriba hicimos referencia.

Por su parte, respecto al principio de igualdad, la sentencia se limita a mencionarlo, sin efectuar un desarrollo. No obstante, puede entenderse que éste se invoca siguiendo lo sostenido en la sentencia 742/1998 de la Corte, en la que se indica: “*(...) en principio, es procedente entender que las medidas cautelares pueden adoptarse aun en el proceso constitucional. No solo porque en la vía de excepción o defensa, la suspensión está prevista como una*

13 Art. 258: “*La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, podrán solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1°) Por vía de acción, que deberá entablarse ante la Suprema Corte de Justicia. 2°) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial. El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución. En este caso y en el previsto por el numeral 2°, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.*”

14 Art. 514: “*Suspensión de los procedimientos.- Acogido por el tribunal el planteo de la inconstitucionalidad por vía de excepción o defensa o planteada de oficio, se suspenderán los procedimientos y se elevarán las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia.*”

15 CAGNONI, Aníbal; “¿Qué son los poderes implícitos” en *Revista de Derecho Público*, Número 33, FCU, Montevideo, 2008, pág. 195.

16 CAGNONI, Aníbal; “¿Qué son los poderes implícitos” en *Revista de Derecho Público*, Número 33, FCU, Montevideo, 2008, pág. 196.

Para que sea de aplicación esta Teoría, se afirma que deben darse tres supuestos: (i) que sea imprescindible; (ii) que no esté conferido a otro órgano del Estado; y (iii) que no viole reglas de Derecho (DELPIAZZO, Carlos; *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, págs. 251 y 252).

forma de ellas (Constitución, art. 258), lo que daría lugar, de no aceptarse tal criterio, a situaciones desiguales y aun absolutamente injustas (...)”.

Por tanto, podría entenderse que la postura de la sentencia es que, si se acepta que es posible disponer la suspensión en las vías de excepción y oficio, también debe admitirse que se haga en la vía de acción, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una violación al principio de igualdad.

c. La adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad es de excepción

La sentencia comentada, siguiendo la postura sostenida por la Corte¹⁷, realiza las siguientes precisiones respecto a la adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad:

- i. su adopción debe ser “*mesurada*” y realizarse solo en “*casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un grave perjuicio o un daño inminente*”;
- ii. su propósito es “*evitar la frustración de la eficacia de una sentencia aún no dictada*”; y
- iii. sus requisitos, tal como dispone el art. 312, son la existencia de “*fumus bonus juris*” (el cual no se desarrolla en la sentencia) y el “*periculum in mora*”, que se acredita no solo tomando en consideración la extensión del proceso, sino además constatándose la “*posibilidad o verosimilitud [de] la existencia de un peligro cierto u objetivo de frustración de la eficacia de la sentencia*”, debe “*ser objetivo, no debe considerarse el mero temor, la sospecha o la duda del solicitante, sino que deben existir motivos que lo hagan verosímil para los terceros, apreciándolo según el criterio de un buen padre de familia, así como las consecuencias perniciosas que se derivarían de la no adopción de la medida*”.

Respecto a estos requisitos, la sentencia indica que surgen acreditados, pues “*el Poder Judicial no dispone en el presente ejercicio (año 2012) de créditos presupuestales para atender las reasignaciones que se refieren los arts. 236 y 241 de la Ley No. 18.834*”.

Ello es así pues el Poder Judicial ya había estimado el monto para el Centro de Estudios Judiciales sin prever este gasto. Del mismo modo, previó únicamente los créditos destinados para cumplir con el normal funcionamiento de todas las sedes y para abonar las retribuciones personales de sus funcionarios.

En atención a lo anterior, la sentencia concluye que “*el periculum in mora [en] la hipótesis planteada en autos, configura un caso claro, palmario, en el cual procede la adopción de la cautela para evitar la ocurrencia de gran perjuicio o daño inminente que afectaría el funcionamiento institucional, extremos de gravedad tal como lo ha requerido la Corporación en situaciones análogas (v. Sent. S.C.J. No.742/98). En función del objeto del proceso de inconstitucionalidad y de la posición institucional del Poder Judicial, en el caso, no se visualiza otro medio idóneo y proporcionado, para evitar la causación de graves perjuicios o de daños inminentes, eventualmente irreversibles, que la adopción de la cautela peticionada. Pues la situación planteada configura una amenaza actual de la posible ocurrencia de un evento dañoso*”.

Respecto a las precisiones y a las conclusiones reseñadas, corresponde hacer dos comentarios.

El primero de ellos es que la postura de la sentencia —que es también la que ha sostenido históricamente la Corte¹⁸— respecto a que la adopción de las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad debe hacerse con “*mesura*” y reservarse solo para los “*casos claros y palmarios con la exclusiva finalidad de evitar un*

17 A título de ejemplo, ver sentencias: 136/2013 de 18/2/2013 (Chediak, Larrieux, Pérez Manrique); 2942/2012 de 17/12/2012 (Ruibal, Larrieux, Chediak); 2855/2012 de 5/12/2012 (Chediak, Larrieux, Ruibal); 2142/2012 de 10/9/2012 (Gutiérrez, Chediak, Larrieux, Pérez Manrique, Ruibal); 3371/2008 de 10/12/2008 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 2464/2007 de 5/11/2007 (Bossio, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 1743/2007 de 17/9/2007 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi). Todas consultadas en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

18 A título de ejemplo, ver sentencias: 136/2013 de 18/2/2013 (Chediak, Larrieux, Pérez Manrique); 2942/2012 de 17/12/2012 (Ruibal, Larrieux, Chediak); 2855/2012 de 5/12/2012 (Chediak, Larrieux, Ruibal); 2142/2012 de 10/9/2012 (Gutiérrez, Chediak, Larrieux, Pérez Manrique, Ruibal); 3371/2008 de 10/12/2008 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez

grave perjuicio o un daño inminente”, no resulta de los arts. 311 y 312 del CGP, normas que estos fallos reconocen aplicables *in totum* a este tipo de procesos.

Como ya vimos, estos artículos consagran la potestad cautelar genérica y los requisitos que deben cumplirse para la adopción de estas medidas.

La postura de “*mesura*” que adopta la sentencia comentada y en general la Corte en sus fallos sobre esta tema, no conciden con dicha potestad, sino que parecen contradictorias con ella.

Tampoco la exigencia de que se trate de casos claros y palmarios y que su finalidad sea evitar un grave perjuicio o un daño inminente resulta de los artículos mencionados, que solo exigen que exista “*la probabilidad de que se dicte en el futuro una sentencia acogiendo la pretensión de condena (el ‘bonus fumus iuris’), la probabilidad (peligro) de que se frustrate la eventual ejecución forzada de esa eventual sentencia (el ‘periculum in mora’)—requisitos estos dos que para disponer la medida el tribunal debe tener por acreditados, al menos ‘sumariamente’—y la prestación de una ‘contracautela’ (a más de la razonable proporción entre el peligro de frustración y el daño que la medida causa)’*.”¹⁹

En efecto, estas exigencias no son propias de todas las medidas cautelares, sino que se asemejan más a los requisitos establecidos por el art. 317 del CGP para las medidas provisionales, que “*son todas aquellas medidas (nuevamente, resoluciones procesales) dispuestas por el tribunal en el curso de un proceso jurisdiccional, y que consisten en hacer lugar (acoger) provisoriamente la pretensión, a fin de evitar que se produzca a la parte un daño particularmente grave por la demora en satisfacerla que conlleva el trámite del proceso.*”²⁰

Los presupuestos legales para el dictado de estas medidas son “*la probabilidad de que se dicte en el futuro una sentencia acogiendo la pretensión (que en su caso puede ser no sólo de condena, sino también meramente declarativa o constitutiva, aunque en este último caso la ley impone diversas limitaciones), y la existencia de un daño particularmente grave que se causa a la parte por la demora en satisfacer la pretensión (requisitos que para disponer la medida también en este caso el tribunal debería tener por acreditadas, al menos sumariamente)*”.²¹

Por tanto, para considerar correctos los requisitos exigidos por la sentencia comentada, debemos asumir que la suspensión constituye una medida provisional. De lo contrario, no deberían ser exigidos para su adopción.

El segundo de los comentarios refiere a lo que vuelve “particular” a esta sentencia, que es que hace lugar a la medida solicitada, apartándose de reiterados fallos de la Corte que han rechazado sistemáticamente el pedido por entender que: (i) la medida no reviste el carácter indispensable que requiere el art. 312 para su adopción; (ii) no aparece probado el peligro de un grave perjuicio, de un daño inminente o de la frustración de un derecho, para justificar que sea necesaria; (iii) no surge acreditada la verosimilitud del derecho; (iv) los motivos económicos por ser siempre susceptibles de reparación, no constituyen base adecuada para hacer lugar a la medida.²²

Caorsi); 2464/2007 de 5/11/2007 (Bossio, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 1743/2007 de 17/9/2007 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi). Todas consultadas en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

19 ABAL OLIÚ, Alejandro; “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 665.

En relación al *bonus fumus iuris* se afirma que “*la ley no exige la certidumbre absoluta de la existencia del derecho, sino solamente su probabilidad o verosimilitud*”. En cuanto al *periculum in mora* se expresa que “*el peligro de la lesión o frustración del derecho debe ser un peligro objetivo, calificado según criterios racionales y atendidas las reglas de la experiencia, y no el mero temor subjetivo del actor*” (TARIGO, Enrique; *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2007, pág. 362).

20 ABAL OLIÚ, Alejandro; “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 665.

21 ABAL OLIÚ, Alejandro; “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, FCU, Montevideo, 2011, pág. 665.

22 En este sentido, la Corte señala que “[e]n el caso, no se advierte que la medida revista el carácter de indispensable que requiere el citado artículo [312 del CGP] para su adopción, ni tampoco surge el peligro de un grave perjuicio, de un daño inminente o de frustración de un derecho, lo que justificaría que resultara necesaria. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que los motivos alegados por las sociedades accionantes son de carácter económico, y ellos, al ser siempre susceptibles de reparación, no constituyen base adecuada para acceder a una solicitud de esta naturaleza”. Suprema Corte de Justicia sentencias 136/2013 de 18/2/2013 (Chediak, Larrioux, Pérez Manrique) y 2855/2012 de 5/12/2012 (Chediak, Larrioux, Ruibal).

Respecto a los argumentos mencionados en segundo y tercer lugar, entendemos que se trata de una cuestión probatoria, debiendo verse caso a caso si se cumple con la carga requerida.

Lamentablemente no es posible establecer los criterios utilizados por la Corte respecto a la prueba de los requisitos, pues en sus fallos no se explaya sobre los motivos por los cuales entiende que no se han acreditado. Sin perjuicio de lo anterior, reiteramos que su postura es muy rigurosa en este tema y es por ello que solo en contadas sentencias ha hecho lugar al pedido cautelar.

Respecto al argumento mencionado en primer lugar, estimamos que es correcto, pues el art. 312 del CGP exige que se dispongan las medidas solo en los casos en que el Tribunal estime, es indispensable. Sin embargo, no nos parece correcto el último argumento mencionado, que se resume en el rechazo de la medida cautelar basado en que los daños –independientemente de su gravedad– son económicos y por ende, resarcibles.

Ello por cuanto, no existe previsión normativa alguna que exceptúe o imponga exigencias especiales para la aplicación de medidas cautelares en los casos de daños económicos.²³

En el caso que motiva la sentencia comentada, los daños alegados por la actora en un principio parecen únicamente económicos y por tanto resarcibles (falta de créditos presupuestales para cumplir con los arts. 236 y 241 de la ley 18.834). Sin embargo, poseen otro carácter, pues el no dictado de la medida solicitada puede derivar en otros perjuicios, además de los económicos.

Lo anterior como consecuencia de que para cumplir con las normas legales mencionadas, el Poder Judicial debería quitar créditos asignados al pago de salarios y/o el cumplimiento de programas, lo que supondría afectar recursos humanos, materiales y, lo que es más grave aún, incumplir con sus cometidos y con los compromisos previamente asumidos.

Por tanto, ya sea cumpliendo con los arts. 236 y 241 de la ley 18.834 o no haciéndolo, el Poder Judicial estaría comprometiendo su responsabilidad. En función de ello, entendemos que la cautela solicitada se presenta como “*indispensable*” en los términos del art. 312 del CGP.

Ver también: sentencia 3371/2008 de 10/12/2008 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 2464/2007 de 5/11/2007 (Bossio, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi); 1743/2007 de 17/9/2007 (Van Rompaey, Gutiérrez, Rodríguez Caorsi). Todas consultadas en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

En la misma línea, expresa: “no advirtiéndose que en el subexámine se encuentre sumariamente acreditada la verosimilitud del derecho que se pretende proteger con las medidas peticionadas, no se hará lugar a las mismas”. Suprema Corte de Justicia, sentencia 2142/2012 de 10/9/2012 (Gutiérrez, Chediak, Larrioux, Pérez Manrique, Ruibal), consultada en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*. Ver también: sentencia 2942/2012 de 17/12/2012 (Ruibal, Larrioux, Chediak), consultada en *Base de Jurisprudencia Nacional Pública*.

²³ En materia contencioso anulatoria, el art. 2 de la 15.869 de 22 de junio de 1987 al regular la suspensión de la ejecución del acto administrativo, dispone que “[l]a posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión. Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal. La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento”.

COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS NÚMEROS 51/2012 TRIBUNAL DE APELACIONES CIVIL 1º TURNO Y 215/2013 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

DRA. MARÍA FLORENCIA CHÍRICO

I. HECHOS. PRIMERA INSTANCIA

El 27 de agosto de 1990, C.O. quien era titular del 5% de las acciones de F.M.C S.A., las prenda a favor de P S.A. en garantía de una deuda personal.

Como consecuencia del incumplimiento en el pago de la referida deuda, el 21 de junio de 1994 P. S.A. promueve ejecución prendaria. Llevadas las acciones a remate, no habiendo postores por dos veces, el 11 de diciembre de 1996 le fueron adjudicadas a la ejecutante, quien nunca lo comunicó a la sociedad ni ejerció sus derechos como accionista.

En ese mismo año, el 89% del paquete accionario de F.M.C S.A. fue vendido a F S.A., sociedad integrada por J. C. y E. M., quienes continuaron comprando acciones a otros accionistas hasta completar el 95%, quedando la actora como única accionista minoritaria. Desde 1996 a fines de 2007 la empresa fue saneada y el valor de las acciones aumentó notablemente.

En mayo de 2007, el Directorio publicó la convocatoria a asamblea extraordinaria de accionistas para “consideración de aumento de capital social e integrado”.

En la asamblea extraordinaria, que tuvo lugar el 7 de junio de 2007 y a la cual no asistió la accionista minoritaria, se consideró el aumento de capital integrado, resultando del acta respectiva que uno de los accionistas mayoritarios “explica que en la actualidad la sociedad tiene un pasivo de U\$S 13:071.058 cuyo acreedor ha ofrecido capitalizar la deuda existente...” y propone aceptar el aporte del crédito, previa capitalización de todos los rubros patrimoniales capitalizables, lo que fue aprobado por unanimidad de presentes.

A continuación se dejó constancia de que los accionistas presentes renunciaban a su derecho de preferencia y a la eventual acción judicial fundada en ese derecho.

El 29 de junio de 2007 los accionistas J. C. y E. M. obtuvieron la cesión del crédito de U\$S 13:071.058 que tenía el Banco de la República Oriental del Uruguay contra la sociedad y el 30 de junio cedieron ese crédito a la sociedad DIS SL –integrada por ellos dos- que resultó ser, en definitiva, la acreedora dispuesta a capitalizar su crédito, deviniendo así accionista de F.M.C S.A..

En dicha oportunidad también le cedieron a DIS SL todas sus acciones y las de F S.A.

El 10 de junio de 2007 se publicó un extracto de la resolución de capitalización de rubros patrimoniales e integración de capital por \$ 312:659.707, a efectos de cumplir con lo dispuesto por el art. 362 de la Ley N° 16.060.

En el mes de diciembre de 2007, se emitieron y entregaron las nuevas acciones a la accionista DIS SL.

En el año 2008 se inician tratativas con P.S.A. para adquirir las acciones en su poder y el 28 de agosto de 2008, ésta reclama la indemnización prevista en el artículo 329 de la LSC, sosteniendo la violación de sus derechos de preferencia y acrecimiento, a pesar de haber rechazado en más de una oportunidad la entrega de acciones por parte de DIS SL, a los efectos de que integrara y mantuviera así su porcentaje.

El 21 de noviembre de 2008 P.S.A. promueve demanda contra F.M.C.S.A., y sus directores J. C. y E. M., por haberle privado el ejercicio del derecho de preferencia y acrecimiento en la integración de capital realizada, pretendiendo se les condene solidariamente al pago de la indemnización legalmente prevista que ascendería a \$937:979.121 con reajustes, intereses, costas y costos.

Subsidiariamente, demanda a dicha sociedad y a la accionista DIS SL, para que sea anulada la suscripción de acciones efectuada por la última, estableciendo el derecho de la actora de suscribir la totalidad del aumento de capital integrado por \$ 312:659.707.

En primera instancia se amparó la demanda y se condenó solidariamente a F.M.C.S.A. y, a sus directores, J. C. y E. M., a pagar a la actora la suma de \$ 937:979.121, con reajuste desde la entrega efectiva de las acciones y hasta su pago, sin imponer condena en las costas y costos del proceso.

II. SEGUNDA INSTANCIA

Tribunal: Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primer turno de Montevideo.

Número de sentencia: 51/2012, 16 de mayo de 2012

Magistrados: Castro Rivera, Alicia (Firmante) - Salvo López De Alda, Nilza (Firmante) - Sosa Aguirre, Tabaré Gregorio (Firmante) - Vázquez Cruz, Eduardo José (Discorde)

Suscitada discordia total entre los miembros de la Sala, se procedió a la integración por sorteo, que recayó en el Ministro Dr. Tabaré Sosa Aguirre, con quien se obtuvo la mayoría necesaria para dictar decisión en la causa.

Contra la sentencia de primera instancia los litigantes condenados y la sociedad DIS SL interpusieron recurso de apelación.

A. APELANTES:

F.M.C.S.A., J. C., E. M. y DIS SL, solicitan la revocación de la condena y la desestimación de la demanda entendiendo que no procede indemnización monetaria dado que las acciones “estuvieron y están a disposición de P.S.A.- si desea mantener su 5% de participación accionaria en la sociedad” o que, en subsidio, se revoque el monto de la condena, fijándolo en el “triple de la diferencia del valor de las acciones que P.S.A. podría haber suscrito” por su derecho de preferencia pero sin incluir el derecho a acrecer.

Explicitando su crítica al fallo, señalan que la actora “no probó que hubiera ejercido su derecho de preferencia y menos aún el acrecimiento, que suponían un aporte económico importante- siendo que hay sobrada prueba de su desinterés por la sociedad: nunca ejercieron sus derechos de accionistas ni los comunicaron a los demandados, con quienes tenían trato, por lo que no puede sostenerse que la integración de capital por una sociedad formada por los accionistas mayoritarios le haya causado daño. Pero además, no corresponde ir a la indemnización ya que aún es posible entregar a la actora las acciones que necesita para mantener su porcentaje del 5%, lo que con consentimiento de la sociedad adquirente, le han ofrecido reiteradamente contra el aporte respectivo, y siempre ha rehusado. Lo cual pone de manifiesto que estamos frente a un abuso de derecho por parte de una accionista minoritaria, que pretende un beneficio desmedido a costa de la sociedad –mayor que el patrimonio social- poniendo en grave riesgo su subsistencia.

Por último, la condena nunca pudo tener en cuenta el valor de las acciones que representarían el total integrado, sino que, en último caso, debió limitarse al valor de las necesarias para mantener el 5% del paquete

accionario, porque la actora nunca hubiera podido acrecer, ya que lo hicieron los accionistas mayoritarios, y porque la ley no las toma como base de cálculo.”¹

B. TRIBUNAL (Castro Rivera, Alicia - Salvo López De Alda, Nilza - Sosa Aguirre, Tabaré Gregorio):

El tribunal, si bien admite la nota de esencialidad de los derechos de preferencia y acrecimiento, sostiene a su vez que los mismos pueden ser limitados bajo ciertas condiciones previstas legalmente (Ley N° 16.060 arts. 319 núm. 4, 326, 343 núm. 8 y 330).

En este sentido establece lo siguiente: “como viene de decirse, ley y doctrina admiten que el derecho de preferencia no es absoluto sino que puede limitarse o suspenderse cuando así lo exija el interés social, y uno de los casos en que eso es posible es cuando se trate de capitalizar obligaciones preexistentes y eso sea de interés para la sociedad.²(...) Tampoco quiere la ley que el accionista que se ha visto indebidamente privado del derecho de suscripción preferente pueda hacer caer el aumento de capital, sino que le concede acción en la medida de su interés, para que se le adjudiquen las acciones que pudieran corresponderle. Más aún, si esto no fuera posible ya, para no perjudicar a terceros, se establece una indemnización a todas luces “extraordinaria” porque no podrá ser inferior a tres veces el precio por el cual se hayan emitido las acciones de que se vio privado.”³

Al analizar la cuestión planteada, la Sala entiende que no se está “ante un supuesto en que se emiten acciones para integrar capital y se adjudican a un tercero sin respetar la preferencia de los accionistas, sino ante un caso de emisión de acciones para capitalizar pasivo, para pagar con ellas una deuda que interesa cancelar. En este último caso, el derecho de preferencia de los accionistas puede ceder ante el interés prioritario de la sociedad de desembarazarse de ese pasivo. Para hacerlo era necesario convocar una asamblea extraordinaria de accionistas poniendo expresamente en el orden del día que se consideraría esa posibilidad y luego incluir en el acta la decisión de suspender el derecho de preferencia.

En el caso, se convocó dicha asamblea pero no se consignó en el orden del día ese punto específico ni tampoco surge tal decisión expresa del acta respectiva.”⁴

A juicio del Tribunal, lo que ocurrió fue la suspensión del derecho de preferencia para un propósito particular, previsto expresamente por la ley.

Y el mismo entiende que tal decisión pudo haber sido impugnada mediante la acción de impugnación de asambleas, entendiendo que la impugnación es la vía para la defensa de los derechos del accionista que se siente perjudicado por una integración de capital.

“Cabe destacar que tal decisión no fue impugnada ni se sostuvo en la demanda que tuviera el propósito de perjudicar a la actora o algún otro propósito fraudulento.”⁵ El párrafo que acaba de transcribirse resulta de importancia en la medida en que, si bien el Tribunal en la sentencia que se analiza no lo considera, el mismo resulta ser el fundamento que maneja la Corte en la instancia de Casación -siendo que desestima el recurso por entender que la actora no prueba el daño que tal decisión le ocasionó-, justamente no demuestra el perjuicio sufrido motivado en la decisión asamblearia.

En la presente sentencia el Tribunal da un enfoque a los hechos que difiere del planteado tanto por la accionante como por la defensa, que en ningún momento establecen la discusión acerca de si era o no legítimo postergar el derecho de preferencia para posibilitar la capitalización de una deuda de la que era acreedor un tercero, siendo de interés para la sociedad, como forma de liberarse de pasivo.

1 Sentencia número 51 del 16 de mayo de 2012. TAC 1° Turno. Considerando Primero.

2 *Ibidem*, numeral Quinto.

3 *Ibidem*, numeral Quinto, párrafo segundo.

4 *Ibidem*, numeral Séptimo, párrafo segundo y tercero.

5 *Ibidem*, numeral Séptimo, párrafo noveno.

“No obstante, la Sala en mayoría entiende que está dentro de sus facultades reinterpretar la base fáctica –sin modificarla– desde una perspectiva normativa diferente (iura novit curia). Al respecto importa consignar que no está permitido al juez invocar hechos no alegados por las partes, ni alterar el contenido objetivo de la pretensión, pero sí puede aplicar a la situación fáctica planteada la norma jurídica que considere adecuada al caso.”⁶

P.S.A. sostuvo que FMC S.A. incurrió en dos omisiones de carácter formal, en primer lugar porque omitió consignar, en la convocatoria de la asamblea extraordinaria para tratar el aumento de capital integrado, que se consideraría la suspensión del derecho de preferencia y luego, porque omitió consignar en el acta de la asamblea la decisión expresa de suspender ese derecho por esta vez para todos los accionistas.

A ese respecto el Tribunal entendió que “el único sentido de toda formalidad es la tutela de algún derecho sustancial, que –en el caso– es notoriamente el derecho de preferencia del accionista que, a su vez, tiene como finalidad la defensa de su porcentaje de capital accionario, para impedir que resulte abatido por un aumento de capital integrado sin darle oportunidad de integrar.”⁷

Y como consecuencia señala que la actora pudo haber impugnado la decisión adoptada en la asamblea extraordinaria de accionistas que atacó su derecho de preferencia, siendo que además la misma fue debidamente convocada, por lo que descartó la posibilidad de alegar la ignorancia respecto de la decisión adoptada, “y no pudo caberle duda alguna de que la decisión de capitalizar una obligación por U\$S 13:071.058 implicaba que, en esa oportunidad, ningún accionista podría ejercer su derecho de preferencia y que únicamente podría receder. Por tanto, debía haber impugnado la decisión ejercitando la acción correspondiente, para lo cual tenía un plazo de noventa días a contar desde la realización de la asamblea o, a más tardar, a contar desde la publicación efectuada el 10/7/07 que le ofrecía ejercitar su derecho de receder.”⁸

La mayoría de la Sala entiende que la pasividad de la actora ante la decisión adoptada –dejando transcurrir cualquier plazo para impugnarla– opera la convalidación de los defectos formales que pudieron haber dado causa a su anulación y deja firme la decisión de la asamblea de accionistas adoptada por unanimidad, por accionistas que representaban el 95% de las acciones integradas.

“Toda la doctrina coincide en que, aunque una resolución adoptada en asamblea pueda ser susceptible de anulación a instancias de cualquier accionista perjudicado en sus derechos, incluyendo los de preferencia y acrecimiento (art. 330 y 365), la nulidad es relativa y se convalida si el perjudicado no acciona en plazo (art. 366). Se trata de un plazo de caducidad, cuyo transcurso extingue el derecho del accionista, no siendo un plazo procesal sino civil.”⁹

El Tribunal deja en claro que la falta de impugnación de la asamblea por parte de la accionante, sumada al hecho de que tampoco compareciera a tiempo de evitar la adjudicación de las acciones a la acreedora, responde a que la misma optó “claramente por esperar para pedir la indemnización legal.”¹⁰

Actuación esta que resulta, a criterio de la sala, corroborada por el reiterado rechazo por parte de P.S.A. de aceptar el ofrecimiento de los co-demandados y de la tercera en cuanto a acceder a integrar las acciones necesarias para recuperar su porcentaje del 5% en la sociedad. El Tribunal entiende por lo tanto aplicable la teoría de los actos propios, en la medida de que la actora nada hizo para evitar su perjuicio o mejorar su posición más allá del reclamo de la indemnización, que como viene de verse a los ojos del Tribunal, sería una instancia última, previa impugnación de asamblea y presentación ante la sociedad con el fin de evitar la entrega de las acciones a la nueva accionista.

En conclusión, los Ministros antes referidos, en mayoría entienden que “*contrariamente a lo que plantea la actora, la situación no encuadra en el supuesto del art. 328 de la Ley N° 16.060, que prevé el ofrecimiento de acciones a los accionistas antes de ofrecerlas a terceros, ni en el art. 329, que presupone que opera el derecho de preferencia y acrecimiento.*”

6 Ibidem, numeral Octavo, párrafo primero.

7 Ibidem, numeral Noveno, párrafo tercero.

8 Ibidem, numeral Noveno, párrafo cuarto.

9 Ibidem, numeral Noveno, párrafo séptimo.

10 Ibidem, numeral Noveno, párrafo décimo.

Ambas disposiciones devienen inaplicables en tanto la asamblea extraordinaria de accionistas del 7/6/07 decidió capitalizar una obligación preexistente (art. 330) y con ello, vino a suspender el ejercicio del derecho de preferencia y acrecimiento, mediante una decisión que inicialmente fue irregular –por motivos formales– pero luego quedó convalidada por la falta de tempestiva impugnación. La ley dispone la publicación del art. 328 “en los casos en que proceda el ejercicio” de los derechos de preferencia o acrecimiento y entiende la Sala que no corresponde tal publicación en este caso.

En suma, el Tribunal estima que la resolución que tácitamente privó a la actora de ejercer derechos en esta integración de capital, quedó consentida y saneado el vicio formal relevado, de modo que la única opción para la actora era ejercitar el derecho de receder (art. 330) a cuyo efecto se hizo la publicación respectiva.

Todo lo cual, conlleva a la revocatoria y al rechazo de la pretensión de cobro de una indemnización, lo que hace innecesario a la Sala abocarse a considerar si, como sostiene la apelante, hubo o no daño y cuál sería la cuantía reparatoria que correspondería.”¹¹

C. DISCORDIA

El DR. EDUARDO VÁZQUEZ, MINISTRO DISCORDE, expresó que los accionistas mayoritarios J. C., E. M. y F.S.A. resolvieron aumentar el capital integrado mediante la capitalización de un pasivo de \$ 312:659.707 que se mantenía con un acreedor no accionista, sin darle a P.S.A. la posibilidad de ejercer su derecho de suscripción preferente. Sostiene también que se le negó a la actora la posibilidad de acrecer su suscripción en la parte que le correspondía a los otros accionistas, ya que éstos renunciaron a su derecho de suscripción preferente.

En la misma línea, destaca que en la sesión del Directorio del 30 de junio de 2007, J. C. y E. M., únicos directores, resolvieron aceptar la integración de capital del acreedor sin haber realizado la publicación prevista por el artículo 328 de la Ley N° 16.060 y sin haber dado noticia a P.S.A.

Manifiesta a su vez que existe una clara violación al derecho de suscripción preferente en la medida de que los propios demandados reconocen que no realizaron la tercera publicación que la ley establece, llamando a la suscripción de acciones, por tanto, el minoritario no tuvo la posibilidad de ejercer tal derecho y así mantener su participación porcentual en la sociedad (artículos 326 a 330 de la Ley 16.060).

“En consecuencia, ante la violación del derecho de preferencia, el artículo 329 de la Ley 16.060 establece en caso de que las acciones ya se entregaron –que es lo que ocurre en autos– y no se puede proceder a la cancelación a efectos de remediar dicha situación, se consagra la responsabilidad de la sociedad, el administrador o los directores culpables para el caso de violación del derecho de preferencia. Se establece una indemnización solidaria de los daños causados al perjudicado que en ningún caso será inferior al triple del precio por el cual se emitan las acciones. En la medida en que se vulneró el derecho de preferencia y en consecuencia el de acrecer, no resultan de recibo los agravios de la apelante correspondiendo confirmar la recurrida.”¹²

III. CASACIÓN

Tribunal: Suprema Corte de Justicia del Uruguay

Número de sentencia: 215/2013

Fecha: 08/04/2013

Magistrados: Chediak González, Jorge Omar (Redactor) - Chalar Vecchio, Julio César (Firmante) - Larrieux Rodríguez, Jorge Tomás (Firmante) - Pérez Manrique, Ricardo Cesar (Firmante)

La sociedad anónima accionante interpone recurso de casación contra la sentencia revocatoria del fallo de primera instancia que hizo lugar a la demanda sobre cobro por daños derivados de la suspensión de su derecho de preferencia a la suscripción o adquisición de nuevas acciones de la misma clase. La Suprema Corte de Justicia del Uruguay rechaza el recurso impetrado.

¹¹ *Ibídem*, numeral Décimo y Undécimo.

¹² Sentencia número 51 del 16 de mayo de 2012. TAC 1° Turno. Discordia del Dr. Eduardo Vázquez. Numeral tercero último párrafo, numeral cuarto y quinto.

La Corte, por unanimidad, aunque por diferentes fundamentos, desestima el recurso de casación interpuesto.

En primer término, la recurrente sostiene que la sentencia de segunda instancia viola el principio de congruencia y el artículo 198 del C.G.P. al sentenciar basada en hechos distintos a los propuestos por las partes, invocando a su entender erróneamente el principio de 'iura novit curiae'.

La Corte a este respecto señaló que "en autos surge alegado y debatido el tema del derecho de preferencia de la parte actora, siendo uno de los hechos alegados la imposibilidad del ejercicio del referido derecho, por lo que la interpretación desde la perspectiva de una normativa diferente (iura novit curia) efectuada por la Sala, no implica incongruencia del fallo, ya que no se advierte la alegada reforma de la plataforma fáctica."¹³

El Ministro Dr. Chalar, por su parte, comparte lo expresado por la recurrente en lo que a este agravio se refiere.

La Corte, siguiendo la misma línea argumentativa del Tribunal de Apelaciones, entiende que toda la problemática ventilada en autos tiene su origen en la decisión de Asamblea de capitalizar pasivo y que dicha resolución pudo haber sido impugnada mediante la acción de impugnación de asambleas.

También, sostienen que el artículo 329 de la Ley de Sociedades Comerciales, establece la acción judicial de quien tenga derecho de preferencia, disponiendo: "...Las acciones del inciso anterior deberán ser promovidas en el término de seis meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción o del momento en que puedan adquirirse las acciones...".

Por tanto, respecto a este punto comparten lo señalado por el Tribunal en cuanto a que "la actora tuvo reiteradas oportunidades de ejercitar, a posteriori de la multicitada -Asamblea, el derecho de preferencia lo que rechazó sistemáticamente optando, ahora en juicio, por solicitar la indemnización prevista en el artículo 329 de la Ley No. 16.060.

Además, el tenor de la norma que viene de referirse es claro: lo que primero procede es la solicitud de cancelación de las suscripciones, correspondiendo la indemnización tasada cuando sea imposible la cancelación de las mismas, por haber operado entrega de las acciones. En el caso, la suscripción de las acciones puede cancelarse, ya que no la efectuaron terceros, sino los socios mayoritarios, lo que, como se dijo, se le ofreció al actor, quien debía integrar el capital de las acciones en más que quisiera suscribir o -si no lo deseaba hacer -mantenerse con un porcentaje menor de participación, o bien receder (inc. 2 del artículo 330 de la Ley No. 16.060).

Por lo tanto, y como sostiene la Sala en el Considerando X, a fs. 634: "... la resolución que tácitamente privó a la actora de ejercer derechos en esta integración de capital, quedó consentida y saneado el vicio formal relevado, de modo que la única opción para la actora era ejercitar el derecho de receder (art. 330) a cuyo efecto se hizo la publicación respectiva".¹⁴

En segundo término la recurrente se agravia en la errónea aplicación de los artículos 326, 328, 329 y 330 de la Ley No. 16.060, agravio que el Ministro Dr. Chalar entiende corresponde desestimar por los fundamentos que se expresan a continuación: a su juicio, debe tenerse presente que en autos lo que se discute concretamente es lo siguiente: si el aumento del capital integrado de FMC S.A., aprobado por la sociedad en la asamblea extraordinaria del 7 de junio de 2007, que llevó a que la participación de P.S.A. en FMC S.A. pasase del 5% al 1,852%, implicó la violación del derecho de preferencia de P.S.A., de modo tal que generara un daño resarcible.

"Esa disminución de la participación de P.S.A. violó su derecho esencial como accionista a tener la opción preferente de mantener su grado de participación en el capital de la sociedad. En efecto, FMC S.A. omitió cumplir con el ofrecimiento de acciones que manda hacer la Ley de Sociedades Comerciales en forma expresa y tuitiva del accionista en su artículo 328 mediante publicaciones por tres días. Y de esa forma P.S.A. se

13 Sentencia número 215 del 8 de abril de 2013. Suprema Corte de Justicia. Considerando Segundo, párrafo tres.

14 Ibídem, numeral Cuarto, párrafos veintiuno a veintitrés.

enfrentó al hecho consumado de haber pasado de ser titular de acciones por un valor nominal de \$U6.000 (el 5% de un capital integrado que ascendía a \$U120.000), a ser titular de acciones por un valor nominal de \$U9.197.745,74, equivalente al 1,852% del capital integrado (que asciende a \$U496.638.539).¹⁵

El referido Ministro continúa determinando el carácter indemnizatorio de la eventual condena por violación del derecho de preferencia del accionista, señalando además que dicho carácter surge de los propios términos de la norma, que además de referir a los “daños causados”, refiere expresamente al monto de una “indemnización”.

Y resulta en este punto que la Corte falla desestimando la casación, fundamentando la misma en la falta de acreditación del daño sufrido por parte de P.S.A.

Al respecto puntualizó: “el accionista que pretenda ser resarcido por haberse violado su derecho de preferencia, deberá acreditar entre otros elementos configurativos de la responsabilidad civil, la verificación de un daño resarcible”.

P.S.A. no presentó pruebas respecto del daño resarcible. Es más, en su demanda manifestó expresamente que “para el cobro de tal sanción no es necesaria la prueba de los perjuicios sufridos, ya que la Ley, al establecer un mínimo, está tasando los mismos, los cuales presume se generan siempre que se le priva al accionista el ejercicio de su derecho de preferencia, y por el solo hecho de habersele impedido ejercer el mismo” (fs. 57 vto.). Y seguidamente, en forma coherente con la falta de acreditación del daño resarcible que alega, deja en claro que pretende el cobro de una multa: así a fojas 57 in fine se expresa “corresponde la aplicación ipso jure de la sanción pecuniaria que la norma impone”.¹⁶

El Ministro Dr. Chalar no comparte dicha interpretación, siendo que entiende que dicha norma ni establece una multa, ni deroga el régimen general de responsabilidad civil. El mismo considera que “la ilicitud de la conducta de FMC S.A. es flagrante. Sin embargo, ello no basta para su condena.”¹⁷

Es por ello que concluye, entonces, en la improcedencia de la condena resuelta en primera instancia, y en la necesidad de confirmar lo resuelto por la sentencia cuya casación se pretende, aunque por fundamentos diversos.

Por otra parte, y siguiendo con el criterio del referido Ministro, no se comparte la fundamentación de lo resuelto en la sentencia de la Sala civil, que funda la revocación de la condena de primera instancia, en el hecho de que FMC S.A. resolvió suspender el derecho de preferencia en la asamblea del día 7 de junio de 2007.

La Corte en este sentido destaca que, en primer lugar “no se cumplieron los requisitos de forma –garantías– que establece expresamente la Ley de Sociedades Comerciales a tal efecto (inclusión en el orden del día, convocatoria a tal efecto), tal como surge a fojas 148. Segundo, porque aun si da por bueno que el incumplimiento de los requisitos legales para la suspensión no tuviera efecto alguno –como hace la Sala civil de primer Turno–, del análisis del contenido de la asamblea surge inequívocamente que no hubo resolución alguna de suspender el derecho de preferencia. En efecto, ni siquiera se propuso suspender el derecho de preferencia. Por el contrario, se verificó un hecho que prueba claramente que no se decidió suspensión alguna, y es la expresa declaración de los accionistas mayoritarios acerca del no ejercicio de su derecho de preferencia. Los accionistas mayoritarios presentes, Sres. E. M. y J. C., expresan en la asamblea que “dejan constancia y comunican que no ejercerán su derecho de preferencia del Art. 326 de la Ley de Sociedades Comerciales, por lo que no participará[n] del aumento de capital y renuncia[n] en este acto a la acción prevista en el Art. 329 de la Ley de Sociedades Comerciales”. Esto es prueba inequívoca e incontrovertible de que no se suspendió el manido derecho de preferencia: o se lo había suspendido –en cuyo caso no se explica su renuncia–, o estaba vigente y se renunció a su ejercicio, como surge del acta.

15 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Primero, párrafo cuarto.

16 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Séptimo, párrafo tres a cuatro.

17 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Séptimo, párrafo ocho.

Entonces claro, que no se decidió suspensión alguna. La afirmación del Tribunal de que se asiste a un supuesto de suspensión del derecho de preferencia supone una calificación de los hechos del caso incompatible con las actuaciones, tal como surge del texto del acta de la asamblea citado”.¹⁸

IV. CONCLUSIONES

Antes de pasar a analizar en concreto el caso planteado, entiendo necesario hacer una breve delimitación de algunos de los conceptos mencionados e institutos involucrados en los presentes fallos jurisprudenciales.

En este sentido, cabe analizar la capitalización de pasivos y sus consecuencias como punto de partida del presente conflicto, y el derecho de suscripción preferente y de acrecer que constituyen el punto medular de la presente cuestión.

a. Capitalización de pasivos.

Al decir de Carlos López Rodríguez, “se denomina ‘capitalización de pasivos’ a la operación a través de la cual créditos contra la sociedad son aportados por sus acreedores, a cambio de una participación en el capital integrado de la sociedad. Para ello, debe aumentar el capital integrado. La capitalización de pasivos produce un aumento patrimonial real, pues desaparece un pasivo. La deuda desaparecerá del pasivo y, como contrapartida, se aumenta el rubro capital integrado. El acreedor renuncia a cobrar su crédito y la sociedad se ve liberada de pagarlo. Al acreedor se le entregan acciones. La sociedad, en lugar de un acreedor, ha de tener un nuevo accionista que correrá el riesgo de la actividad empresarial.”¹⁹

La posibilidad de capitalizar pasivos no se encuentra prevista en forma expresa en la LSC, sino que su mención surge en forma indirecta en el art. 330, al referirse a la posibilidad de que por asamblea extraordinaria se limite o suspenda el derecho de preferencia en la suscripción o adquisición de nuevas acciones y se trate de acciones “que se den en pago de obligaciones preexistentes”.

En cuanto a la terminología empleada por la ley de sociedades, el citado autor entiende que “el art. 330 incluye un giro técnicamente inadecuado: se refiere a acciones que se den en pago de obligaciones preexistentes. Es inadecuado porque las acciones no se dan en pago por la sociedad emisora. La sociedad emisora crea y emite acciones contra los aportes y estos suponen la renuncia al cobro de un crédito, determinando el aumento del patrimonio neto de la sociedad (Rodríguez Olivera y López Rodríguez, Manual de Derecho Comercial Uruguayo, v. 3, Derecho societario uruguayo, t. 3, Capital, participaciones sociales, socios [2007]).”²⁰

La decisión de capitalizar pasivos debe ser resuelta por Asamblea extraordinaria de accionistas, siendo que, si bien la Ley no lo regula expresamente, éste es el órgano competente para resolver los aumentos en el capital integrado.

Lo importante en este caso, y concierne especialmente al tema que me ocupa, es que necesariamente, cada vez que se resuelva un aumento real de capital integrado a través de la recepción de nuevos aportes y contra los cuales se emitan nuevas acciones, se debe posibilitar a los accionistas el ejercicio del derecho de preferencia.

b. Derecho de preferencia

El derecho de preferencia se encuentra expresamente consagrado en el artículo 326 de la LSC, y constituye uno de los derechos fundamentales del accionista (numeral 4 artículo 319), otorgando al mismo preferencia ante la suscripción o adquisición de nuevas acciones de su misma clase y el consecuente derecho de acrecer en proporción a las que ya posea, en todos los casos de emisión de nuevas acciones.

18 *Ibidem*, numeral Quinto apartado Octavo, párrafos ocho a once.

19 López Rodríguez, Carlos. “Capitalización de pasivos”. Publicado en “La Ley On line”; Cita: UY/DOC/85/2011.

20 *Ibidem*.

Se exceptúan los casos de emisión de acciones por aumento nominal de capital, ya sea por capitalización de reservas, pago de dividendos o reajustes de valores de activo u otros fondos especiales, situaciones en las cuales la sociedad emite acciones liberadas que entrega a los accionistas en proporción a su participación social.

El modelo de nuestra Ley de Sociedades Comerciales es la ley argentina número 19.550, la cual en sus artículos 194²¹ y siguientes consagra una solución similar a la nuestra, con la salvedad de que otorga derecho de preferencia únicamente a los titulares de acciones ordinarias, siempre que el estatuto no contenga otra solución.

A nivel doctrinario, el derecho de preferencia se ha señalado como una “herramienta para el mantenimiento de la proporción que sus acciones representen en el capital integrado”²²; a la vez que “tiende a evitar que por efecto de un aumento de capital se vea afectada la proporción en que cada socio participa en el patrimonio de la sociedad y, consecuentemente, la medida de sus derechos económicos y políticos en la misma.”²³

Según afirma Jenifer Alfaro, “la disminución del porcentaje de participación puede implicar una pérdida de poder político y/o, en su caso, quedar inhabilitado para acceder a determinados mecanismos legales íntimamente asociados a derechos fundamentales del socio. En cuanto a lo primero, debemos considerar las mayorías requeridas por la LSC para la adopción de resoluciones asamblearias (desde la mayoría simple de presentes hasta mayorías especiales de capital). En cuanto a lo segundo y para citar algunos ejemplos, cabe recordar el mínimo del 20% de capital integrado para requerir al Órgano de Administración que convoque Asamblea a celebrarse en un plazo fijado por Ley (y en su defecto, incluso promover convocatoria judicial) o el mínimo del 10% de capital integrado para reclamar judicialmente la exhibición de libros (art. 339). Es de destacar que el primero de los mencionados constituye un instrumento clave para el derecho de voto, que se ejerce justamente en la Asamblea; en igual sentido, la exhibición de libros es un medio para el ejercicio de los derechos a la información y/o de fiscalización.”²⁴

Considerado dicho derecho como uno de los fundamentales dentro del elenco de los derechos del accionista, la propia LSC establece mecanismos de protección a su vulneración, como el inciso final del artículo 326, el cual determina que los derechos allí reconocidos “no podrán ser suprimidos o condicionados, salvo lo dispuesto en el artículo 330”, a la vez que el artículo 328 regula el ejercicio del referido derecho y el artículo 329 contiene la acción judicial a incoarse en casos de privación del ejercicio del mismo.

El procedimiento para otorgar dicho derecho está previsto en el artículo 328 LSC.

Pasaré a analizar el procedimiento en casos de aumento de capital, por ser la hipótesis planteada en el caso que me ocupa, que si bien no modifica el procedimiento en cuanto al ofrecimiento de las acciones, requiere de una etapa previa a la decisión de la asamblea.

La LCS en su artículo 287 prevé un mecanismo tendiente a proteger el valor de la participación del accionista que no desea o no puede acompañar el aumento de capital que se pretende, estableciendo que “no se podrá resolver el aumento de capital social (refiere a capital integrado) por nuevos aportes sin haber actualizado previamente los valores del activo y del pasivo según balance especial que se formulará al efecto, capitalizando el aumento patrimonial así como las reservas existentes, siempre que no tengan afectación especial” (cita). Por lo tanto, necesariamente previo a un aumento de capital integrado es necesario capitalizar todos los rubros patrimoniales.

21 Ley número 19.550 (Ley de Sociedades Argentina) Art. 194: Las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, otorgan a su titular el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que posea, excepto en el caso del artículo 216, último párrafo; también otorgan derecho a acrecer en proporción a las acciones que haya suscripto en cada oportunidad. Cuando con la conformidad de las distintas clases de acciones expresadas en la forma establecida en el artículo 250, no se mantenga la proporcionalidad entre ellas, sus titulares se considerarán integrantes de una sola clase para el ejercicio del derecho de preferencia.

22 Alfaro Borges, Jenifer Valeria. “Suspensión o limitación del derecho de preferencia del accionista. Comentario de la Sentencia N° 51 del 16/5/2012 de segunda instancia, caso Paycueros c/ Frigorífico Carrasco y otros”. Publicado en: LJUTomo 147. Cita Online: UY/DOC/137/2013.

23 Algorta Morales, Paula. “Derecho de preferencia. Planteo de algunas incertidumbres en su aplicación práctica”. Publicado en: LJUTomo 139. Cita Online: UY/DOC/1038/2009.

24 Alfaro Borges, Jenifer Valeria. Op. Cit. Pág. 4.

Una vez resuelto por asamblea el aumento de capital, el artículo 328 de la LSC dispone que la sociedad debe realizar el ofrecimiento de las acciones mediante aviso durante tres días en el Diario Oficial y en otro diario.

“El procedimiento es el siguiente. Se hace un primer llamado a todos los accionistas. Si en un primer plazo, que la LSC fija y que es de 30 días siguientes al de la última publicación —plazo que el estatuto puede ampliar— no se han presentado todos los accionistas a suscribir acciones, el capital no integrado puede serlo por los accionistas interesados en acrecer. El derecho de acrecer se debe ejercer en los 30 días subsiguientes”²⁵.

Vencidos ambos plazos, las acciones no suscriptas podrán ofrecerse a terceros o al público.

La norma que establece el procedimiento descrito no resulta clara en relación a si el plazo que se otorga al accionista para ejercer el derecho que se le acuerda es para que comunique su voluntad de ejercicio del derecho, o si en el referido plazo es que debe realizar efectivamente la suscripción.

A este respecto Benítez Preve señala que vencido el plazo de suscripción, aunque la ley no lo consigna, parecería lógico que la sociedad deba informar a los accionistas que ejercieron el derecho de preferencia de que han quedado acciones sin suscribir, para que así éstos puedan ejercer el derecho de acrecer.²⁶ Señala que “el mecanismo legal parece de difícil aplicación sin el correctivo señalado, pues comenzaría a correr un nuevo plazo de treinta días cuando venció el primero, pero nada dice acerca de cómo se enterarán los suscriptores si pueden o no acrecer, por lo que la solución que propongo es más diáfana y no contraría el texto legal”.²⁷

En cuanto a las acciones judiciales previstas expresamente para el caso de violación del derecho de preferencia, “violación que puede producirse ya sea por una resolución asamblearia que no lo haya respetado, o porque los administradores hayan frustrado su ejercicio (no respetando la proporción del accionista para suscribir o acrecer, no manteniendo la proporcionalidad en la emisión de las diferentes clases de acciones, no considerando a todos los accionistas integrantes de una sola clase a efectos del ejercicio del derecho de preferencia, realizando la adjudicación de acciones a un tercero con prescindencia de los socios, no cumpliendo el requisito de publicidad en el Diario Oficial, etc.)”²⁸; la ley prevé en primer término la posibilidad de exigir la cancelación de las suscripciones realizadas, para el caso de que se emitan acciones y que algún accionista se vea privado de adquirir las acciones que le hubieran correspondido, y de acrecer en su caso.

“En la hipótesis de que la entrega de las acciones ya se hubiera realizado no procede la cancelación prevista, pero los perjudicados tendrán derecho a que la sociedad y el administrador o los directores culpables, solidariamente, les indemnicen los daños causados. En caso que exista comisión fiscal o síndicos, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 407 de la LSC, éstos también podrán ser responsabilizados si con sus hechos u omisiones causan el daño analizado.”²⁹

Delimitados en forma sucinta los conceptos a mi criterio más involucrados en el presente caso jurisprudencial, pasaré a comentar las sentencias antes señaladas.

Respecto a la SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA, entiendo que la Sala parte de una errónea interpretación fáctica, lo que conlleva, - a mi entender en forma equívoca- a la siguiente consideración: que “*devienen inaplicables* (refiere a los artículos 328 y 329 LSC) *en tanto la asamblea extraordinaria de accionistas del 7/6/07 decidió capitalizar una obligación preexistente (art. 330) y con ello, vino a suspender el ejercicio del derecho de preferencia y acrecimiento*”.

Si bien la LSC prevé que en casos particulares y cuando el interés de la sociedad lo exija —como puede ser la hipótesis de capitalización de pasivos— la asamblea pueda resolver limitar o suspender el derecho de preferencia (art. 330), quien formule la moción de limitarlo o suspenderlo, ha de justificar la absoluta necesidad de la capitalización para sanear a la sociedad y para el desarrollo de los negocios sociales.

25 López Rodríguez, Carlos. Op. Cit. Pág. 2.

26 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 9.

27 Benítez Preve, Carlos en Análisis Exegético de la Ley 16.060 - Sociedades Comerciales, Tomo II, 1º edición, junio 1993, FCU, p. 80.

28 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 9.

29 Ibídem. Pág. 10.

Nuestra ley establece expresamente en el artículo 330 que: "por asamblea extraordinaria se podrá resolver en casos particulares y cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción o adquisición de nuevas acciones, cuando sus consideraciones se incluya en el orden del día y se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes, así como de un aporte en dinero que por su importancia sea absolutamente necesario para el desarrollo de los negocios sociales o el saneamiento de la sociedad. Los accionistas disidente con derecho de preferencia, podrán receder".

"A estos efectos, la ley dispone que la resolución debe ser tomada en asamblea extraordinaria y su consideración deberá incluirse en el orden del día. Como sostiene Lapique es importante para el accionista conocer de antemano el tratamiento de este punto, a los efectos de prepararse adecuadamente. La inclusión de este punto debería ser expresa y específica en un punto determinado del temario para no dar lugar a dudas de su inclusión. En caso contrario se podría proceder a la impugnación de la asamblea que resuelve el punto por no cumplirse en forma adecuada el extremo previsto por la norma"³⁰.

En el caso concreto, no se configuró dicha hipótesis de suspensión, sino que por el contrario, los accionistas mayoritarios, presentes en la asamblea, procedieron a la RENUNCIA de su derecho de suscripción preferente, y en esos términos lo asentaron en el acta de asamblea. De la propia sentencia en análisis surge que **"a continuación se dejó constancia de que los accionistas presentes renunciaban a su derecho de preferencia y a la eventual acción judicial fundada en ese derecho"**³¹.

La renuncia por, parte del accionista, de su derecho, puede ser expresa o tácita.

"Es expresa cuando el accionista en la asamblea extraordinaria donde se decide el aumento de capital o la emisión de debentures convertibles en acciones o partes beneficiarias convertibles en acciones expresa que en relación a su participación no hará uso de su derecho de preferencia. Es tácita cuando el accionista deja vencer el plazo que otorga la ley para ejercer dicho derecho y no se presenta a suscribir la nueva emisión.

También puede existir una renuncia expresa de uno, algunos o todos los accionistas, cuando reunidos en asamblea manifiesten su voluntad de permitir que un tercero realice la integración, en proporción a la participación de el o los accionistas renunciantes. Esto es una situación frecuente en casos en que el tercero sea un acreedor de la sociedad por obligaciones preexistentes y acepta capitalizar su crédito en la sociedad cambiando su rol de acreedor por el de accionista."³²

En oportunidad de comentar la presente sentencia la Dra. Jenifer Alfaro, -opinión a la que adhiero- expresó lo siguiente: "En los hechos, la sociedad con el voto de sus accionistas mayoritarios no decidió suspender el derecho de preferencia, sino cancelar un pasivo con acciones, sumado a la renuncia de algunos de sus accionistas al referido derecho. Para esto último, que no tiene porque constar en actas, no se requiere justificación alguna. De acuerdo con la posición del Tribunal, la accionista minoritaria convalidó (al no impugnarla) una resolución asamblearia de suspensión del derecho de preferencia que no surge explicitada en ningún acta. Podemos por tanto cuestionarnos: ¿Debió el minoritario impugnar una resolución de capitalización por la eventualidad de que se interprete en el sentido de estar acompañada de la suspensión del derecho de preferencia?

No es posible desconocer que no solamente no existe una resolución expresa que suspende el derecho de preferencia, sino que además existe expresa mención a su renuncia, sin nada decir sobre la renuncia del minoritario. Entonces: ¿por qué renuncian los mayoritarios si su voluntad en realidad fue votar la suspensión de tal derecho para todos?"³³

Resulta claro, que lo que en la realidad ocurrió fue justamente la renuncia por parte de los mayoritarios de su derecho de preferencia, siendo que además no debe perderse de vista que la socia que se hace ingresar a la sociedad en virtud de ser acreedora de FMC S.A. está integrada por los señores J. C. y E. M, a su vez, accionistas y directores de FMC S.A..

30 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 19.

31 Sentencia número 51 del 16 de mayo de 2012. TAC 1º Turno. Considerando Sexto, párrafo cuarto.

32 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág. 6.

33 Alfaro Borges, Jenifer Valeria. Op. Cit. Pág. 1.

Y en este punto adhiero también a los que considera la Dra. Alfaro en cuanto a que “estamos ante una mayoría que votó en contra de su deber de abstención: tenía especial interés en la capitalización objeto de resolución”³⁴.

Entiendo que en este caso podríamos estar ante una hipótesis de conflicto de intereses tal como lo prevé el artículo 325 LSC.

Si bien el citado artículo refiere a “accionistas o sus representantes”, y en el presente caso, DIS SL, no es accionista al momento de la aprobación de la capitalización del pasivo en asamblea, la línea divisoria resulta ser extremadamente fina siendo que como ya he dicho los únicos accionistas de dicha sociedad, lo son de aquélla que hoy decide la capitalización.

Continuando con lo que respecta al fallo del Tribunal, siendo que a mi entender no operó la suspensión del derecho de preferencia sino que lo que se verificó fue la renuncia expresa de los accionistas presentes en la asamblea, va de suyo que debería haberse respetado el derecho de preferencia de la minoritaria, siguiendo el procedimiento de ofrecimiento previsto en el artículo 328 LSC antes explicitado.

No obstante, y a pesar de no ser esta la casuística del presente caso, reconozco que en casos de capitalización de pasivos y en relación a lo relacionado al tratar el tema aunque en forma breve, puede resultar muy conveniente y hasta facilitar la operación, que se resuelva por parte de los accionistas la suspensión o limitación del derecho de preferencia siempre que se den los supuestos previstos por la norma.

Por lo tanto, FMC S.A. omitió realizar las publicaciones conteniendo el ofrecimiento de las nuevas acciones emitidas, violando así la disposición legal.

“La omisión de las publicaciones constituye sin dudas una violación al derecho de preferencia. La ley es clara en este sentido, se exige una publicación especial por tres días en el Diario Oficial y en otro diario.”³⁵

La falta de publicación trae aparejado también el problema de determinar a partir de qué momento comenzamos a computar el plazo de 6 meses previsto en el artículo 330 LSC para promover la acción judicial, siendo que la misma establece que “deberán ser promovidas en el plazo de 6 meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción o del momento en que puedan adquirirse las acciones.”

“Es un principio general de derecho que aquellos plazos previstos en la ley que requieren de notificaciones o publicaciones no comienzan a correr para el interesado hasta tanto no se lo notifique o se cumplan los requisitos de publicidad exigidos por la norma correspondiente.

En relación al comienzo del cómputo de plazos donde se exige publicaciones, nuestra jurisprudencia ha señalado: “En resumen: si la ley exige la publicación en dos periódicos hasta que no se completaron ambas no se puede considerar que empezó a correr el plazo, siendo el principio general que el plazo debe computarse a partir del primer día hábil siguiente a la notificación. En consecuencia la tipología legal en el caso concreto exige que se efectúen dos publicaciones; una vez efectuada la segunda el emplazamiento se cuenta desde el día hábil siguiente a la última publicación cronológicamente considerada”(1).

Sin perjuicio de ello, y en aplicación de otro de los principios generales en tema de notificaciones, entendemos que si el accionista, aun cuando no se hayan realizado las publicaciones ordenadas por el artículo 328, tomó conocimiento por otros medios de la emisión y enajenación o entrega de nuevas acciones en violación de su derecho de preferencia, el plazo de seis meses se debería de computar desde que el accionista efectivamente conoció el mismo.

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha expresado con carácter general que: “Aun cuando el acto impugnado no se hubiere notificado personalmente o publicado en el Diario Oficial, si el mismo pudo ser fehacientemente conocido por el interesado, ello implica que el momento en que así se efectivizó, constituye el punto de partida para ejercer el derecho que le asiste de recurrir, en caso de lesión de sus derechos” (2).

34 *Ibidem*. Pág. 7.

35 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág.13.

En virtud de lo expuesto, a nuestro juicio, ante la falta de requisito de publicidad, podría sostenerse que el plazo de seis meses comienza a correr desde que el accionista perjudicado conoce efectivamente la emisión de las nuevas acciones. Será una cuestión de prueba para la sociedad y administradores y directores culpables demostrar, en caso de falta de publicidad, a partir de qué fecha el accionista conoció los hechos cuestionados.³⁶

De acuerdo a los que surge de la sentencia que se analiza, en el año 2008 FMC S.A. inicia tratativas con P S.A. para adquirir su participación y es con fecha 28/08/2008 que la última reclama la indemnización sosteniendo la violación de su derecho de preferencia. Tomando esa como fecha en la cual la actora toma conocimiento de la violación, siendo que promueve la demanda el 21 de noviembre del referido año, podemos decir que se encuentra dentro del plazo (todo lo cual relativizó en la medida de que consideró como fecha de toma de conocimiento la que surge de la sentencia pudiendo diferir de los hechos probados en el expediente). Lo que sí cabe destacar es que la actora no pudo de manera alguna tomar conocimiento de la suspensión del derecho de preferencia – en el entendido que plantea el Tribunal- siendo que el mismo no fue así considerado por la demandada al momento de considerar los ítem del orden del día de la asamblea y consecuentemente no resultó contenido en la convocatoria.

En cuanto a lo sostenido por la Sala en relación a que “la impugnación (refiere a la asamblea) es la vía para la defensa de los derechos del accionista que se sienta perjudicado por una integración de capital”, no la comparto, ya que considero se están excluyendo los mecanismos que la Ley expresamente prevé para el caso de violación del derecho de preferencia, como por ejemplo el reclamo indemnizatorio, o la cancelación de las suscripciones realizadas. Además, la asamblea en sí misma no presenta objeciones, en cuanto a que se realizó correctamente la convocatoria, se cumplió previamente con el artículo 287 LSC, se aprobó la capitalización por las mayorías requeridas y en la misma los accionistas mayoritarios renunciaron al ejercicio de su derecho de preferencia, circunstancias todas llevadas a cabo conforme a Derecho.

Debe tenerse en cuenta además, que la actora minoritaria, de haber asistido a la asamblea, no hubiera podido oponerse a la capitalización, siendo que cuenta con un 5% de participación social.

En cuanto a la SENTENCIA DE CASACIÓN, vale hacer los siguientes comentarios.

En primer lugar que, si bien desestima el recurso y confirma la sentencia de segunda instancia, los fundamentos a los que refiere son bien diferentes, centrándose el fallo de la Corte en la circunstancia de falta de acreditación del daño causado.

En doctrina varios autores han abogado por la naturaleza objetiva de la responsabilidad consagrada en el artículo 329 LSC. Así por ejemplo, Diego Velasco sostuvo que “la configuración del daño es objetiva, en la medida en que no es necesario probar más que el objetivo incumplimiento de las formalidades legales que garantizan el ejercicio del derecho, para poder afirmar que hubo lesión del derecho de preferencia (daño), y que nació consecuentemente la obligación de reparar (responsabilidad). Aunque ello será suficiente para responsabilizar a la sociedad, pero no a los directores (pues el art. 329 habla de “directores culpables”).

El fundamento de esta objetividad está en el ya señalado carácter contractual de esta responsabilidad: la especificidad de la obligación incumplida, mediante la cual se lesiona el correspondiente derecho, y la específica determinación de los sujetos obligados ante tal derecho.³⁷

En el mismo sentido agrega que “como se ha violado un deber específico, y no el genérico deber de no dañar, no es necesario probar un daño particular (en el que se concreta el incumplimiento de tal deber genérico) y su nexo causal con el actuar ilícito de quien, por haber obrado con dolo, culpa o negligencia, debe repararlo (responsabilidad extracontractual). La misma violación del deber específico genera la obligación de repararlo (responsabilidad contractual). El daño está constituido por la privación del derecho (injuria, daño,

36 *Ibidem*. Pág. 13. Citas jurisprudenciales: (1) Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, en sentencia 222/02 de fecha 11/09/02, en una hipótesis diferente a la analizada pero en donde la ley exige que se cumplan con publicaciones para el cómputo de plazos. (2) TCA sentencia No. 976 de fecha 18/11/91 en RUDP, Tomo 4/2000, c. 97, p. 584.

37 Velasco Suárez, Diego. “Naturaleza de la indemnización por privación del derecho de preferencia”. Publicado en “La ley On line”, Cita: UY/DOC/59/2009.

lesión) de preferencia; privación realizada mediante el incumplimiento de quien, frente a ese derecho, tenía el deber específico de asegurar su ejercicio cumpliendo con las formalidades previstas por el art. 328 de la Ley.

La carga de la prueba del damnificado (del accionista privado de su derecho de preferencia) consiste, entonces, en poner de manifiesto que no se cumplieron los pasos que debían darse para asegurar el ejercicio del derecho de preferencia. Y, por ser un hecho negativo, la carga se invierte, y es la sociedad y sus directores quienes deben probar: 1º) que antes de entregar -a un tercero o a otro accionista- la parte del total de las acciones emitidas correspondiente al accionista agraviado, le hicieron un formal ofrecimiento de las mismas mediante las correspondientes publicaciones; 2º) que éste, dentro de los plazos legales, renunció expresamente, o 3º) que transcurrieron los plazos legales antes de hacer entrega de esas acciones. Recién en este caso, el actor deberá probar que sí manifestó su voluntad de adquirir esas acciones antes del vencimiento del plazo.”³⁸

En la misma línea Paula Algorta señala que “esta acción es una acción objetiva y tarifada en relación a su mínimo, por lo cual, una vez comprobada la violación del derecho, la sociedad y los administradores o directores culpables deberán abonar al accionista perjudicado por lo menos el triple del valor por el cual se emitan las acciones.”³⁹

En mi opinión, cabe hacer una diferenciación basada en el tenor literal de la norma en cuestión.

El artículo 329 refiere a que “*todos los que tengan derecho de preferencia, a quienes la sociedad les prive de esos derechos, podrán exigir judicialmente que ésta cancele las suscripciones que les hubiera correspondido*”.

En esta primera parte entiendo se establece una hipótesis de **responsabilidad objetiva**, siendo que como requisitos para que opere la solicitud de cancelación la ley establece la titularidad del derecho de preferencia y la privación respecto del ejercicio del mismo. Por lo que concluyo que, frente al caso de que aún no se haya cumplido con la entrega o enajenación de acciones, o sea, estando frente a la posibilidad de cancelación de las suscripciones, bastaría con probar que se es accionista y por consiguiente titular del derecho de preferencia y que el mismo resultó violado.

A continuación la norma establece que “*Tratándose de enajenación o entrega de acciones ya cumplidas, no podrá procederse a la cancelación prevista; pero los perjudicados tendrán derecho a que la sociedad y el administrador o los directores culpables, solidariamente, les indemnicen los daños causados*”.

En este caso considero que se está ante una hipótesis de **responsabilidad subjetiva**, en la medida en que la norma habla de “perjudicados”, lo que deja entrever la idea de sufrimiento de un perjuicio; en segundo lugar hace referencia a la culpabilidad de los administradores y directores, y en último lugar hace expresa referencia al daño causado.

Tanto el perjuicio como el daño son elementos que por su subjetividad requieren (de) ser probados, no bastando en este sentido su simple alegación en juicio.

Quien alega haber sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de la violación de un derecho por un tercero debe necesariamente probarlo y acreditar no solo su existencia sino el eventual quantum del mismo.

El hecho de que el artículo determine una indemnización mínima a ser abonada, no implica que quien alegue la privación del ejercicio de su derecho y como consecuencia el acaecimiento de un daño no deba acreditarlo judicialmente. Además, la norma hace referencia a los administradores y directores “culpables”.

Por lo tanto, para acreditar la culpabilidad en el actuar de un sujeto, debo probar y acreditar que fue su actuación la que me generó el daño y por consiguiente probar el daño que me causó.

En resumen, frente a la hipótesis de entrega o enajenación de las acciones y por consiguiente el reclamo de la indemnización, considero se debe acreditar, no solo los extremos solicitados en la primera hipótesis,

38 Ibidem. Pág. 6.

39 Algorta Morales, Paula. Op. Cit. Pág.10.

que configurarían la legitimación activa, sino también el perjuicio ocasionado por una decisión tomada por determinado administrador o director y por la sociedad, y el daño que tal decisión ocasionó.

Entiendo a su vez, que para el caso de que haya caducado para el accionista el plazo de 6 meses previsto para el ejercicio de la acción, dicho accionista que vio vulnerado su derecho de preferencia, podrá recurrir a otras vías procesales para resarcirse de los daños y perjuicios ocasionados. Ya no estaremos ante la acción específica prevista en el artículo 329 de la LSC, sino que se deberá recurrir a los principios generales en materia de responsabilidad.

La Corte, contrariamente a las posturas doctrinarias antes señaladas, puntualizó que “el accionista que pretenda ser resarcido por haberse violado su derecho de preferencia, deberá acreditar entre otros elementos configurativos de la responsabilidad civil, la verificación de un daño resarcible” (cita).



INFORMACIONES

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés



NOTICIAS DE LAS CARRERAS DE GRADO

CURSOS DE DERECHO ANGLOSAJÓN.

En este segundo semestre del 2013 se han dictado o se dictarán los siguientes Cursos de Derecho Anglosajón:

Legal Writing and Analysis

A cargo del Prof. Pablo Etcheverry

Lunes y Jueves de 8 a 9:40 hs desde el lunes 7 de octubre al jueves 7 de noviembre.

Litigation and ADR

A cargo del Prof. Arthur Lusse , de la Universidad de Montana, USA.

Semana intensiva del 26 al 30 de agosto de 9:00 a 13:00 hs.

Resolving International Business Disputes by Arbitration

A cargo del Prof. David Aronofsky, de la Universidad de Montana, USA.

Semana intensiva del 5 al 9 de agosto de 9 a 13 hs.

Raising Capital in the World Financial Markets: Introduction to Financial and Legal Considerations

A cargo del Prof. Carlos Martínez – Proskauer Rose LLP, Nueva York, USA.

Semana intensiva del 14 al 18 de octubre de 8:30 a 12:30 hs.

UNA DELEGACIÓN DE ESTUDIANTES DE NUESTRA FACULTAD PARTICIPÓ EN LA VI EDICIÓN DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE COMERCIAL.

El 9 de octubre regresó la delegación de nuestra Facultad que tuvo una destacada participación en la VI Edición de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial que organizan conjuntamente las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad del Rosario, de la ciudad de Bogotá, Colombia. En esta oportunidad fue sede de dicha competencia la Universidad del Rosario, desarrollándose la misma entre los días 3 y 7 de octubre. Participaron 45 Universidades la mayoría de América aunque también lo hizo una Universidad francesa que resultó la ganadora. Los estudiantes de nuestra Facultad que viajaron a esta Competencia fueron: Mateo Noceda, Carlos Brandes, Luciana Formento, Santiago Dutra, Emilia Cadenas, Maria Paz Lestido, Victoria Nuñez, y Macarena Passadore. Participaron como “coaches” de este equipo los Doctores Javier Napoleone, Juan Manuel Rey y Martín Rosati. La demanda que oportunamente enviaron por escrito fue distinguida como la segunda mejor de la Competencia. En las rondas orales el equipo llegó

a las instancias finales del certamen perdiendo muy ajustadamente en octavos de final con la Universidad de San Francisco de Quito.

GRADUACIÓN 2013.

El martes 8 de octubre, en el Radisson Victoria Plaza se celebró la graduación de los egresados de la Facultad de Derecho, en forma conjunta con otras Facultades. En esta oportunidad se graduaron 27 Abogados y 11 Escribanos. Durante la ceremonia un egresado de cada Facultad, dirigió un mensaje a sus compañeros de generación y al público en general. Por nuestra Facultad lo hizo la Dra. Ma. Virginia Salvo, distinción que le correspondió por ser quien obtuvo el mejor promedio de su generación. Al finalizar la ceremonia rector, el Dr. Santiago Pérez del Castillo dirigió un discurso a los presentes.

LOS GRADUADOS DE DOCTORES EN DERECHO FUERON:

BATISTA MARURI, Santiago Javier
BRASELLI RODRÍGUEZ, Fabiana Rita
CAÑIBE RENAUD, Matías Emilio
CESAR PERILLO, Federico Álvaro
DELL'AVA RISI, Augusto
DEVOTO POZZOLO, Matías Daniel
FRASCHINI SILVARREDONDA, Joaquín Andrés
GARI BARBÉ, Paulina María
GARI SCHAURICHT, Salvador José
GUTIÉRREZ BARTOL, Juan Manuel
HOWARD ZULUAGA, Martín Aparicio
IRRAZABAL PÉREZ FOURCADE, Gonzalo Felipe
LEMONS LORENZO, Federico
MARURI ARMAND UGÓN, María Sofía
MENDIOLA ROMAY, Ignacio Bruno
NAPOLEONE ABREU, Javier
PÍGOLA MONFORT, Juan Mauricio
RAMELA DE ANCHORENA, Carlos Alberto
RICO SKERL, María Belén
RIVADAVIA GARCÍA, Nicolás Dante
ROSATI CABRERA, Martín
SALVO CITTADINO, María Virginia
SAPELLI SIENRA, María Emilia
SECONDO MAGLIA, Carolina María
SLINGER GARCÍA, Mariana
STENERI CARLI, Bruno
VIEIRA da CUNHA TOLOSA, Joaquín Rafael

LOS GRADUADOS DE ESCRIBANO PÚBLICO FUERON:

BERTA ALGORTA, María Valentina

CAORSI LAWLOR, Magdalena

FERRARI ROTTA, Betina del Rosario

HERNÁNDEZ CAMPODÓNICO, Nicolás Esteban

PÉREZ COMENALE, Agustina Danielle

PÉREZ ROYBAL, Natalia

OLIVERA AMATO, María Concepción

SAPELLI SIENRA, Juan Martín

SORHUET SAPELLI, Sofía

STOLOWICZ RAS, Paula

VIVO ROISECCO, Antonio Joaquín

NOTICIAS DEL DEPARTAMENTO DE MAESTRÍAS Y POSTGRADO

SEGUNDO SEMESTRE 2013

A) MAESTRÍAS

El Departamento de Maestrías y Postgrado continuó con el dictado e inscripciones para sus ya tradicionales y consolidadas Maestrías: *Máster en Derecho de la Empresa, Máster en Derecho y Técnica Tributaria, Máster en Derecho Administrativo Económico y el Máster en Integración y Comercio Internacional*. Dirigidas a diferentes profesionales interesados en la problemática jurídica, notarial económica, contable y de integración vinculados tanto al sector público como privado. Dichas Maestrías, con los matices temáticos correspondientes, permiten reflexionar sobre las diversas cuestiones ligadas a cada realidad, así como a sus posibles soluciones. Asimismo constituyen un reto constante para lograr la capacitación y reflexión jurídica de los profesionales que buscan en ellas y en la Universidad, obtener excelencia profesional y académica. Entre los distintos módulos que integran los diferentes Planes de Estudio, se destacan los siguientes: *Derecho Bancario y de los Mercados Financieros, Contratación Administrativa, Derecho del Comercio Internacional, Derecho de la Competencia, Derecho Ambiental, Precios de Transferencia, Incentivos Tributarios a la Inversión, Infracciones y Delitos Tributarios, Normativa Fiscal y Extranjera, Multilateralismo y OMC, Comercio Internacional e Integración, Lavado de Activos, Delitos Societarios*, entre otros.

Nuevamente se destaca la continuidad de las actividades de la nueva propuesta académica, vanguardista en nuestro país y en el mundo ibérico – latino, el *Máster en Derecho – LL.M.*

Este Máster ofrece un amplio espectro de materias en formato LL. M. Internacional, con una currícula abierta y flexible permitiendo al alumno elegir entre diferentes cursos y seminarios de la oferta académica existente en los Máster, Especializaciones y Postgrados que actualmente se dictan, así como Cursos y Seminarios específicos en derecho nacional y extranjero que se imparten en el marco del LL.M., tanto en español como en Inglés y en Portugués. En este sentido se pueden mencionar las siguientes materias opcionales específicas entre otras: *Buen Gobierno de las Sociedades Anónimas, Actualidad del Derecho de las Sociedades Anónimas, Praxis de las Decisiones y Crisis Profesionales, Derecho Brasileño Aplicado, Contratación y Régimen de inversiones en la Legislación Brasileña, International Capital Markets y Corporations*. Se destaca, también la implementación tecnologías aplicada al desarrollo académico de estos cursos, en tal sentido, se le hace entrega a los Maestrandos de este Máster en Derecho, un dispositivo *iPad*, a los efectos de que puedan acceder al distinto material de apoyo y complementario, a través de la Plataforma Educativa Moodle.

B) POSTGRADOS

Postgrado en Derecho Procesal Aplicado

Se trata de un Postgrado que apunta a cubrir las necesidades de formación y capacitación que demanda el mercado académico local y regional, en un área de suma trascendencia para el ejercicio profesional de todo operador del derecho tanto en el ámbito público como en el privado. Está orientado para que pueda ser cursado tanto por alumnos de los Máster, como por egresados de los mismos y aún por aquellos profesionales – nacionales o extranjeros - que deseen profundizar su capacitación y práctica en Derecho Procesal, particularmente abogados, jueces, fiscales y demás operadores del sistema judicial. Se integra con cinco Módulos, impartidos por los profesores titulares de derecho procesal y de litigación en procesos por audiencias, Dres. Margarita de Hegedus, Santiago Pereira Campos y Luis María Simón y se contará con profesores invitados, nacionales y extranjeros. Este año, además, se destaca la elaboración de la *Especialización en Derecho Procesal*, que con la suma de dos módulos sobre Resoluciones Judiciales y Cosa

Juzgada y Proceso Constitucionales y colectivos complementan así al Postgrado que trata temas sobre *Teoría y Práctica de la Prueba y Audiencias, Procesos Ejecutivos, Medios de Impugnación y el Nuevo Proceso Laboral*.

Postgrado en Derecho Tributario Internacional

Este Postgrado, procura en una economía globalizada, la profundización del conocimiento teórico y práctico de los diversos aspectos que enmarcan y regulan la Tributación Internacional, constituyendo un requisito indispensable para el profesional que pretenda brindar con éxito un adecuado asesoramiento en materia fiscal, tanto en el ámbito público como en el privado. En vista de esta realidad, la Universidad de Montevideo ofrece el Postgrado durante el cual, un equipo de expertos nacionales y extranjeros exponen los conceptos fundamentales de la Tributación Internacional y sus diversos alcances, dentro de los cuales se señalan: a los Dres. Sebastián Arcia, Dr. Juan Ignacio Fraschini, Dr. Carlos Loaiza y a los Cres. Álvaro Romano, Alejandro Horjales y María José Santos.

A lo largo de los distintos Módulos se trata la siguiente temática: Doble Imposición y Planificación Fiscal Internacional los participantes considerarán y examinarán su contenido con una perspectiva tanto teórica como práctica, con énfasis en los aspectos más actuales y relevantes de la Tributación Internacional, mediante el estudio de numerosos casos prácticos.

Postgrado en Derecho Penal Económico

Con la Dirección Académica de los Dres. Miguel Langón y Jorge Barrera, se dicta esta Postgrado, el cual apunta a una propuesta académica proyectada de forma interdisciplinaria y comprensiva de otras ramas del saber. Para ello se ha convocado a los máximos especialistas del Derecho Penal nacional e invitados extranjeros de primer nivel en sus especialidades respectivas.

Comprende un programa moderno que abarca los temas de mayor actualidad, donde se da participación a los procesos de globalización y las nuevas perspectivas de la cuestión penal en todos los ámbitos y abarca desde la protección penal del trabajo, de los consumidores y del medio ambiente, hasta los problemas que el derecho penal tributario, el lavado de activos y la actividad bancaria e industrial, financiera y comercial en general.

Postgrado en Actualización Notarial

Continúa llevándose a cabo el Postgrado en Actualización Notarial, con el objetivo actualizar a los Escribanos en las principales áreas del ejercicio profesional, mediante el análisis y discusión de casos prácticos y principales normas de interés notarial así como jurisprudencia relacionada. Los temas abordados son: Los aspectos prácticos de la contratación de bienes inmuebles rurales, la problemática en la solicitud y análisis de la infamación registral. Criterios para la solicitud y sus consecuencias jurídicas. Los acreedores ante la herencia, confluencia de los derechos de sucesiones, de propiedad y de los acreedores del ausente. El Derecho de propiedad en su configuración actual. Régimen vigente en la contratación de automotores, leasing, fideicomiso, compraventa y venta y el Régimen de Zona Franca. Este postgrado se encuentra a cargo de los Escs.: John Leaman, Agustín Olascoaga, Beatriz Spies, Federico Susena, Carmen Saltó, Raul Anido, Mariela Pagliaro y Eduardo Pérez del Castillo

C) CURSOS DE POSTGRADO

- Se desarrolla exitosamente la tercera edición el *Curso de Postgrado sobre Derecho y Religión* a cargo de la *Dra. Carmen Asiain*, la cual recientemente fue designada como Presidenta del Consejo Directivo del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa. Asimismo, la catedrática participó en las siguientes actividades internacionales:
- XIII Coloquio del **Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa**, del 19 a 21 de agosto, que abordó el tema "LIBERTAD RELIGIOSA, IGUALDAD Y AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES RELIGIOSAS".

- III ICLARS Conference, Richmond (Virginia, USA) (International Consortium for Law and Religion Studies) — 21 a 23 de agosto de 2013, sobre Religion, Democracy, and Equality, en la que seré moderadora en un panel sobre Libertad Religiosa, Género e Igualdad
 - En este Congreso se destaca la exposición del *Dr. Juan Manuel Gutiérrez Bartol*, en el espacio para young researchers, sobre “Indagaciones Fáticas y Jurídicas Sobre las Contribuciones Económicas al Culto”
- El *Dr. Pablo Schiavi* dictó el curso sobre *E - Salud, Protección de Datos Personales en la Salud*, el mismo contó con la participación del Centro de Ciencias Biomédicas, asistiendo profesionales del ámbito jurídico y de la salud.
- En el transcurso de este segundo semestre se llevaron a cabo cursos para graduados y distintos operadores del Derecho, sobre las reformas introducidas el *Código General del Proceso* por la ley 19.090 del 14 de junio de 2013. Asimismo, se dictó un curso de Profundización en el Estudio de la Reforma, todos ellos a cargo de los Dres. Margarita de Heguedus, Luis Simón y Santiago Pereira. Para la ocasión y como material de apoyo se realizó una publicación con el nuevo texto legal, el cual fue entregado los participantes.
- A cargo de la Dra. Cristina Vázquez, se dictaron dos cursos sobre *Derecho de la Energía*, en ellos se contó con la participación del Gerente General de UTE, el Cr. Carlos Pombo, el Jefe de la Asesoría Técnica - Jurídica de UTE, el Dr. José Alem y el Gerente de Servicios Jurídicos de ANCAP el Dr. Leonardo Bianchi.
- A cargo de los *Cres. Pablo Ferreri, Director General de Rentas y Álvaro Romano, Sub Director*, se dicta el *Curso de Postgrado sobre Administración Tributaria*, el curso trata distintos aspectos medulares en la administración de los tributos, abordando temas como por ejemplo: Política Fiscal, Gobierno Electrónico, la implementación e impacto de la Factura electrónica, Relación Contribuyentes - Fisco, Cooperación Internacional entre las distintas Administraciones Tributarias, entre otros.

d) Visitas de Profesores Extranjeros

Postgrado en Derecho Procesal Aplicado

- Dos expertos referentes del Derecho Procesal los argentinos Dr. Jorge W. Peyrano y la Dra. Mabel A. De los Santos participaron como profesores extranjeros invitados en el módulo sobre Teoría y Práctica de la Prueba, en el marco al Postgrado en Derecho Procesal Aplicado. El Dr. Peyrano es Abogado, egresado con medalla de oro, de la Facultad Católica de Derecho de Rosario. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Autor de la Teoría de las cargas probatorias dinámicas en los juicios, Vocal de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho (UNR). Profesor titular de Derecho Procesal I de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Rosario y Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal entre otros méritos. La Dra. De los Santos es Abogada, Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Profesora adjunta por concurso de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho, Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Profesora de la Escuela Judicial de Buenos Aires, entre otras bastas y destacadas actividades profesionales.

Postgrado en Derecho Penal económico

- Los Dres. *Carlos M. González Guerra*, Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Profesor Ejecutivo de al Maestrías en Derecho Penal y Profesor Asociado de Derecho Penal, junto al *Dr. Juan María Rodríguez Estévez* también Profesor de Derecho Penal de esa Universidad dictaron clase dentro del Postgrado en Derecho Penal Económico. De la Universidad de Piura, también participó el *Dr. Percy García Caverro*, el cual dictó dentro del módulo sobre lavado de Activos el tema Conducta Neutral en Delito de Lavado de Activos. Autoría y Participación. Finalmente de la Universidad de Bonn, el *Prof. Dr. Urs Kindhäuser*, actual Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad

de Bonn y Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Estado de la Universidad de Bonn y Ex Fiscal y Juez en el Amstgericht de Baden-Baden disertó sobre la responsabilidad profesional en los delitos societarios

f) In Company

A solicitud de distintas instituciones públicas y privadas se confeccionaron distintos Cursos *In-Company*, sobre distintas áreas temáticas, como por ejemplo sobre Fideicomisos y sobre el Tratamiento de Información Personal y Bancos de datos. Estos Programas In-Companies son programas académicos diseñados a medida y tienen como objetivo ofrecer respuestas y soluciones a los problemas o dificultades estratégicas, profesionales y técnicas de cada organización, constituyendo así una eficaz herramienta para la alta dirección y asesoramiento de una empresa tanto pública como privada.

g) Publicaciones

- Dr. Nicolás Etcheverry, Ética Empresarial y Profesional. Casos Prácticos de Decisiones Humanas Fundamentadas, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo
- Dr. Carlos Loaiza, Ser o no Ser: Uruguay y su Camino a la OCDE, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo
- Dr. Santiago Pereira, Código General del Proceso, Reformas de la Ley 19.090. Texto Comparado, Anotado y Comentado, Facultad de Derecho, Universidad e Montevideo.

En Proceso de Edición:

- Dres. Mariano Brito y Siegbert Rippe y Cr. Alberto Sayagués, Del Tribunal de Cuentas y de la Contratación Pública, Instituto de Derecho Administrativo - Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo.
- Dr. Ruben Correa Freitas: Influencias del Derecho Laboral en la Función Pública.
- Dr. Jorge Fernández Reyes, Derecho de la Integración, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo.
- Dra. Alina Celi Frugoni, Derecho Global y Tecnología, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo.

h) Defensas de Tesis:

Se constituyeron los siguientes Tribunales Evaluadores de Tesis, para la defensa oral y pública de las siguientes investigaciones realizadas, para acceder de ese modo al título de Magister:

- Cra. Viviana Marrero, Aspectos de Planificación Fiscal en el Uruguay: Proyecto de Inversión y los Convenios de Doble Imposición, Máster en Derecho y Técnica Tributaria
- Cr. Carlos Ruiz y Dr. Rodolfo Mezzer, Secreto Bancario en Uruguay, Máster en Derecho y Técnica Tributaria.
- Cres. Alison Mena y Javier Aguirre, La Prescripción en el Sistema Tributario Uruguayo, Máster en Derecho y Técnica Tributaria.
- Cr. Pablo Quagliotti, Incentivos Tributarios a la Inversión, Máster en Derecho y Técnica Tributaria.
- Dr. Santiago X. Varela, Acoso Moral: Obligaciones del Empleados y Responsabilidad generada a partir del Análisis de la Norma Civil. Máster en Derecho de la Empresa.

Otras Noticias:

- Se llevó a cabo la firma del *Convenio de Cooperación Académica* entre el Estudio Jurídico *Posadas, Posadas y Vecino y la Universidad de Montevideo*.
- En la línea del mismo e iniciando su implementación se llevará a cabo el Curso de Postgrado sobre Real Estate, a cargo del *Dr. Pablo Sequeira* y un equipo interdisciplinario especializado en la temática. El objetivo del presente curso se centra en capacitar a los diferentes participantes y agentes del mercado en una visión integral y multidisciplinaria ante la participación en el mercado inmobiliario. Específicamente se brindará un enfoque integral que permita comprender la estructuración de los proyectos, independientemente de la etapa en la que se encuentre o el rol que el participante desempeñe.
- En tal sentido se presentarán los aspectos generales del mercado inmobiliario comprendiendo un enfoque legal, tributario y notarial; incorporando a la propuesta las principales herramientas a los efectos del análisis y realización de una estructuración eficiente de un emprendimiento inmobiliario. En tal sentido forma parte del presente curso: la estructuración de proyectos inmobiliarios, sus posible vehículos (Fideicomiso Inmobiliario, Sociedad Anónima), beneficios fiscales en Vivienda de Interés Social y Condohotelería, fuente de financiamiento (emisión de deuda pública o privada), prevención de lavado de activos en la actividad inmobiliaria, aspectos generales a considerar en los principales contratos y alternativas para la tenencia de inmuebles, entre otros.
- La Publicación sobre el *Acceso a la Información Pública y Protección de datos Personales de autoría del Dr. Pablo Schiavi*, fue seleccionado para ser presentado en el XVIII Congreso del CLAD en Montevideo. Asimismo este trabajo fue citado en autos correspondientes al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1 er. Turno.
- La *Dra. Alina Celi* ha participado y expuestos en distintas actividades a nivel nacional e internacional que se detalla a continuación:
 - 30 Setiembre/2013- Expositora en la Charla temática: Información Ambiental en el Uruguay, junto a los Profesores José Sciandro y Marcelo Cousillas. Universidad de Montevideo/ Facultad de Derecho:
Título de la Exposición: "Información ambiental y nuevas tecnologías."
 - 2 al 5 de Octubre- Congreso Internacional de Direito Ambiental e Ecologia Política "Direitos da sociobiodiversidade e sustentabilidade: A questao ambiental no eixo Europa-América Latina. Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil. Expositora día 3 de octubre- Mesa (Meio Ambiente, Direito e Politizacao das Novas Tecnologias)
Título de la exposición: "Mudanca tecnológica, risco ambiental e uma perspectiva global" jurídica (global) sustentável."
 - 4 Octubre, Expositora - Charla Universidade de Passo Fundo, Departamento de Direito, (Rio Grande do Sul, Brasil), Mudanca tecnológica, risco ambiental e uma perspectiva jurídica (global) sustentável."
 - 8 Octubre - INNOVA 2013 - Sexto Simposio Internacional de Innovación y Desarrollo de Alimentos, "Paradigmas en la Ciencia y Tecnología de Alimentos: una visión a futuro" 7 al 9 de octubre, 2013. LATU.
Trabajo científico (póster), Exposición Oral,: Título: "Ordenamiento jurídico de la sustentabilidad en los alimentos transgénicos"

Continuando, además con la Coordinación del Grupo de Investigación sobre Derecho y Tecnología.

- La *Asociación Latinoamericana de Integración ALADI*, y la *Universidad de Montevideo*, en el marco del Observatorio América Latina – Asia Pacifico convinieron en la implementación de actividades conjuntas de investigación y estudio sobre el Tema América Latina – Asia Pacífico. Como paso inicial de este proyecto se señala la creación de la Cátedra sobre este tema para el Máster en Integración Comercio Internacional, contando con la participación de expertos extranjeros y nacionales.

OTRAS NOTICIAS DE INTERES

VIAJE A ALEMANIA DEL DECANO DE LA FACULTAD. - OSNABRUCK Y BERLÍN 2013

El Dr. Nicolás Etcheverry viajó a Alemania el sábado 11 de mayo 2013, invitado por la Universidad de Osnabruck, ciudad de 170.000 habitantes. La finalidad de la invitación fue para dar en ella un curso de Business Ethics. Asistieron 21 personas, siendo uno de los más numerosos de esa semana internacional. Fue significativo el nivel de atención, dedicación y profundidad de los alumnos durante los cinco días y las 30 horas que duró el curso.

Pocos días más tarde, ya en Berlín el Dr. Nicolás Etcheverry fue recibido en la "Berlín School of Economics & Law" por Birgitta Kroll, Ingrid Sperber y Andreas Zaby, encargado del Departamento de Relaciones Internacionales de la referida Universidad. Es una Universidad pública que cuenta con unos 10.000 estudiantes.

Gracias a dicha visita se crearon vínculos para posibles futuras actividades entre la Universidad de Montevideo y la "Berlín School of Economics & Law".

DOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO FUERON ADMITIDOS PARA REALIZAR EL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

Los Doctores Marcelo Cousillas Carlosena y José Luis Echevarría se postularon y fueron admitidos en primera instancia para formar parte del Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano 2013/2014.- Formarán parte de los 15 candidatos que fueron seleccionados de los 22 que se presentaron provenientes de España y de diversos países de América. En el número anterior de esta Revista se publicó información muy detallada respecto a este Programa Doctoral. La Universidad de Montevideo forma parte de este Programa junto con la Universidad de la Coruña (España), y varias Universidades americanas.

VISITA A LA FACULTAD DE DERECHO DEL DR. PROF. DR. ENRICO GABRIELLI DE LA UNIVERSIDAD DE ROMA

El Dr. Enrico Gabrielli Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma (Tor Vergata) el día 23 de setiembre de 2013 visitó nuestra Facultad junto con dos de sus colaboradores, acompañado por el Prof. Dr. Carlos De Cores.

Tuvo la oportunidad de hablarle a los alumnos de segundo año sobre cómo se maneja en Italia tanto en la legislación como en la doctrina y en la jurisprudencia el tema del daño no patrimonial.

Comentó un caso muy reciente y discutido de un reclamo que hizo un hijo discapacitado a sus padres y que había prosperado en la Suprema Corte Italiana.

La visita además de actualizarnos con la situación del Derecho de Daños en Italia fue una muy buena oportunidad para generar futuros vínculos entre la Universidad de Roma (Tor Vergata) y la Universidad de Montevideo.

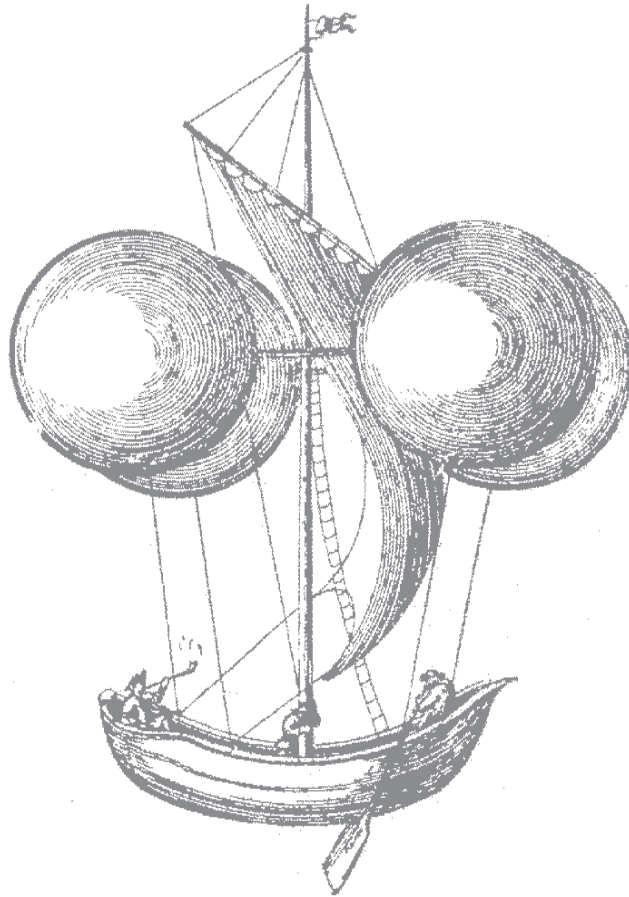
CERTAMEN ABOGADO Y ESCRIBANO POR UN DÍA 2013.

Este año, la Universidad de Montevideo realizó la competencia “Abogado y Escribano por un día” en forma conjunta. El lanzamiento fue lunes 5 de agosto en Moviecenter de Montevideo Shopping. Tuvimos más de 64 equipos inscriptos de pre universitarios de todo el país. Luego de la corrección y selección de los 24 mejores trabajos el día sábado 7 de setiembre desde temprano en la mañana en la sede de la Facultad de Derecho de la UM, estos 24 equipos tuvieron que defender su caso como actores o demandados ante un tribunal compuesto por profesores de la propia facultad.

El Tribunal luego de evaluar todas las exposiciones seleccionó a los cuatro finalistas: Instituto Habilitado Hermanas Capuchinas, Colegio y Liceo Pedro Poveda, Colegio y Liceo Sagrado Corazón y Colegio y Liceo Santo Domingo. También se hizo una mención especial al mejor puntaje escrito: por actores lo obtuvo el Instituto de Educación Santa Elena, y por demandados hubo un empate entre el Seminario y el Colegio y Liceo Inglés.

Los cuatro equipos finalistas debieron enfrentarse una vez más, dos como actores y dos como demandados. Una vez defendido el caso por los cuatro equipos, el Tribunal se reunió para definir los puntajes, el ganador fue el Instituto Habilitado Hermanas Capuchinas.

En el segundo puesto quedó el Colegio y Liceo Santo Domingo, el tercer puesto fue ocupado por el Colegio y Liceo Sagrado Corazón y el cuarto puesto el Colegio y Liceo Pedro Poveda.



TESINAS DE MASTERS

RUIZ LAPUENTE, Carlos y MEZZERA AGUIRRE, Rodolfo
Evolución del secreto bancario en Uruguay



“EVOLUCIÓN DEL SECRETO BANCARIO EN URUGUAY”

DR. RODOLFO MEZZERA AGUIRRE

CR. CARLOS RUIZ LAPUENTE

TUTOR ACADÉMICO JUAN IGNACIO FRASCHINI

INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO CONCEPTUAL

Si nos referimos al secreto bancario, debemos abordar su concepto y contenido vinculados especialmente con el respeto por la libertad de los individuos.

En la medida que entendemos a la actividad financiera como una actividad ligada a la seguridad y confiabilidad, el banco se convierte casi automáticamente en un confidente del cliente; un profesional de la actividad financiera en la cual ese cliente deposita su confianza.

La actividad de intermediación financiera, regulada y controlada por los estados; por su importancia y por incidir en variables de la economía relevantes en el proceso de captación del ahorro público, así como los profesionales que la desarrollaban, hacían que el cliente históricamente pudiera confiarle información y patrimonio.

Al decir de ALBANELL, este secreto es “...un derecho para el cliente que engendra para el banquero una obligación negativa, una obligación de no hacer alguna cosa, una prohibición de comunicar, de revelar hechos conocidos por las relaciones de negocios con su cliente”. (ALBANELL MC CALL, Eduardo. Secreto Bancario. La Justicia Uruguay T. 51, p. 141).

La medida de la tutela de ese secreto, reposa y varía de acuerdo con cuestiones importantes que hacen a una política de Estado en un momento histórico específico, lo que en definitiva va a determinar el desarrollo del sistema financiero y la estabilidad del mismo.

Se trata entonces de conjugar dos cosas; por un lado la protección a la intimidad y por otro, una política de Estado en materia económico-financiera; dicha tarea no es para nada fácil.

1) CONTEXTO DEL NEGOCIO BANCARIO EN URUGUAY

a. Contexto Nacional

El secreto bancario ha sido uno de los pilares de la economía uruguaya, encontrándose en sus principios entre los más estrictos del mundo. Esto permite compararlo con la legislación vinculada a esta temática como por ejemplo Suiza.

El Estado uruguayo, analizando su legislación hasta el Decreto-Ley N° 15.322 ha querido tutelar un derecho del individuo, como ser el derecho a la intimidad económica de una persona, y a su vez un derecho colectivo, como es el de la economía pública, protegiendo de esta manera el sistema financiero vigente en nuestra nación.

Como expresa el profesor Milton CAIROLI, existen dos intereses jurídicos en juego. Uno de ellos privado, que hace prevalecer la intimidad de la persona, considerándose éste un derecho humano inherente a la personalidad humana; y otro, de carácter público, al cual se le atribuye menor importancia, pero que igualmente se encuentra protegido a través de la ley. Desde la creación de esta norma, se buscó proteger a las personas físicas y jurídicas, en la tutela de su patrimonio e intimidad personal, pero a su vez también se quiso fomentar una determinada imagen de los bancos uruguayos, sustentada en el valor de la discreción. Es lógico que un banco proteja a sus clientes, basado en el código básico que debe haber entre cliente y banco, en el secreto

profesional, al igual que un abogado, médico u otro profesional que tenga que aplicar esta norma. Se protege la libertad individual de la persona, y en este caso también la del banquero, como profesional, dado que recibe información en virtud de su condición, hecho que está protegido, a su vez por nuestro Código Penal, el cual hace referencia a la revelación del secreto profesional.

Volviendo a la tipificación que establece el secreto bancario en Uruguay, desde 1982 son sujetos activos del delito toda persona pública, no estatal o privada que realice intermediación financiera, y también determinadas instituciones estatales la índole de sus operaciones. Estas estarán sujetas a la normativa, reglamentos y a los estrictos controles que realice el Banco Central del Uruguay.

El Decreto-Ley de Intermediación Financiera estipula que el secreto bancario puede ser levantado por orden judicial, pensión alimenticia o por el Banco Central, en ejercicio de sus facultades de contralor el cumplimiento de decretos que regulan la actividad de intermediación financiera. También puede ser develado si las demandas de rebaja del alquiler así lo requieran, según se prevé en el Art. 23 de la Ley 15.799, “A los efectos de la aplicación de los artículos 16 a 19 y 63 del Decreto Ley No. 14.219, de 4 de julio de 1974, y del artículo 7° de la presente ley, no regirán en vía judicial las limitaciones probatorias establecidas en los artículos 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y 47 del Código Tributario”, las entidades pueden facilitar información para verificar la declaración de rebaja de alquileres, la obligación de denunciar delitos según el Art. 177 del Código Penal, “El Juez competente que, teniendo conocimiento de la ejecución de un delito, no interviniera o retardase su intervención, y el que no siendo competente, omitiere o retardare formular su denuncia, será castigado con la pena de tres meses a dieciocho meses de prisión. La misma pena se aplicará al funcionario policial que omitiera o retardare formular la denuncia de cualquier delito de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, y a los demás funcionarios, en las mismas circunstancias, de los delitos que se cometieren en su repartición o cuyos efectos la repartición experimentara particularmente.

Se exceptúan de la regla los delitos que sólo pueden perseguirse mediante denuncia del particular ofendido.

Constituye circunstancia agravante especial, respecto de los funcionarios públicos y en relación a los hechos que se cometieren en su repartición, el hecho de que se trate de los delitos previstos en los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 159, 160, 161, 162, 163 y 163 bis”.

(TEXTO DADO por el artículo 8 de la Ley No. 17.060); y Art. 6 de la Ley 14.095 “(Omisión de los funcionarios en denunciar delitos económicos). El funcionario público que omitiera o retardara poner en conocimiento de las autoridades administrativas, si estuviese sometido a jerarquía, o penales competentes, en su caso, cualesquiera de los hechos descritos en los artículos 1°, 2° y 3° de esta ley, de los que tuviere conocimiento en razón de sus funciones, será castigado con la pena de seis meses de prisión a seis años de penitenciaría e inhabilitación especial de dos a seis años”.

b. Contexto Internacional

Lo que hoy se entiende por “**secreto bancario**”, ha sido cuestionado y analizado recientemente, por los organismos internacionales económicos más importantes del mundo, como ser el G20 (Foro compuesto por los países más industrializados y emergentes del mundo, que trata tópicos vinculado al sistema financiero internacional) y la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

Los Estados, han aumentado los controles para prevenir el lavado de dinero, y proteger sus economías de la fuga de capitales y la evasión tributaria.

Estos fuertes cuestionamientos, tuvieron notoriedad pública, cuando se informó en el año 2008 que Uruguay se encontraba entre los países que no colaboran con la transparencia e información suficiente, según el criterio de los Estados que integran la OCDE, organismo al cual dedicaremos un capítulo aparte.

A su vez el Banco Central del Uruguay, posee amplias facultades de control y supervisión para con los Bancos y entidades de intermediación financiera nacionales, las cuales son vigiladas por la Superintendencia de Banco, perteneciente al Banco Central del Uruguay.

El Uruguay se ha comprometido a adoptar los estándares de transparencia e intercambio de información de la OCDE, incluyendo lo que respecta al secreto bancario en casos de defraudación tributaria y sujeto a control de la Justicia.

No es una apertura total, ni una flexibilización sin límites a lo que ya establecía nuestra legislación, lo cual parece apropiado tomando en cuenta la soberanía de la nación como Estado independiente.

2) CONTEXTO DEL NEGOCIO BANCARIO: RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY DE INTERMEDIACIÓN

Con anterioridad a la Ley de Intermediación Financiera, encontramos una ausencia de normativa especial en la materia;

a. La Constitución Uruguaya:

Establece en su artículo 7º, el derecho de las personas a ser protegidas en su libertad *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*.

El artículo 28 de la carta magna consagra a su vez, la protección del derecho a la intimidad disponiendo la inviolabilidad de los documentos de los particulares *“Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*.

Por su parte, el artículo 72 extiende las garantías constitucionales a todos los derechos que sean inherentes a la personalidad humana *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*.

En consecuencia, el derecho de la persona humana, a la propia intimidad y confidencialidad de su información personal se encuentra consagrado en normas de orden público uruguayo, estableciendo expresamente que dichos derechos sólo podrán ser limitados por leyes dictadas por razones de interés general.

b. El Código Penal Uruguayo:

En su artículo 302, redacción dada por la Ley No. 15.903, de fecha 10 de noviembre de 1987, en su artículo 216, establece el secreto profesional. *“El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a conocimiento, en virtud de su profesión, empleo, comisión, será castigado cuando el hecho causare perjuicio, con multa .”*

El secreto bancario no es más que una especie dentro del género secreto profesional, pues se trata de datos que el banco recibe en razón de su empleo, de su propia actividad, por lo que resulta de recibo lo postulado por la doctrina penalista al respecto.

Así entonces, al decir de LANGÓN, el artículo 302 del Código Penal debe interpretarse en el sentido más amplio posible, ya que utiliza indistintamente los términos *“empleo”* o *“comisión”* que lo complementan, por tanto: *“por profesión debe entenderse cualquier oficio, actividad (intelectual o manual), arte, carrera u ocupación de una persona, en el curso de la cual se hubiere “impuesto” (como dice el antecedente italiano), enterado o conocido secretos de un tercero, que no le pertenecen al autor, y cuya revelación configura, cuando causare perjuicio, el delito en cuestión”*. (LANGÓN CUÑARRO, Miguel. Código Penal t. II vol. II. Montevideo, Universidad de Montevideo, 2005, p. 195).

Por su parte y al respecto de este tema, CAIROLI expresa: *“Esto supone que existe una relación contractual entre cliente y profesional que asegura un deber de fidelidad entre ambos. El secreto profesional en sentido amplio, que es el que trata esta disposición del art. 302 es la manifestación de un particular a un profesional con el que ha trabado una relación por necesidad, y esta manifestación debe permanecer limitada a ellos dos y nadie más”* (CAIROLI MARTÍNEZ, Milton. Curso de Derecho Penal Uruguayo t. III. Montevideo, FCU, 1 Ed., 1989, p. 212).

c. El Código Civil Uruguayo:

En su artículo N° 2.256, establece normas respecto del depósito, que puede interpretarse respecto del tema que nos refiere *“El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo”*.

d. Ley N° 11.924 del 27 de marzo de 1953, art. 79:

Establece ciertos parámetros respecto de las cuentas bancarias con denominación impersonal: *“Las cuentas bancarias con denominación impersonal que, amparadas por el secreto bancario, mantengan los Bancos con sus clientes, estarán gravadas por el impuesto sustitutivo del de herencia creado por la Ley No. 3.648, de 16 de julio de 1910.*

Los activos pertenecientes a estas cuentas invertidos o depositados en el extranjero, pero administrados por Bancos nacionales, pagarán el impuesto que establece el artículo 7° de la Ley No. 11.073, de 24 de junio de 1948, que reglamenta a las sociedades de inversión”.

Igualmente la costumbre en materia bancaria era guardar secreto respecto de las obligaciones entre el banco y el cliente, por las características particulares de la actividad como mencionáramos anteriormente.

Por estas razones, doctrinariamente, se consagraba dicha obligación; pero además, este uso bancario se incorporaba de alguna forma en los contratos entre el cliente y el banco como salvaguarda de los intereses de éste último.

Por tanto, con anterioridad al régimen legal vigente se protegían con el secreto, todos los hechos conocidos por el banquero en lo que hacía a la relación con el cliente por motivos de su actividad, comprendiendo esto las operaciones activas, pasivas y neutras; pero además toda otra información obtenida con motivo del negocio. Quedaban excluidos, los datos que se hubieran hecho públicos, así como toda otra información que no tuviera directa relación con el negocio.

El relevamiento del mismo se accionaba en aplicaciones de la llamada *“justa causa”* dejando abierto un abanico de interpretaciones que hacían este secreto muy vulnerable.

3) EL RÉGIMEN DEL DECRETO-LEY N° 15.322 DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

Cabe comenzar por destacar el particular panorama económico al tiempo de la sanción de esta norma, y su finalidad: **dar estabilidad al sistema**. En efecto, este Decreto-Ley se aprueba tras las vicisitudes y problemas financieros imperantes en nuestro país, como forma de prevenir una ulterior y mayor crisis económica. Promulgado el 17 de setiembre de 1982, procuró que la consagración de un secreto bancario estricto fuera una vía para afianzar las soluciones a la crisis bancaria.

Al respecto, dice OLIVERA GARCÍA: *“Cuando estalla la crisis financiera de 1982 y nuestro sistema bancario comienza a sufrir una pérdida creciente de depósitos, producto de la desconfianza en los depositantes frente al desenlace de la política tabular en materia cambiaria, el Gobierno adopta la decisión de enviar un mensaje de estabilidad a la plaza, con la finalidad de tranquilizar al mercado. Dicho mensaje consiste en la aprobación de la reforma del sistema financiero”* (OLIVERA GARCÍA, Ricardo. Bodas de Plata de la Ley de Intermediación Financiera. Montevideo, 2008).

El art. 25 del Decreto-Ley de Intermediación Financiera N° 15.322, del 17 de setiembre del 1982, establece:

“Las empresas comprendidas en los arts. 1 y 2 de esta ley, no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito, o cualquier otro concepto, pertenecientes a personas física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otras excepciones que las establecidas en

esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

Y los art. 1 y 2 dos del referido decreto refieren:

“Artículo 1°.- Toda persona pública no estatal o privada que realice intermediación financiera quedará sujeta a las disposiciones de esta ley, a los reglamentos y a las normas generales e instrucciones particulares, que dicte el Banco Central del Uruguay para su ejecución.

A los efectos de esta ley, se considera intermediación financiera la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos

Artículo 2°.- Las instituciones estatales que por la índole de sus operaciones queden comprendidas en esta ley, estarán igualmente sujetas a sus disposiciones, a los reglamentos y a las normas generales e instrucciones particulares que dicte el Banco Central del Uruguay.

Para la aprobación o modificación de las cartas orgánicas y demás normas que rijan la actividad de las instituciones financieras del Estado, se oirá previamente al Banco Central del Uruguay”

a. **Ámbito Subjetivo**

En primer lugar, el artículo 25 refiere a las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 de la Ley.

Están obligadas a guardar secreto según el Decreto-Ley 15.322, las entidades que realizan actividad de intermediación financiera, definida como la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos.

Entendiendo como principal actividad de intermediación financiera la captación de ahorro público caracterizada por su indeterminación, quedan comprendidos en el ámbito subjetivo de la norma los bancos y las casas financieras, pero no otras empresas que estrictamente no realizan dicha actividad, como las casas de cambio u otras instituciones de servicios financieros.

Asimismo, están obligados por este deber de secreto los funcionarios que mantengan contacto con la información, en virtud de lo establecido por el Decreto 614/992 del 11 de diciembre de 1992.

b. **Ámbito Objetivo**

1. Operaciones bancarias

En cuanto a su objeto, la norma protege los datos sobre depósitos y también la información confidencial que se tenga sobre el cliente. En este punto la doctrina se ha cuestionado si el secreto ampara únicamente a las operaciones pasivas, (esto es, cuando el banco es deudor), o también a las activas, como por ejemplo el préstamo. Por un lado, CERVINI, BERGSTEIN y RODRÍGUEZ OLVIERA sostuvieron la amplitud de la norma, abarcando todos los supuestos. RIPPE y OLIVERA GARCÍA, entre otros autores, por el contrario, mantuvieron que la protección incluía únicamente a las operaciones pasivas. (RIPPE, Siegbert. Secreto Bancario. Montevideo, FCU, 2005).

La Ley 17.948 del 8 de enero del 2006, como forma de culminar estas discusiones, aclaró en su artículo primero que el secreto bancario alcanza a todas las operaciones pasivas *“Artículo 1°.- (Operaciones amparadas por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322).- El secreto profesional instituido por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, ampara exclusivamente las operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes, sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente - tanto en relación a operaciones pasivas como activas- comprendida también en la citada norma”.*

Sin embargo, luego agrega: *“sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente — tanto en relación a operaciones pasivas como activas— comprendida también en la citada norma”.*

Por lo tanto, la exclusión de las operaciones activas del amparo del secreto bancario no es total, y, aún si así fuera, quedarían igualmente comprendidas en la tutela del secreto profesional que realiza nuestro Código Penal que ya nos hemos referido oportunamente.

Entendemos que la tutela del secreto implica la protección de un derecho fundamental, por lo tanto, abarcaría a todas las operaciones en tanto impliquen la adecuada garantía de la intimidad del cliente. Aún así, la información crediticia en las operaciones pasivas recibe incuestionable amparo por parte de la norma, mientras que, en cuanto a las activas, deja abierto a la consideración de la confidencialidad de la información para su divulgación.

2. Las informaciones confidenciales

A continuación, en la segunda frase, el art. 25 establece una segunda prohibición al disponer que *"Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales recibidas de sus clientes, o sobre sus clientes"*.

VILLEGAS afirma que *"por informaciones debe entenderse toda "noticia" o "dato" referente al cliente, que obre en poder de la entidad, ya sea referente a su persona como a su patrimonio. Especialmente las manifestaciones de bienes "que los clientes hacen a las entidades para poder operar con ellas"*.

En igual sentido PEREZ FONTANA explica que las informaciones *"son actos que provienen directamente de los interesados con la finalidad de realizar una operación, o provenientes de terceros con la finalidad de asesorar al banquero sobre las cualidades morales y patrimoniales de una persona que desea contratar con el banquero"*. (PEREZ FONTANA, Sagunto F., "Operaciones bancarias, responsabilidad del banquero, secreto bancario, cajas de seguridad", Fundación de Cultura Universitaria, Mdeo 1992).

En consecuencia las informaciones confidenciales a que se refiere el art. 25 son todas aquellas que obtiene el banquero para decidir si realiza o no una, o más, operaciones con un sujeto. La norma delimita claramente los dos conceptos tal como se dan en la práctica bancaria: acopio de información con vistas a realizar operaciones, esto es, vincularse contractualmente con el futuro cliente, a lo que deben agregarse también las informaciones que se van obteniendo mientras la relación banco-cliente se desarrolla (por ej. evolución patrimonial de la empresa, negocios concertados con terceros, etc.).

Fue también éste, el contenido y alcance que el legislador tuvo presente al momento de redactar la norma. Explicando el alcance del artículo, el consejero Praderi expresaba que: *"El Banco, para conceder el crédito, habrá dispuesto de determinada información, que es secreta. Pero el otorgamiento de un crédito a un particular o a una empresa, no está incluido en el secreto..."* (Diario de Sesiones, tomo 34, pág. 137, 59ª Sesión Ordinaria, 14/09/82).

Esta estructura, es decir, la distinción de las operaciones por un lado y las informaciones que se reciben, por otro, como dos conceptos distintos, ya había sido utilizada por SUPERVIELLE, muchos años antes de dictarse el artículo, al estudiar el objeto de la obligación de guardar secreto donde distingue por un lado las operaciones (activas y pasivas) que vinculan al cliente con la institución, y por otro las informaciones de que tienen conocimiento los bancos (balances, etc.). (Supervielle, Bernardo; "El depósito bancario", Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho, Mvdeo. 1960, pág. 202).

También, la ley argentina N° 21.256 del 26 de marzo de 1976, hacía igual distinción en su art. 39 al disponer que *"las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones que realicen ni las informaciones que reciban de sus clientes"*. Actualmente esto fue modificado por la ley 24.144 del 23 de setiembre de 1992, que dispone que: *"Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que se realicen"*.

Estas dos últimas referencias, no se traen a colación como un elemento interpretativo directo del texto del art. 25, sino simplemente como forma de demostrar que la comprensión lógica de esos conceptos coincide con el sentido natural que ellos tienen en la práctica bancaria, por un lado las operaciones bancarias (de base contractual), y por otro las informaciones que se obtienen con vistas a realizar las mismas, o como consecuencia de su desarrollo.

Sin perjuicio de los otros argumentos que más adelante se expondrán, por ahora podemos concluir, en base a lo dispuesto por los arts. 17 y 18 del Cód. Civil Uruguayo, que en la economía del art. 25, los conceptos de “operaciones” e “informaciones confidenciales” son absolutamente distintos y ninguno de ellos contiene al otro.

“Artículo 17. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.

Artículo 18. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Por otra parte, continuando con el análisis del artículo 25 del referido Decreto-Ley, se consagran en el mismo diversas **excepciones**: **1)** la autorización expresa y escrita del cliente amparado; **2)** la resolución fundada de la justicia penal; y **3)** la resolución fundada de la justicia competente en casos de obligación alimentaria.

La evolución legislativa estableció ulteriores flexibilizaciones como fueron los casos de las leyes N° 17.016 del 22 de octubre de 1998 y N° 17.835 del 23 de setiembre del 2004, que permitió el levantamiento del secreto bancario en casos vinculados con el combate al lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

No obstante estas excepciones, la regla tuitiva de la intimidad financiera es clara y sancionada fuertemente, siendo sus limitaciones una excepción. Esto permitió, de acuerdo al marco histórico ya expuesto, desarrollar la confiabilidad del sistema financiero siendo el secreto bancario una verdadera norma de orden público. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia expresó: “... se entiende que la delimitación legal precisa del deber de guardar reserva en esta materia; es otra de las notas imprescindibles para prestigiar a nuestro país como un centro financiero seriamente organizado”. (Sentencia Suprema Corte de Justicia Número 430/995, del 2 de Agosto de 1995).

OLIVERA GARCÍA señala: “En esta materia, nuestro derecho se ubica entre los regímenes más estrictos en cuanto a la protección del secreto bancario, el cual no cede ante la justicia civil y sólo lo hace ante la justicia penal o ante la justicia competente, en caso de estar en juego una obligación alimentaria, estableciéndose además en estos casos estrictas formalidades que debe observar el magistrado actuante”. (OLIVERA GARCÍA, Ricardo. Manual de Derecho Bancario Uruguayo, t. 1, p. 202).

Por lo tanto, el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322 consagró el deber de reserva sobre la información bancaria, que no solamente recae sobre todos los datos emanados de las operaciones pasivas, sino también sobre la información confidencial de toda operación llevada a cabo con el cliente, con limitadas excepciones, siempre con la garantía de una resolución expresa y fundada de un juez, y, por último, con una importante sanción, que además de ser civil o administrativa, es de índole penal.

La prohibición legal incluye a las denominadas operaciones pasivas, es decir cuando la institución está en papel de deudor de su cliente (caso del depósito, con obligación de devolver en la misma especie y cantidad) y también las informaciones confidenciales recibidas por los clientes o sobre sus clientes.

Este nuevo sistema implicó un replanteo del régimen general relativo al secreto bancario que va a tener su punto más fuerte en las formas de relevarlo.

Tal como lo mencionábamos, las causas de su relevamiento establecidas en la ley eran muy estrictas y solo procedía en los siguientes casos:

- a. Autorización escrita del interesado;
- b. Resolución fundada de la justicia penal;

- c. Resolución de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria, por resolución fundada;
- d. Además el Banco Central del Uruguay (BCU) para poder cumplir con sus funciones, y la Ley N° 15.903 que facultaba a la Inspección General de Trabajo a revelar el secreto por infracciones cometidas por las empresas.

Ante esta rigidez casi absoluta, el secreto ofrecía algunos problemas para la Administración Fiscal. En los casos de Justicia Extranjera, la misma debe a través de un exhorto solicitar al Juez nacional, el relevamiento del mismo, que procederá de acuerdo con las excepciones citadas si entiende que existe mérito para ello y mediante resolución fundada.

A pesar de que la ley no cumplió su objetivo, en tanto no previno la crisis, instituyó un secreto bancario rígido, caracterizado por alcanzar a la información crediticia de las operaciones pasivas y a la confidencial de las activas, por establecer restrictivas excepciones, y por consagrar una sanción trascendente que garantizó el respeto por la norma. Así entonces, esta normativa trajo tranquilidad y sensación de protección en el sistema, a pesar de no impedir la crisis financiera de la época. Sin embargo, se proyectó en el tiempo como un ancla de desarrollo del sistema bancario, haciendo que el país generara un sector financiero de cara al país y a la región.

4) MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DEL SECRETO BANCARIO, POSTERIOR A LA LEY DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

Dentro de las modificaciones que han surgido en estos últimos años, y que han transformado el sistema establecido por la legislación hacia una flexibilización del tema, podemos destacar algunas de las más importantes:

a. Ley N° 17.963:

Promulgada el 19 de mayo del 2006, establece la obligación de las instituciones bancarias de informar al Banco Central del Uruguay las cuentas que tengan las personas y/o empresas que tienen juicios entablados por el Banco de Previsión Social (BPS).

“ARTICULO 15.- Facúltase al Banco de Previsión Social bajo resolución fundada a solicitar, en los juicios ejecutivos que inicie para hacer efectivo el cobro de los tributos que recauda, el embargo de las cuentas bancarias de las empresas, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón social del demandado. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo hará saber a la red bancaria nacional. Esta, en caso de tener cuentas abiertas a nombre del ejecutado, deberá informarlo a la sede judicial en un plazo de 3 (tres) días hábiles a efectos de proceder al embargo específico”.

Por otra parte el BPS, deberá informar a la Sede judicial correspondiente, las cuentas que tenga dicha persona, con lo que se le otorgan al fisco potestades que antes no tenía.

Lo mismo sucede con el embargo genérico en cuentas bancarias, que salvo como vimos en el art 290 de la Ley N° 15.903, del 10 de noviembre de 1987, respecto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), cualquier solicitante debía proporcionar los datos exactos de la cuenta, ya que de lo contrario se violaba el secreto, y además quién proporcionara el número de cuenta, debía probar como lo había obtenido. Por ejemplo, si el fisco conocía los datos del contribuyente parece lógico que ante el incumplimiento pida el embargo sobre dicha cuenta.

“Artículo 290. Facúltase a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social a solicitar, en los juicios ejecutivos que inicie para hacer efectivo el cobro de las multas impuestas, el embargo de las cuentas bancarias de las empresas, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón social del demandado. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay, quien lo hará saber a la red bancaria nacional. Esta, en caso de tener cuentas abiertas a nombre del ejecutado, deberá informarlo a la sede judicial en un plazo de tres días hábiles a efectos de proceder al embargo específico”.

b. El art. 53 de la Ley de Reforma Tributaria, Ley N° 18.083:

Permite a la Dirección General Impositiva (DGI) celebrar acuerdos con los contribuyentes, siempre y cuando éstos autoricen para un período determinado expresamente el relevamiento en operaciones e informaciones confidenciales.

“ARTÍCULO 53. Levantamiento voluntario del secreto bancario.- La Dirección General Impositiva (DGI) podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el Artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la DGI podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el Artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente”.

El beneficio que se otorga a estos contribuyentes si lo hacen, es otorgarles una reducción en los plazos de prescripción de sus obligaciones tributarias pasando estas de 5 y 10 años (art. 38 del Código Tributario) a 2 y 4 años respectivamente.

Al respecto corresponde cuestionar si es posible “canjear” plazos de prescripción breves por la no protección de la intimidad en algunos datos. También corresponde preguntarnos ¿cuál es la finalidad de esta reforma? A lo que responderemos que se intenta dar una mayor herramienta a la Administración Tributaria para cobrar sus créditos. En este nuevo marco, es necesario atender a la adecuada utilización de la normativa que realizan todos los operadores del sistema. Así entonces, resulta esencial considerar la situación del contribuyente, y la posibilidad de adoptar otra medida cautelar, trabando embargo sobre otros bienes, dejando como última medida la potestad consagrada por el artículo 54 de la Ley 18.083.

c. Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.54:

La Reforma Tributaria en su art. 54, permite levantar el secreto bancario ante la denuncia de defraudación solicitada por la Administración Tributaria en forma expresa y fundada ante la Sede Penal. Asimismo, hace extensivo a la Dirección General Impositiva (DGI) la facultad que ya se le había conferido al Banco de Previsión Social de solicitar el embargo de cuentas bancarias, sin necesidad de especificar los datos de la cuenta, sino únicamente con la especificación del número de cédula de identidad del presunto deudor.

Por un lado, entonces, se agrega una causal más de excepción a las del artículo 25 del Decreto-Ley 15.322, como es el pedido fundado de la Administración Tributaria acompañado por la denuncia de defraudación. En este punto, y a pesar de que la norma no haga alusión al control judicial, como sí lo hace el artículo 25, debe interpretarse que es de precepto la intervención de la justicia y que ésta analice el cumplimiento de la debida fundamentación de dicho levantamiento, antes de habilitarlo.

Por tanto, esta flexibilización, es únicamente para determinados sujetos: los organismos fiscalizadores. De manera adicional, estos organismos cuentan, desde la Ley N° 18.083 con otro beneficio: el embargo de cuentas, sin especificar los datos de la misma. Esto, en forma indirecta, constituye otra excepción, ya que las instituciones de intermediación financiera deberán brindar la información bancaria ante la solicitud de la justicia civil.

Es necesario hacer aquí una breve mención a la trascendencia que tiene esta norma para el contribuyente, quien ante un pedido de embargo por parte de la Administración Tributaria se verá gravemente afectado.

El embargo de sus cuentas lo obliga a trabajar por fuera del circuito bancario, lo que en muchos casos implica la imposibilidad de continuar con su actividad comercial, no solo no podrá depositar su capital de giro sino que además no podrá descontar cheques y por ende, su cadena de pagos puede verse seriamente afectada.

Es por lo expuesto, que entendemos que el control jurisdiccional debe ser exhaustivo, atendiendo a los intereses del contribuyente, y procurando optar por la medida cautelar que, amparando al Fisco, le cause menores perjuicios al contribuyente. Es decir, que a nuestro juicio los Jueces deben analizar pormenorizadamente si la medida cautelar de embargo de cuentas bancarias no debe ser una ultima ratio y dejar la medida para casos extremadamente graves. En definitiva, las herramientas que se le conceden a la Administración Tributaria deberían beneficiar a todos, y en su adecuada utilización y ponderación se extraerá la eficacia del sistema.

d. El art. 54 de la Ley N° 18.083, en su nuevo texto dado por el Artículo 15 de la Ley No. 18.718, del 24 de diciembre de 2010:

“ARTÍCULO 54. (Levantamiento del secreto bancario).- Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del Artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el Artículo 25 del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los Artículos 1 y 2” de dicha norma quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa.

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del Artículo 25 del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos.

También se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General Impositiva y respecto de obligaciones tributarias no prescriptas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas. Para dichas actuaciones será competente el Juez del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información, entendiéndose a tales efectos, el domicilio constituido ante la administración tributaria o, en su defecto, el domicilio real. El Juez solo hará lugar a la solicitud cuando la administración tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones. La misma información, podrá ser solicitada por la administración tributaria, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada. Lo dispuesto en este inciso será de aplicación para informaciones relativas a operaciones posteriores al 1° de enero de 2011.

En el caso del inciso precedente, el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información. La demanda se presentará por escrito según lo dispuesto por los Artículos 117 y 118 del Código General del Proceso, y se tramitará por el procedimiento incidental regulado en el Artículo 321 de dicho Código, con las siguientes modificaciones: a) la providencia que confiere el traslado de la demanda deberá notificarse en un plazo de tres días a contar de su dictado, y b) en el caso en que sea necesaria la realización de una audiencia, la misma deberá realizarse en un plazo máximo de treinta días a contar de la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo previsto.

El Juez dictará sentencia haciendo lugar o denegando la solicitud de levantamiento del secreto bancario, a cuyos efectos tendrá en consideración la prueba diligenciada y todas las circunstancias del caso. La sentencia será apelable por cualquiera de las partes. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la providencia impugnada y se regirá por lo dispuesto en el Artículo 254 numerales 1) y 2) del Código General del Proceso. Evacuado el traslado de la apelación o vencido el plazo correspondiente, el Juzgado deberá remitir el expediente al Superior en un plazo de cinco días hábiles. El Tribunal de Apelaciones deberá resolver en acuerdo, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los autos. Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno.

Las costas y costos se regularán por lo dispuesto en el Artículo 56.1 del Código General del Proceso.

En el caso previsto en el inciso tercero del presente artículo, el Banco Central del Uruguay dará cumplimiento a lo ordenado dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la recepción de la comunicación de la orden del juzgado competente. Las empresas referidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, deberán proporcionar la información requerida en un plazo de quince días hábiles contados desde la comunicación del Banco Central.

Vencido este último plazo el Banco Central del Uruguay deberá proporcionar a la Dirección General Impositiva la información recabada en un plazo de cinco días hábiles. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones previstas en el Capítulo V del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

A los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, las empresas comprendidas en los Artículos 1 y 2 del Decreto-Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas cuando exista una orden expresa del Juez competente según lo establecido en este artículo.

Cuando se tramiten solicitudes de levantamiento de secreto bancario el proceso judicial deberá mantenerse reservado para terceros distintos del solicitante y del titular de la información”.

1. Materia Penal:

Faculta a los bancos para que sean relevados de su obligación de reserva toda vez que la Administración Tributaria presente “una denuncia fundada” ante el Juzgado Penal.

La Administración Tributaria al presentar una denuncia al amparo del artículo 110 del Código Tributario (CT) puede solicitar en forma expresa y fundada a la Justicia Penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La primera apreciación es que el pedido de información bancaria debe realizarse conjuntamente con una denuncia penal por el delito de defraudación tributaria. Es decir que la Administración no podrá solicitar dicha información a la Justicia Penal, para a partir de los datos obtenidos analizar si pueden existir elementos probatorios a los efectos de presentar una denuncia penal.

El pedido de levantamiento del secreto bancario no puede convertirse en una instancia de búsqueda de información del presunto infractor, sino que debe servir al Juez Penal como un mecanismo probatorio, máxime cuando dicha información solo podrá ser analizada por el Magistrado, no teniendo la Administración Fiscal acceso a los datos obtenidos con dicha medida.

Cuando se habla de Administración Tributaria se incluye a la DGI y al Banco de Previsión Social al no existir una distinción al respecto, como sí existe en el caso de la solicitud de levantamiento de secreto bancario ante la Justicia Civil donde se dice a texto expreso que únicamente puede solicitarlo el Director General del Rentas como veremos más adelante. Por otra parte, el artículo 110 del Código Tributario (CT) resulta aplicable a todos los tributos amparados por el CT (El artículo 1 del CT señala que “*las disposiciones de este Código son aplicables a todos los tributos, con excepción de los aduaneros y los departamentales. También se aplicarán, salvo disposición expresa en contrario, a las prestaciones legales de carácter pecuniario establecidas a favor de personas de derecho público no estatales...*”), es decir tanto los administrados por la DGI como por el Banco de Previsión Social.

Entendemos que la reforma contenida en los dos primeros párrafos del artículo 54 de la Ley de Reforma Tributaria que se comenta con la modificación introducida por el Parlamento, no implica un cambio sustancial en relación con el régimen existente en el artículo 25 del Decreto Ley 15322. En efecto, en el régimen anterior la Justicia Penal siempre podía levantar el secreto bancario si entendía que a los efectos de obtener la semiplena prueba del delito era necesaria la información bancaria. La principal diferencia con el régimen anterior es que el silencio del Juez Penal o del Fiscal transcurrido el plazo de 30 días hábiles, tiene un efecto jurídico que es considerarse levantado el secreto bancario. No cabe más que criticar esta solución pues entendemos que el derecho a la intimidad protegido constitucionalmente, no puede decaer por el mero no hacer de un Juez Penal, por lo que consideramos que en este aspecto la norma resulta inconstitucional.

Esta norma en sustancia no importa un cambio trascendental con el régimen existente hasta el 2007, fecha en que se introduce esta norma en la Reforma Tributaria aprobada por la ley N° 18.083.

Naturalmente que en la resolución fundada dando noticia criminal al amparo del artículo 110 del CT, debe analizarse por parte de la Administración Tributaria si existen elementos indiciarios que hagan presumir la existencia de un delito. No se podrá solicitar por la vía oblicua de la denuncia penal información bancaria como un medio de obtener la prueba que la Administración Tributaria no fue capaz de diligenciar durante la etapa investigativa en el ámbito administrativo.

Como se recordará el artículo 110 del CT señala *“El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada”*.

La Administración Tributaria deberá, para hacer la denuncia ante la Justicia Penal, fundar su petición y establecer los indicios por los que entiende que puede existir la comisión de la conducta típica en cuestión.

Si solicita —adicionalmente— al amparo del artículo 110 del CT el levantamiento del secreto bancario, deberá previamente haber fundado su acto, haber dado vista previa al contribuyente al amparo del artículo 46 del CT, y haber analizado elementos probatorios y fácticos por los que entiende que existe una posible conducta criminal del contribuyente y que en la información bancaria pueden existir elementos probatorios adicionales a los que no ha accedido, que resultarán de trascendencia para que la Justicia Penal pueda determinar la existencia o no de un delito.

Como se desprende del artículo 110 del CT, el delito de defraudación tributaria, contiene una suerte de condición previa de procedibilidad, ya que hace que el Juez Penal no puede iniciar la actuación a menos que exista denuncia de la Administración Tributaria mediando resolución fundada.

“Artículo 110. (Defraudación tributaria).- El que, directamente o por interpuesta persona, procediera con engaño con el fin de obtener, para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas de los derechos del Estado a la percepción de sus tributos, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

Este delito se perseguirá a denuncia de la Administración Tributaria, mediando resolución fundada”. (TEXTO DADO por el Artículo 23 del Decreto Ley No. 15.294, de 23.6.1982).

Si bien se discute en doctrina si estamos ante una instancia del ofendido o ante una condición de procedibilidad, lo cierto es que se requiere de un acto administrativo debidamente fundado para que la justicia penal pueda comenzar a investigar la posible comisión de un delito. La denuncia resulta esencial para comenzar a instruir la actuación judicial, pero no para obtener pruebas en el marco del proceso penal por lo que entendemos —reiteramos— que la norma contenida en los párrafos primero y segundo de la norma que se analiza, no contiene un cambio sustancial en las reglas de juego preexistentes en relación con el secreto bancario en el ámbito penal.

Por otra parte, se le impone al Juez Penal o al Fiscal competente un plazo perentorio de 30 días hábiles para expedirse, y de no mediar pronunciamiento en contrario, se entenderá que el deber de reserva se encuentra fictamente levantado.

Es importante destacar que el Juez Penal o el Fiscal pueden, previo a otorgar el levantamiento de la información diligenciar nuevas probanzas o directamente negar la petición si entiende que la misma no procede.

Entendemos y esperamos que los Jueces Penales y los Fiscales nacionales en lo penal sean exigentes al momento de analizar la petición de la Administración Tributaria imponiendo a la misma, el deber de probar que la información bancaria solicitada es de esencia a los efectos de examinar la comisión de un presunto delito, evitando que la solicitud de la información sea simplemente para *“completar”* la prueba que la Administración no pudo obtener o no quiso diligenciar en otra etapa.

En caso que transcurra el plazo de 30 días perentorios o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, el Juez de la causa debe dar curso a la solicitud comunicando al Banco Central del Uruguay para que recabe de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos.

En definitiva, de mediar una actitud proactiva y garantista por parte de los jueces somos de la opinión que la norma consagrada en esta materia no difiere en nada respecto del artículo 25 del Decreto Ley N° 15.322.

2. En Materia Civil:

A partir del 1 de enero de 2011, también se podrá levantar el secreto bancario por resolución judicial cuando el Director General de Rentas, en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras, y respecto de obligaciones tributarias no prescriptas, solicite en forma expresa y fundada ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil, toda la información relativa a las operaciones bancarias de personas físicas o jurídicas determinadas.

En estos casos será competente el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil del lugar del domicilio de la persona física o jurídica titular de la información a tales efectos, se tomará en cuenta el domicilio constituido ante la Administración Tributaria o, en su defecto, el domicilio real.

El texto establece que el Juez sólo hará lugar a la solicitud cuando la Administración Tributaria haya acreditado la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión por parte del sujeto pasivo, y siempre que la información solicitada resulte necesaria para la correcta determinación de adeudos tributarios o la tipificación de infracciones.

En primer lugar, es necesario preguntarnos quién puede presentar esta solicitud y respecto a qué información, esto es cuál es el objeto y sujetos de la pretensión. Según el texto aprobado por el Parlamento será el Director General de Rentas quien podrá solicitar a la Justicia Civil el levantamiento del secreto bancario. Esto importa un cambio respecto de la norma originalmente remitida por el Poder Ejecutivo al Parlamento según pudimos ver, y ello por cuanto los legisladores entendieron que esta medida era una medida ciertamente limitante de los derechos individuales y por tanto se quería que la solicitud fuera acompañada de la firma del jerarca máximo de la DGI. Así lo solicitó el Colegio de Abogados del Uruguay en sesión de la Cámara de Senadores del 2 de setiembre de 2010 quien remarcaba este punto requiriendo que la solicitud *“contenga algunos presupuestos esenciales y no sea formulada, por ejemplo, por un mero equipo inspectivo, sino por un jerarca que dicte un acto administrativo por el cual solicite, con fundamentos, el levantamiento del secreto bancario de ese titular de la información: ese acto administrativo deberá ser concreto”* (Intervención del Dr. César Pérez Novaro).

La solicitud debe realizarse por el Director General de Rentas en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la DGI. Ello implica que deberá existir una instrucción administrativa previa, debe existir una orden de inspección dando comienzo al procedimiento respecto de un sujeto pasivo determinado, la producción de pruebas a los efectos de poder determinar sobre bases cierta el presunto tributo adeudado por el contribuyente.

Compartimos con LORENTE FERNANDEZ quien sostiene: *“que la DGI no puede hacer un uso indiscriminado de esta facultad, sino sólo cuando se encuentre en una actividad de fiscalización”*. (El secreto bancario ante la administración tributaria. Régimen actual y proyectado. Lorente Fernández, Gerardo Cita Online de la Leyonline: D3248/2010).

Lo podrá hacer respecto de obligaciones tributarias no prescriptas señala la ley. Ello implica que el Director de Rentas deberá fundamentar que las obligaciones tributarias se encuentran no prescritas y el Juez de la causa deberá analizar como requisitos previo este punto. El Magistrado deberá analizar el fondo de asunto y no quedarse con una *“sumaria cognitio”* como veremos más adelante. Cuando habla de obligaciones no prescriptas debemos referirnos a aquellas obligaciones tributarias que no se hayan extinguido conforme a lo establecido por los artículos 38, 39 y 40 del CT, es decir, que no hayan transcurridos 5 o 10 años según corresponda al caso.

La solicitud del Director General del Rentas ante los Juzgados Civiles debe ser “*expresa y fundada*”. Deberá fundamentar la petición “*narrando los hechos e invocando el derecho aplicable (ej. comprobaciones ya realizadas, obligaciones que se pretenden fiscalizar, relación causa — efecto entre la información bancaria que se pretende y lo que se fiscalizará, declaraciones juradas presentadas, tributos que se consideran que el contribuyente debió pagar, etc.)*” (Lorente Fernández, Gerardo en obra ya citada).

Las únicas instituciones respecto de las cuales se flexibiliza el Secreto, son las comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto — Ley N° 15.322, esto es, únicamente las instituciones de intermediación financiera ya que son las únicas que pueden realizar operaciones bancarias.

La Comisión de Hacienda del Senado expresamente analiza el punto arribando a la conclusión antes mencionada cuando establece: “*La Comisión ha entendido oportuno aprobar el proyecto tal como se redactara por el Senado y recomendar a la Cámara su aprobación, pese a que entiende que este artículo 15 merecería alguna modificación para precisar su alcance, en relación a la nómina de entidades obligadas por el artículo 54 de la Ley N° 18.083, en la redacción dada por este proyecto de ley (empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 15.322), se deberían incluir lógicamente también a las otras entidades financieras que por mandato legal tienen la misma obligación de secreto (por ejemplo empresas y agentes en la intermediación del mercado de valores)*”.

En el texto aprobado se limita la hipótesis de levantamiento del secreto bancario únicamente a operaciones bancarias de cuenta corriente, cajas de ahorro y operaciones de crédito.

A favor de esta interpretación mencionamos como fundamento, además de la interpretación literal, lo establecido en el Decreto 220/998 del 12 de agosto de 1998 que en su artículo 54 señala: “*No son operaciones bancarias, aunque sean realizadas por instituciones bancarias, las administraciones de negocios rurales y de inmuebles y, en general el ejercicio por cuenta de terceros de encargos o negocios no financieros ni vinculados a la intervención bancaria en operaciones de comercio exterior*”.

Por tanto, el levantamiento abarcará únicamente las operaciones bancarias del sujeto pasivo. Sin embargo no incluirá otros datos como el asesoramiento que los bancos puedan realizar a sus clientes para inversiones en el exterior o adquisición de valores u otros instrumentos financieros.

Las solicitudes de pedido de levantamiento de secreto bancario se tramitarán ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia con competencia en materia civil del domicilio de la persona física o jurídica determinada, titular de la información. Cuando habla del titular de la información se refiere al sujeto pasivo objeto de fiscalización conforme veremos adelante.

El domicilio que se tomará en cuenta en primer término será el que se haya constituido en la DGI, y sólo en su defecto el domicilio real.

La información que podrá requerir el Director General de Rentas es del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

El Sujeto Pasivo conforme al artículo 16 del CT es la persona obligada al cumplimiento de la prestación pecuniaria correspondiente, sea en calidad de contribuyente o de responsable. Se define al Contribuyente por el artículo 17 del CT como la persona respecto de la cual se verifica el hecho generador de la obligación tributaria.

Se define al Responsable por su parte en el art. 19 del CT como “*la persona que sin asumir la calidad de contribuyentes debe, por disposición expresa de la ley, cumplir con las obligaciones de pago y los deberes formales que correspondan a aquél...*”

Como se desprende en forma clara del texto aprobado por el Parlamento no se podrá pedir información bancaria de personas físicas o jurídicas que no sean la persona del contribuyente o del responsable. Por lo tanto, queda en forma por demás clara, vedada la posibilidad de pedir información bancaria de proveedores del contribuyente o del responsable o de familiares de éstos. Creemos que la claridad del texto nos exime de ulteriores comentarios.

Sin embargo, se puede argumentar que dado que estamos ante casos de “*evasión*” podría pedirse la información de terceros que haya colaborado personalmente (Art. 102 y 104 del CT) con el sujeto pasivo para la comisión de una infracción tributaria. Descartamos de plano esta tesis, ya que el texto legal no habilita a realizar interpretaciones extensivas, y por otra parte estando ante normas de carácter punitivo no resulta aplicable ninguna interpretación analógica.

El pedido del Director General de Rentas debe ser preciso y atender a la necesidad de una resolución que revista el doble carácter de ser expresa y fundada. A su vez, el afán fiscalizador de la Administración no alcanza como fundamentación para el levantamiento del secreto bancario, sino que ésta se debe motivar en indicios objetivos que hagan presumir la existencia de evasión por parte de un sujeto, así como la Administración debe invocar que esta prueba, que surgirá de los datos protegidos, es necesaria para la determinación de los adeudos o la tipificación de las infracciones.

Cuando se habla de indicios objetivos, se asume que la Administración Tributaria deberá de haber realizado una investigación exhaustiva en la etapa investigativa previa. La Administración deberá instruir toda la prueba necesaria y únicamente solicitar a la Justicia el levantamiento del secreto bancario cuando los indicios estudiados en la instrucción sean de tal magnitud que a juicio de cualquiera y de cualquier situación, sea inopinable e inobjetable que existen elementos serios que puedan configurar una hipótesis de “*evasión*”. Cabe destacar, que claramente no se podrá solicitar el levantamiento del secreto bancario en los casos en que el contribuyente esté discutiendo con la Administración el derecho aplicable o la existencia misma de la obligación tributaria, ya que en estos casos no existirán indicios objetivos sino una mera apreciación subjetiva de una parte de la relación jurídica tributaria.

Resulta relevante hacer hincapié en los requisitos de la solicitud de levantamiento del secreto bancario, que deben ser cumplidos por la Administración para que el Juez acceda a dicha pretensión. En este punto, las discusiones parlamentarias y las razones que llevaron a cambiar el proyecto inicial son de trascendencia para interpretar el texto. Nuestra doctrina (Por ejemplo ver: CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Derecho, Madrid, 1991, p. 311; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. Las apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución, en: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración t. 55, p. 125) y jurisprudencia han sido constantes en admitir el valor de los antecedentes parlamentarios para aplicar la norma vigente (así, por ejemplo: La Justicia Uruguayo Casos Nos. 6751, 15775, y 1803, Sentencias del TAC 3T No. 121/08, TAC 5T No. 75/95, y TAC 7T No. 118/00).

En este punto es útil recordar las palabras de ORTEGA y GASSET: “*Limitarse literalmente a lo expreso en un texto sería no entender ese texto y no absorber el pensamiento que ese texto encierra*” (Citado por la Suprema Corte de Justicia en el caso número 174 de 2002).

Por tanto, será el Juez Civil quién tendrá que examinar y controlar si el pedido de la Administración contiene lo que la norma exige, y lo debe hacer de una forma exhaustiva y no meramente sumaria, ya que, como está habilitando la limitación de un derecho humano, la interpretación restrictiva se impone. Así entonces, en los casos de duda, es deber del juez negar el levantamiento, o, en su caso, solicitar a la Administración mayores elementos que permitan cumplir con la legislación.

En este sentido, en dichos que admiten ser aplicados a este supuesto, ha expresado la Suprema Corte de Justicia: “...se puede pedir el embargo del depósito efectuado en una cuenta bancaria, siempre que el mismo se encuentre debidamente individualizado, pero la referida petición no puede mudar de naturaleza y convertirse en un procedimiento de averiguación, porque ello implicaría la violación del secreto bancario, siendo nuestra legislación —como ya se expusiera en anteriores Considerandos— una de las más estrictas respecto a su protección”. (Sentencia Suprema Corte de Justicia Número 430 de 1995).

Por su parte, el titular de la información deberá controlar para poder oponerse, la existencia de una resolución fundada; que la información requerida sea vital para la fiscalización de sus obligaciones tributarias; que éstas existan y además que no estén prescriptas; que la Administración Tributaria haya agotado todos los medios probatorios antes de solicitar la información bancaria; que no se trate de una “*expedición de pesca*” para obtener la información necesaria para “*armar*” el caso; que se le haya concedido la vista previa del artículo 46

del CT; es decir, que la Administración haya realmente realizado un procedimiento acabado probatorio en la etapa de la fiscalización haciendo usos de sus amplias facultades que le consagran los artículo 68 y 70 del CT.

Una vez dispuesto judicialmente el levantamiento del secreto bancario por el Juez Civil o por el Tribunal de Apelaciones, el Banco Central del Uruguay deberá dar cumplimiento a lo solicitado judicialmente, dentro del plazo de 5 días hábiles desde que recibió la comunicación.

A su vez, las empresas de intermediación financiera reguladas por el artículo 1 y 2 del Decreto Ley 15.322 deberán, en un plazo de 15 días a contar desde la comunicación del Banco Central, remitir la información a dicha entidad.

Vencido dicho plazo el Banco Central deberá proporcionar directamente a la DGI la información remitida por las instituciones de intermediación financiera sobre la persona física o jurídica determinada.

No se prevé en la ley aprobada, ningún tipo de norma con respecto al tratamiento que debe aplicar la DGI a la información recibida. Entendemos que la información suministrada a la DGI debe ser utilizada exclusivamente para los fines de la fiscalización y se encontrará protegida por el Secreto Tributario del artículo 47 del CT que señala que *“la Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales. Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada. La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente”*.

3. Materia Internacional:

Se incluye la posibilidad de intercambiar información tributaria con otros Estados, en el marco de la suscripción de Acuerdos para evitar la doble imposición, modificando en forma sustancial la tradición imperante en el Uruguay

Podrá la Administración Tributaria solicitar información, en cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición, que se encuentren vigentes, debiendo indicarse en dicho caso la entidad requirente y todos los antecedentes y fundamentos que justifiquen la relevancia de la información solicitada.

La Ley 18.718 continuó profundizando en la debilidad del secreto bancario uruguayo frente a la Administración Tributaria. En ese marco, ahora la DGI podrá acceder a la información tutelada por ese secreto con fines de liquidación y determinación del tributo. Es elogiable que se haya respetado el principio de la exclusividad jurisdiccional como valla de garantía en lugar de permitir el acceso directo del Fisco a la información bancaria.

Sin embargo, ello no elimina dos grandes cuestionamientos: uno de política legislativa; el otro, de graves carencias en la construcción de normas que en definitiva violentan la esfera de la intimidad.

En el primer caso, se ha dado el paso que ya anunciaba en el año 2007 la sanción de la Ley 18.083. Se continúan otorgando facultades extraordinarias al Fisco sin que se le impongan contrapesos con la finalidad de tutelar el derecho de los contribuyentes. Es cierto que el acceso del Fisco al secreto bancario existe en la mayoría de los países. No obstante, ello se legisla en un país como Uruguay en el cual el contribuyente se ve enfrentado a una ausencia total de derechos frente a la Administración Tributaria. A sola vía de ejemplo, no existe un plazo para que el Fisco determine el tributo y la mayoría de las veces suele demorar años en hacerlo. Tiene facultades de asfixiar empresas suspendiendo la vigencia del certificado de estar al día, los recursos administrativos son de una lentitud exasperante y cuando a la postre se logra obtener un pronunciamiento de la Justicia Administrativa, los daños para el contribuyente han sido irreparables.

Tampoco se respetan institutos como el del “*non bis in idem*” y se continúa con la independencia de las acciones administrativas y penales manteniéndose la doble sanción por un mismo hecho. En ese marco, continuar generando una agencia estatal con mayores poderes desemboca en un claro riesgo a la libertad individual.

Con respecto a la norma en sí, la imprecisión del término “*evasión*” solo genera incertidumbre a la hora de aplicarla. El principio de taxatividad o mandato de certeza se sustituye por la discrecionalidad judicial. Y esto es tanto más peligroso en un sistema judicial como el uruguayo en el que el concepto de independencia técnica muchas veces degenera en una especie de anarquía técnica, donde un mismo caso es resuelto de manera diversa según el juez llamado a entender en el mismo.

En ese marco, la única forma de salvar el mandato constitucional de certeza hubiera sido aceptar que la norma solo es aplicable en caso de que existan indicios de ocultación de ingresos, acotando el concepto de “*evasión*” a esa modalidad de disminuir el monto imponible. No obstante, ninguna garantía hay de que se siga una interpretación uniforme y la norma es un caldo de cultivo fértil para la citada “*anarquía técnica*”. A ello hay que sumarle que la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Civil no admite recurso alguno, por lo que la supuesta función unificadora de una Corte de Casación no existe en casos en los que el derecho a la intimidad puede verse gravemente comprometido.

Es una mala ley y que además se dicta en un contexto normativo donde el contribuyente se enfrenta al gigantismo de la Administración Fiscal. Si la misma aplica en el marco de una “*anarquía técnica*” como creemos que puede suceder, la acción de inconstitucionalidad por violación al mandato de certeza debería ser el camino a recorrer.

e. Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.55:

Por último, el artículo mencionado, de alguna manera interpreta el artículo 25 del Dec-Ley N° 15.322, y establece expresamente que la información que la administración tributaria solicite a las Instituciones de Intermediación financiera, no queda comprendida en el secreto bancario, aunque dicha información no puede ser proporcionada a terceros ajenos a la relación tributaria.

Sin duda alguna que se trata en este caso de una forma de vulnerar determinados valores que hacían en la relación Banco-Cliente en pos del afán recaudador del Estado y cuya flexibilización, además de otorgar excesivas potestades tributarias, pone al fisco en un plano de superioridad respecto de otros acreedores, lo cual entendemos puede configurar situaciones injustas y de dudosa legalidad en cuanto a los procedimientos que puedan iniciarse.

“Artículo 55.- Alcance del secreto bancario.- Interpretase que no está incluida en el secreto profesional a que refiere el Artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la información que la administración tributaria solicite a las instituciones de intermediación financiera comprendidas en dicha norma, en relación a las obligaciones tributarias originadas en su condición de contribuyentes. Dicha información no podrá ser utilizada por la Administración en relación a terceros”.

b. Reforma Tributaria Ley N° 18.083, art.56:

Promulgada el 27 de diciembre del 2006, en su artículo 56, establece que tanto la Dirección General Impositiva (DGI) como el Banco de Previsión social (BPS), podrán solicitar los embargos de la cuentas de los contribuyentes en forma genérica. También respecto de la solicitud de una medida cautelar como un embargo preventivo, medida que se dicta sin conocimiento previo del demandado.

“Facultase a la Dirección General Impositiva (DGI) y al Banco de Previsión Social (BPS), bajo resolución fundada, para el cobro de los tributos que recauda y/o administra, incluidas las multas, recargos y demás sanciones, a solicitar en los juicios ejecutivos que inicie y en las medidas cautelares que solicite, el embargo de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos y de los responsables solidarios, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón o denominación social del demandado o cautelado, conjuntamente con cualquier número identificador como ser el de los siguientes documentos o registros: cédula de identidad, pasaporte, documento de identidad extranjero, inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la DGI, o inscripción en el BPS. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay (BCU), quien lo comunicará por un medio fehaciente a todas las empresas comprendidas en los Artículos

1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, en un plazo de dos días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación.

El embargo de las cuentas bancarias a que refiere este artículo quedará trabado con la providencia judicial que lo decreta y se hará efectivo con la notificación del mismo a las empresas comprendidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, por parte del BCU, según lo dispuesto en el inciso anterior.

Las empresas comprendidas en los Artículos 1° y 2° del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, que tengan cuentas bancarias abiertas a nombre del demandado o cautelado embargadas conforme a lo dispuesto en este artículo, deberán informar a la Sede judicial, en un plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación que le realice el BCU, según lo dispuesto en el inciso primero, la existencia y cuantía de los fondos y valores, en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, de los cuales el titular es el embargado. Dichos datos sólo podrán ser tenidos en cuenta a los efectos de adoptarse los embargos específicos que sobre los citados bienes disponga la Sede judicial interviniente, no constituyendo medio de prueba hábil para la determinación de tributos del embargado o de terceros, salvo en el caso del contribuyente por sus impuestos propios, cuando el mismo lo hubiera autorizado expresamente”.

c. Ley N° 17.948:

Como ya hemos hecho referencia esta ley intentó dar solución a la eterna discusión doctrinaria acerca del alcance objetivo del secreto bancario.

No obstante ello, referimos a la Ley N° 17.948 como una flexibilización al secreto bancario ya que en su artículo 2° permite divulgar información sobre las operaciones activas del cliente, con las limitaciones establecidas en el artículo primero, esto es, la no difamación de información considerada “confidencial”.

Asimismo, también excluye del secreto bancario a la calificación del riesgo que consta en la Central de Riesgos Crediticios del Banco Central del Uruguay, así como faculta a su publicidad, aclarando que: “En ningún caso esa divulgación implicará dar noticia sobre fondos y valores que se encuentren depositados en el sistema financiero nacional, así como sobre las declaraciones juradas presentadas por el personal superior de las instituciones financieras para su evaluación con fines de supervisión”.

Aparece aquí entonces, la publicidad y transparencia contrapuesta con aquella intimidad y demás derechos del cliente salvaguardados inicialmente.

En esta ley, se concede al Banco Central del Uruguay la potestad de divulgar cierta información, aunque siempre protegiendo los datos confidenciales y, si se quiere, más íntimos del cliente.

Esta nueva posibilidad, si es utilizada con cautela, puede ser útil al sistema bancario, ya que permite contar con mayor información para todos los agentes que operan en el mismo, aunque sin permitir la libre divulgación. Es de observar que es el Banco Central del Uruguay el sujeto permitido por la ley para dar la información concerniente a operaciones activas. Siendo este órgano quien debería hacer un uso razonable de esta facultad, procurando la protección de datos confidenciales y otorgando los permitidos, únicamente para determinados fines.

Por lo tanto, el art. 1 de la Ley N° 17.948, promulgada el 8 de enero de 2006, deja de lado la controversia respecto de las **operaciones activas** dejando solo la salvaguarda del secreto las **operaciones pasivas e informaciones confidenciales**. En efecto, a partir de esta ley, cualquier persona física o jurídica que opere con Instituciones de Intermediación Financiera, podrá solicitar al Banco Central del Uruguay (BCU) información sobre inversiones, préstamos, descuentos, hipotecas, avales, garantías u otras obligaciones crediticias. El BCU estudiará la solicitud y podrá establecer una contraprestación de un máximo de 270 U.I. por solicitud de información y de 90 U.I. por actualización, determinando asimismo el máximo de información a proporcionar para cada solicitante y si existe mérito para ello.

“Artículo 1°.- (Operaciones amparadas por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322).- El secreto profesional instituido por el artículo 25 del Decreto Ley No. 15.322, de 17 de setiembre de 1982, ampara exclusivamente las operaciones bancarias pasivas que realizan las instituciones de intermediación financiera y toda otra operación en la que éstas

asumen la condición de deudores, depositarios, mandatarios o custodios de dinero o de especie respecto de sus clientes, sin perjuicio del amparo de toda la información confidencial recibida del cliente - tanto en relación a operaciones pasivas como activas- comprendida también en la citada norma”.

d. Régimen de las SAFIs:

1. Introducción.-

Las Sociedades Financieras de Inversión (SAFIs) fueron reguladas por la Ley 11.073 del 26 de junio de 1948 y su objeto principal consistía en la realización, por cuenta propia o de terceros, de inversiones en el exterior, así como el desarrollo de operaciones comerciales en el exterior.

Estas sociedades contaban con determinadas prohibiciones y limitaciones a su objeto, entre las cuales se destacan la imposibilidad de emitir acciones por medio de suscripción pública o cotizarlas en la Bolsa dentro del país, recurrir al ahorro público, realizar operaciones de índole bancaria, de crédito recíproco o capitalización, integrar su activo con acciones, debentures, partes sociales u otros papeles de comercio emitidos por empresas nacionales que no sean SAFIs, tener inmuebles o créditos hipotecarios en el país e invertir en Deuda Pública nacional por importes superiores a los permitidos.

Aquellas SAFIs cuyo único activo en el Uruguay estaba formado por acciones de otras SAFIs, por saldo en cuentas bancarias en suma inferior al 10% de su activo o por Deuda Pública Nacional, Títulos Hipotecarios y Municipales, pagaban como único impuesto el Impuesto a las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (Isafi), el cual gravaba a la tasa del 0,3% la suma del patrimonio neto más el exceso del pasivo por sobre el doble del patrimonio.

De acuerdo con lo anterior, era posible que una sociedad constituida como SAFI no se encuentre dentro del régimen tributario específico de las SAFIs -por no cumplir con las limitaciones de tenencia de activos- y deba abonar impuestos bajo el régimen general.

La Ley 18.083 de Reforma Tributaria realizó modificaciones al régimen de las SAFIs, algunas de las cuales comenzaron a regir a partir del 1° de enero de 2010. La forma de implementar estas modificaciones fue abordada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 94/10, el cual analizaremos más adelante.

2. La Reforma Tributaria.-

Como ya fue dicho, la Reforma Tributaria introdujo importantes cambios en la situación de las SAFIs. En primer lugar, el artículo 5° de la ley estableció que el régimen de tributación especial que las mismas poseen sólo podrá utilizarse hasta los ejercicios cuyo cierre económico no sea posterior al 31 de diciembre de 2010.

Por otra parte, el artículo 4° de la misma ley prohibió, a partir de su entrada en vigencia, verificada el 1° de julio de 2007, la constitución de nuevas SAFIs. Asimismo, el artículo 7° dispuso que aquellas sociedades que se encontraran en proceso de constitución a la fecha de entrada en vigencia de la Reforma contarían con plazo de 180 días para finalizarlo, momento a partir del cual no podrían culminar el proceso como tales, debiendo ajustarse a las disposiciones establecidas para las sociedades anónimas en general.

Cabe mencionar que el segundo inciso del artículo 5° otorga al Poder Ejecutivo facultades para establecer las condiciones bajo las cuales se procesarán estos cambios, incluyendo la posibilidad de disponer la aplicación del régimen general de documentación y contabilidad previsto para las sociedades en general.

Como se puede apreciar, la Reforma Tributaria no elimina el régimen de las SAFIs -al menos para las ya existentes- sino que elimina su estatus tributario especial, por lo que una SAFI existente podría continuar operando bajo el estatuto previsto para este tipo de compañías, pero sujeta al régimen general de tributación.

3. El Decreto 94/010.-

Ejerciendo las facultades mencionadas precedentemente, el Poder Ejecutivo emitió el decreto 94/010 con fecha 19 de febrero de 2010, el cual reglamenta alguna de las modificaciones introducidas por la Reforma.

El artículo 1° del decreto estableció que las SAFIs debían realizar al 31 de diciembre de 2010, un cierre de ejercicio preceptivo y calcular por última vez el ISAFI, proporcionando el impuesto a los meses transcurridos desde el último cierre.

Por su parte, el artículo 2° del decreto dispuso que a partir de esa fecha, y con cargo al mes de enero de 2011, estas sociedades debieran comenzar a tributar los anticipos del Impuesto de Control de las Sociedades Anónimas (Icosa). No se dijo, pero resulta obvio que, en caso que comiencen a obtener ingresos gravados por IRAE e IVA, estas debían comenzar a realizar los pagos correspondientes de acuerdo al régimen general.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden considerarse casos de SAFIs que continúen amparadas al antiguo régimen de tributación más allá del 1° de enero de 2011. En particular nos referimos al caso de aquellas sociedades que antes del 1° de abril de 2005 hubieran consolidado el impuesto según lo previsto en el artículo 7 de la Ley N° 11.073. Como se recordará, el plazo máximo por el que se puede efectuar dicha consolidación es de 15 años, período por el cual *“la sociedad y los titulares de los valores que aquella hubiere emitido, quedarán exceptuados de las modificaciones al régimen fiscal que pudieran sancionarse durante el plazo que hubieren consolidado”*.

Finalmente, el artículo 3° del decreto establecía que las SAFIs debían adecuar su documentación y contabilidad al régimen general aplicable a todas las sociedades comerciales. Como consecuencia de esto, a partir del 1° de enero de 2011 no podrán continuar llevando su contabilidad en dólares y deberán aplicar los mismos principios contables que el resto de los contribuyentes, tal como se dispone en la Sección X del Capítulo I de la Ley N° 16.060.

Cabe mencionar que el artículo 279° de la Ley 16.060 en la redacción dada por el artículo 100 de la Ley 18.083 establece que las sociedades anónimas deberán tener su capital representado en moneda nacional. Sin embargo, cuando el objeto principal sea invertir en activos radicados en el exterior, la reglamentación podrá autorizar que el capital se exprese en moneda extranjera. A la fecha, dicha facultad no ha sido ejercida por el Poder Ejecutivo.

e. El Decreto 282/2011:

Emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas (M.E.F) el 10 de agosto de 2011, reglamentó el procedimiento a través del cual los contribuyentes titulares de la información amparada al secreto bancario podrán relevar del mismo, en favor de la D.G.I., a las empresas comprendidas en los arts. 1° y 2° del Decreto Ley N° 15.322.

Las disposiciones del presente decreto son de aplicación en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras de la Dirección General Impositiva, y ante solicitudes de intercambio de información recibidas de autoridades competentes de Estados requirentes, en el marco de los convenios internacionales para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal y de los acuerdos relativos al intercambio de información en materia tributaria, celebrados por la República.

En forma previa a dar curso a la solicitud de relevamiento del secreto bancario ante la Sede Judicial, que refiera a contribuyentes titulares de información amparada en el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la Dirección General Impositiva deberá requerirles su autorización expresa y por escrito para que releven del deber de guardar secreto a las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de la referida norma legal, confiriéndoles vista de los motivos del requerimiento por el término de cinco días hábiles.

Para la aplicación de intercambio de información en el marco de convenios o acuerdos internacionales, relativa a personas o entidades, que no sean contribuyentes de los tributos administrados por la Dirección General Impositiva, no deberá requerirse la referida autorización voluntaria.

La autorización de relevamiento del secreto bancario a favor de la Dirección General Impositiva, deberá otorgarse expresamente y en un documento exclusivamente destinado al efecto. El documento deberá contener

un acuerdo celebrado con el contribuyente titular de la información, en el cual este autorice, en forma expresa y para un período determinado, a todas las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto-Ley N° 15.322 a suministrar a la Dirección General Impositiva, la revelación de todas las operaciones e informaciones que se encuentren en su poder amparadas en el secreto bancario (artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322).

La Dirección General Impositiva remitirá al Banco Central del Uruguay copia de la autorización, conjuntamente con el requerimiento de información, el cual deberá contener como mínimo: a) identificación del contribuyente titular de la información; b) especificación de la clase de información, y de las operaciones, productos o valores, respecto de los cuales se solicita información; c) los períodos comprendidos en la solicitud.

En un plazo de cinco días hábiles contados desde el día siguiente al de la recepción de la autorización, el Banco Central del Uruguay notificará, por un medio fehaciente y de acuerdo a la naturaleza de la información requerida, la solicitud de la Dirección General Impositiva a las entidades comprendidas en el artículo segundo del presente decreto.

Las entidades notificadas, deberán proporcionar la información requerida al Banco Central del Uruguay en un plazo de quince días hábiles contados desde la notificación referida en el artículo 7° del presente Decreto. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a las sanciones previstas en el Capítulo V del Decreto-Ley N° 15.322.

Al vencimiento del referido plazo, el Banco Central del Uruguay dispondrá de cinco días hábiles para proporcionar a la Dirección General Impositiva la información recabada.

Vencido el plazo previsto sin que el contribuyente haya otorgado la autorización expresa, la Dirección General Impositiva podrá formular la solicitud de relevamiento de secreto bancario ante la Sede Judicial, en los términos establecidos por los incisos tercero y siguientes del artículo 54 de la Ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006, con la redacción dada por el artículo 15 de la Ley N° 18.718, de 24 de diciembre de 2010.

La información obtenida por la Dirección General Impositiva por aplicación del presente decreto, estará sometida a las obligaciones dispuestas por el artículo 47 del Código Tributario "*Secreto de las actuaciones*).- *La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales.*

Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaren por resolución fundada.

La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente".

f. Ámbito Internacional:

También es importante detenerse a indagar, como lo realizaremos en el próximo capítulo, el ámbito internacional en el cual nos relacionamos y sus entidades, el cual ejerce presión para la sanción de determinadas regulaciones no del todo legales dentro de nuestro marco jurídico o lucrativas, a cambio de otros beneficios.

5) ÁMBITO INTERNACIONAL - LA OCDE-

a. Características

La OCDE es un organismo intergubernamental, que reúne a 32 países desarrollados. Sus objetivos fundacionales son procurar expandir las economías de sus Estados miembros y cooperar con otros países de menor desarrollo económico, combatiendo el lavado de dinero y la evasión fiscal internacional.

Su actividad práctica tiende a debilitar la competencia que a sus miembros, todos ellos países de alta tributación, puedan hacerle otros centros financieros al elegir sus residentes desviar capitales e inversiones

hacia países que les garantizan confidencialidad y baja tributación, como Uruguay. Estos países, utilizan esas ventajas estratégicas para competir con las naciones desarrolladas en la captación de capitales.

Esta entidad exige a los países “grises” o “negros” información; los presiona para que firmen acuerdos para evitar la doble imposición internacional o de intercambio de información financiera, que habiliten el levantamiento del secreto bancario.

Uruguay, que, por ahora, grava la renta en base al principio de territorialidad, no necesita dar o recibir esa información. Los países de la OCDE sí la necesitan, pues en su mayoría gravan la renta en base al principio de renta mundial.

En nuestra opinión no existen ventajas concretas de ceder a dicha presión pues la OCDE no ha demostrado la conveniencia de cumplir con sus directrices. La contrapartida por ceder ante sus presiones no es más que salir de su lista de centros financieros “no cooperantes” y evitar la estigmatización y amenaza de eventuales sanciones.

Los países “no cooperantes” ven debilitada su credibilidad y se los amenaza con sanciones: aumento de exigencias de información a los contribuyentes que se relacionen con las jurisdicciones castigadas; aplicación de retenciones sobre una amplia variedad de pagos que se hagan hacia países “no cooperantes”; eliminación de exoneraciones, créditos fiscales o deducciones para las operaciones realizadas con los países castigados (creando la doble imposición); pedido a instituciones internacionales y a bancos regionales de desarrollo que revisen sus políticas de inversiones respecto a las naciones castigadas y, finalmente, tributación de las rentas de filiales extranjeras en el país de residencia del accionista.

Hasta ahora, no se aplicaron sanciones, pero se amenazó con ellas, incluso en casos concretos. En agosto de 2009, el Banco Europeo de Inversiones notificó al Gobierno austríaco que, si no modificaba su legislación, sus bancos podían dejar de recibir financiamiento. También recientemente, la International Finance Corporation, agencia del grupo del Banco Mundial, comunicó a Costa Rica que peligraban los desembolsos de dinero que el país recibe por parte de esa agencia. Como consecuencia, éstos y otros países salieron a firmar acuerdos que permiten acceder a la “lista blanca” de la OCDE.

Las medidas que aplica la OCDE son ilegítimas y violan las normas del comercio internacional así como derechos constitucionales nacionales que analizaremos a continuación. Es que, jurídicamente, las decisiones adoptadas por la OCDE obligan solamente a los países miembros que las hayan votado, por lo que carece de potestad para tomar medidas sobre países no miembros. Pero, en los hechos, utiliza con éxito la estrategia de elaborar y divulgar “listas negras” y “grises” y amenaza con sanciones que aplicarían sus países miembros.

A mediados de 2002, el Centro de Asistencia Jurídica de la Organización Mundial de Comercio, opinó respecto a la ilegalidad de las prácticas adoptadas por algunas naciones contra Panamá, a raíz de una consulta del Gobierno de ese país. Esa opinión, que tiene carácter reservado, pues el Gobierno de Panamá ha solicitado no divulgarla, califica las medidas discriminatorias de ciertos países que afectan la competitividad de los servicios financieros panameños, como una violación a las normas del comercio internacional. Violan el principio comercial de “nación más favorecida” del artículo II del Acuerdo General de Comercio de Servicios (“GATS”).

Según este principio, un país miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no podrá discriminar a otro, otorgando un trato menos favorable respecto a terceros socios comerciales y, en consecuencia, la discriminación a los servicios panameños se convierte en una barrera comercial. La opinión legal referida incluye, también, posibles estrategias para hacer frente a esas medidas.

La OCDE pretende de Uruguay al igual que a otros países, la celebración de 12 acuerdos para evitar la doble imposición internacional o de intercambio de información, conforme a su modelo. El principal punto de controversia con nuestro sistema, sigue siendo el levantamiento del secreto bancario.

En abril de 2009, Uruguay fue incluido en la “lista negra” de paraísos fiscales. Ante esa medida, el Gobierno uruguayo envió una carta a las autoridades de la OCDE, manifestando oficialmente su compromiso de adoptar los estándares de transparencia e intercambio de información fiscal. Esto le permitió pasar de la

“lista negra” a la “lista gris” de países que aún no cumplen con el intercambio, pero que están “comprometidos a implementarlo”.

1- Caso Suizo

Los otros países “grisáceos” como Suiza, por ejemplo, se encontraba en una situación similar a la de Uruguay y recientemente ha ingresado a la “lista blanca” de la OCDE, tras haber cumplido con los mismos requisitos que se le exigen a nuestro país.

En su caso, la normativa interna no fue modificada y el secreto bancario sigue existiendo plenamente para los residentes suizos. Sólo colaborarán con los países con los que firmaron los 12 acuerdos, cuando existan sospechas fundadas de fraude o evasión fiscal, mediante solicitud fundada, que deberá contener: **a)** Información suficiente que permita identificar a la persona que está siendo investigada (nombre, domicilio, número de cuenta, etc.); **b)** declaración de la información solicitada incluyendo su naturaleza; **c)** propósito fiscal para el cual la información es requerida; **d)** nombre y domicilio de la institución bancaria que se crea esté en posesión de dicha información.

Además, descarta el intercambio de información automática o espontánea. Es decir, Suiza solamente levanta el secreto bancario ante una denuncia fundada de fraude o evasión fiscal de un Estado con el cual haya firmado un acuerdo, y exige que se le provea de todos esos datos tendientes a limitar la información a brindar, excluyendo la posibilidad de que se realicen “expediciones de pesca”.

2- Situación Actual de Uruguay

Somos y fuimos un país oferente de servicios financieros internacionales. Ceder ante la OCDE, sumado a la nominalización de las acciones de Sociedades Anónimas, traería –y ya se esta apreciando- como consecuencia repeler la recepción de ahorros de no residentes; provocaría salidas de capitales de nuestra plaza financiera, creando una mayor incertidumbre para los inversores. Si bien nuestra situación es diferente a la de Suiza o Panamá, deberíamos considerar una estrategia que permita adaptarnos a los cambios, procurando el menor perjuicio posible para nuestra economía.

En el último tiempo, las exigencias de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), así como la adecuación de la normativa internacional hacia una mayor transparencia e intercambio de la información, ha hecho que nuestro país cuestione su legislación vigente, consagrando esta gran flexibilización.

En efecto, dentro de la OCDE como es sabido, la mayoría de los países protegen el secreto bancario en sus legislaciones, pero asimismo permiten el intercambio de información con la Administración Tributaria, así como con los organismos recaudadores de otros países, cuando hay acuerdos de cooperación internacional.

Así por ejemplo, Francia, Canadá o Dinamarca son los más propicios a intercambiar información con otros Estados. Por otra parte, en una posición más restrictiva, otros países reservan esta posibilidad a determinados motivos, como una denuncia penal (Australia o Bélgica) o mediante procedimientos preestablecidos que, básicamente, consisten en notificar al contribuyente (por ejemplo, Alemania). (Información Proporcionada por la OCDE, en: Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, 2000).

Uruguay, dentro de estos países, ha sido considerado como un Estado que no adhiere a los estándares internacionales durante el año 2009, debido a que el secreto bancario consagrado en nuestra legislación constituye un límite para la investigación de las rentas obtenidas por residentes de otros países.

Se hace necesario, para nuestro país, suscribir tratados de intercambio de información, incorporando en los tratados firmados el artículo 26.5 del Modelo de la OCDE para Convenios sobre Intercambio de Información que establece: “En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona”.

El problema es, entonces, cómo armonizar el secreto bancario con otros intereses en pugna. Hasta el año 2009 Uruguay había suscrito únicamente dos tratados para evitar la doble imposición: con Alemania y con Hungría. Al momento de la firma del tratado con Alemania, Uruguay no incluyó la norma del artículo 26 pues entendía que el secreto bancario era una norma de orden público y por ende un límite para el intercambio de información.

b. Transparencia e intercambio de información fiscal

Mucho se ha dicho acerca de la OCDE, su presión y sus exigencias sobre el Uruguay en esta materia. Pudimos ver cómo los lineamientos de la OCDE se vieron reflejados en modificaciones a nuestro régimen de secreto bancario (provocando la flexibilización del mismo), y además cómo el Uruguay se comprometió a suscribir tratados de intercambio de información fiscal y de evitación de doble imposición con al menos 12 Estados.

Todo esto no es casualidad sino causalidad, fruto de la enorme presión y efectividad que está logrando la OCDE sobre los distintos países del planeta, tanto miembros como no miembros.

A los efectos de promover eficazmente la transparencia y el intercambio de información con propósitos fiscales entre Estados, la OCDE elaboró un sistema de evaluación.

En este sentido, en el año 2000 creó lo que se conoce como el "*Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Fiscal*" (en adelante, el "*Foro Global*"). Fue inicialmente integrado por países que forman parte de la OCDE y algunos Estados cercanos colaboradores, y es el Foro Global como parte de la OCDE quien realmente efectúa las evaluaciones a los Estados relativas a la transparencia e intercambio de información fiscal.

La OCDE y el Foro Global manifiestan que el objetivo de promover la transparencia y el intercambio de información fiscal es combatir ciertos males como el lavado de dinero, la evasión de impuestos, la doble imposición, e indirectamente el narcotráfico y el terrorismo.

No fue hasta abril de 2009 en que se intensificó la actividad del Foro Global en busca de este objetivo, cuando en Londres el G20, en el seno de una profunda crisis mundial, exhortó a combatir fuertemente a las jurisdicciones no colaboradoras en materia de transparencia fiscal.

Así fue que en setiembre del mismo año en México se reunió el Foro Global y decidió reestructurarse profundamente, no en cuanto a sus objetivos, sino principalmente en cuanto a su metodología, con el propósito de poder promover la transparencia fiscal y el intercambio de información entre Estados. La respuesta al porqué de la fuerte vinculación entre el G20 y el Foro Mundial es muy sencilla: los integrantes del G20 también forman parte del Foro Global, y al ser economías muy poderosas desempeñan un rol fundamental dentro del mismo. Por esto es que en la práctica se ve cómo el Foro Global nutre constantemente al G20 con información sobre sus actuaciones.

El Foro Global hoy en día está integrado por un total de 101 estados dentro de los cuales está Uruguay. Los integrantes son aquellos del G20, de la OCDE y los países que adhirieron al "*Tax Co-operation 2009: Towards a level playing field*", documento del Foro Global donde se establecen los puntos a desarrollar en materia de transparencia e intercambio de información fiscal.

Es importante entender que si bien el Foro Global es parte de la OCDE, ello no significa que los integrantes del Foro Global sean integrantes de la OCDE. Este es el caso de Uruguay, que integra el Foro Global pero no la OCDE. Es práctica común de la OCDE establecer este tipo de foros donde promueve la participación de países que no integran su organismo.

c. Funcionamiento del sistema de evaluación del Foro Global

El Foro Global desarrolló un proceso de evaluación utilizado principalmente para los Estados miembros, pero que también se ha utilizado en ocasiones sobre Estados no miembros cuando se consideró pertinente.

Este proceso es conocido globalmente como el “*Peer Review Process*” (en adelante, “el PRP”), que significa “*Proceso de Revisión entre Pares*”. Es un método muy innovador que como lo alude su nombre, está basado en el control que se realizan los estados unos entre otros. Al ser la evaluación realizada por otros miembros del Foro Global, es que se dice que la revisión es entre pares.

El PRP tiene dos fases:

1- la fase 1 se concentra en el estudio del marco legal de la jurisdicción en relación a la transparencia e intercambio de información fiscal;

2- la fase 2 está enfocada en la evaluación de la efectividad en la práctica de dicho régimen legal.

A cada Estado le son asignados dos Estados asesores, que son los encargados de recabar toda la información necesaria de ese país que está siendo objeto de la evaluación, tanto en la fase 1 como en la fase 2. Los representantes de cada uno de esos Estados deberán ser funcionarios con gran experiencia en la materia de transparencia e intercambio de información fiscal.

La fase 1 tiene una duración de unas 20 semanas. Comienza con un cuestionario que se le envía al Estado evaluado y es realizado por los dos asesores con asistencia del secretariado del Foro Global. Dicho cuestionario contiene las preguntas necesarias para poder conocer en profundidad el sistema jurídico del país evaluado en relación a la transparencia y el intercambio de información fiscal.

Una vez concluido el cuestionario (unas 4 semanas desde que se lo envían), los Estados asesores comienzan a realizar un informe sobre el país. Este informe debe ser elevado al “*Peer Review Group*”, que significa “*Grupo de Revisión entre Pares*” (en adelante, el “PRG”). Este es un grupo del Foro Global que cumple la función de evaluador, está integrado por un total de 30 países del Foro Global y es presidido por Francia.

El PRG en su sesión deberá adoptar un informe del país en cuestión. Una vez que el PRG adopta tal informe, este lo elevará al Foro Global para su aprobación final. Con esa aprobación es que concluye realmente la fase 1 del PRP. El informe contendrá uno de las siguientes categorizaciones de la jurisdicción: régimen legal acorde; régimen legal acorde pero ciertos aspectos deben ser mejorados; régimen legal no acorde.

Unos 18-24 meses después de concluida la fase 1 del PRP, se da comienzo a la fase 2, donde se estudia la aplicación práctica del sistema normativo evaluado en la fase 1. Su estructura es muy similar: siguen participando los Estados asesores, se envía un cuestionario, se realiza un informe, se eleva al PRG y después al Foro Global para su aprobación. Una diferencia notoria son los “*On-Site Visits*” que es la visita de los asesores al país evaluado para realizar una evaluación más práctica. El informe final contendrá uno de las siguientes categorizaciones de la jurisdicción: ampliamente cumplidora; cumplidora; parcialmente cumplidora; no cumplidora.

En la fase 1 el objeto principal es determinar si el país está preparado para proceder a la fase 2, y el informe de la fase 2 es una conclusión final respecto de la posición del país en relación a la transparencia e intercambio de información fiscal.

En algunos casos existen PRP con fase 1 y 2 combinadas, aunque no es lo más común.

Con la finalización de la fase 2 concluye la evaluación de cada país y el Foro Global cuenta con toda la información que necesita para saber si ese país está de acuerdo con los estándares fijados para la transparencia e intercambio de información fiscal. Se basan en esta información para poder realizar recomendaciones al Estado para que se ajuste más a los requisitos internacionales, y además para categorizar a esa jurisdicción.

d. Criterios de evaluación del PRP

El Foro Global elaboró un documento conocido como “*Terms of Reference*” (Términos de Referencia) en el cual define los 10 elementos esenciales para la transparencia e intercambio de información fiscal. Estos fueron establecidos tomando en cuenta principalmente el artículo 26 de la “*Model Tax Convention*” (Convención Modelo

de Impuestos) de la OCDE referido a intercambio de información fiscal, y además el "2002 Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters" (Acuerdo Modelo sobre intercambio de información fiscal del 2002).

Descritos en forma esquemática, los 10 elementos detallados en el "Terms of Reference" son:

1- Disponibilidad para las autoridades competentes de la información relativa a la propiedad e identidad de las entidades relevantes.

2- Existencia de contabilización fiable en las entidades relevantes.

3- Que la información bancaria esté disponible para los titulares de las cuentas.

4- Las autoridades competentes deben poder obtener y proveer información que sea objeto de una solicitud bajo un tratado de intercambio de información fiscal sobre cualquier persona que esté en posesión de tal información y que esté bajo su jurisdicción.

5- Los derechos y salvaguardas aplicables a las personas en la jurisdicción solicitada deben ser compatibles con un efectivo intercambio de información.

6- Los mecanismos de intercambio de información fiscal deben ser efectivos.

7- Se debe tener acuerdos de intercambio de información fiscal con los integrantes más relevantes del Foro Global, considerados tanto en cuanto a su poderío económico como en su relación con ese Estado.

8- Se debe asegurar la confidencialidad de la información recibida.

9- Se deben respetar los derechos y salvaguardas de los pagadores de impuestos y de terceros.

10- Cumplir con el suministro de información en un tiempo adecuado.

Es con estos elementos con los que el Estado será evaluado. El grado de identificación con los elementos determinará el resultado de la evaluación. Claro que los elementos no son taxativos, tienen grandes ramificaciones y se ajustan a la realidad de cada país en particular, pero son una verdadera referencia para la evaluación.

e. Consecuencias de la evaluación

En el 2009, el Secretario General de la OCDE comunicó un reporte conteniendo una lista de jurisdicciones calificadas en relación al cumplimiento de los estándares internacionales fiscales de la OCDE (como el "Tax Co-operation 2009: Towards a level playing field" ya mencionado).

Esta lista de jurisdicciones está dividida en tres:

1- países que han implementado eficazmente los estándares (que han suscripto doce o más tratados de intercambio de información fiscal y de evitación de doble imposición);

2- países que se han comprometido a implementar los estándares pero que no lo han alcanzado aún (menos de doce tratados);

3- países que no se han comprometido a los estándares.

El ítem 2 es la conocida popularmente como lista gris. Es donde se encuentra Uruguay, al haber suscripto menos de 12 tratados de los exigidos.

El lograr salir del ítem 2 e ingresar al número 1 de la lista es considerado importante ya que esta categorización de la OCDE puede tener mucha influencia en cuanto a las inversiones internacionales vinculadas a nuestro país. Esto es consecuencia del poderío que tiene la OCDE como organismo internacional y de la injerencia que tiene sobre la economía mundial.

En la actualidad la referencia para ser considerado un país cumplidor en términos de transparencia e intercambio de información fiscal no se reduce solamente a contar tratados, ya que la idea del PRP es justamente realizar un estudio mucho más amplio y detallado de cada jurisdicción. Pero de todas formas es un requisito que es muy tomado en cuenta por la OCDE, y es por ello que Uruguay se ha emprendido en lograr alcanzar los 12 tratados de intercambio de información fiscal y/o de evitación de doble imposición.

El PRP del Foro Global es la vía por excelencia mediante la cual se puede mejorar la categorización del Uruguay en la OCDE.

f. Situación del Uruguay en el marco del PRP

El Foro Global realizó un cronograma de evaluaciones en el cual está establecido cuando será evaluado cada uno de sus miembros, y si será en dos fases o con las dos fases combinadas.

En abril de 2011 comenzó la fase 1 del PRP sobre Uruguay. Los Estados asesores son Estados Unidos y Suiza, que ya casi concluyeron con toda la recabación de información necesaria de la fase 1 para conocer el sistema normativo uruguayo en relación a la transparencia e intercambio de información fiscal. Ya se respondió el cuestionario y actualmente se está en la etapa final de la fase 1, redondeando el informe de los Estados asesores sobre nuestro país para poder enviarlo al PRG.

El 19 de setiembre de este año, se reúne el PRG en París, donde se adoptará el informe de la fase 1 sobre Uruguay (en conjunto con Brunei, Gibraltar, la anterior República Yugoslava de Macedonia, Hong Kong (China), Indonesia, Macao (China), Malasia, y Vanuatu).

Ese informe se elevará al Foro Global que se reunirá el 24 de octubre también en París, instancia donde decidirán si adoptan el informe remitido por el PRG. Tal informe decidirá nada más ni nada menos si Uruguay está pronto para pasar a la fase 2 del PRP. De estar prontos, la fase 2 del PRP de Uruguay está prevista en el cronograma de evaluaciones para la primera mitad del año 2014. En dicha fase como dijimos, se realizará un estudio de la normativa uruguaya en la práctica, siendo esta una evaluación más exigente, que incluye los llamados "On-Site Visits".

Como vemos, en el presente nos encontramos en un momento bisagra de la evaluación realizada por el Foro Global a nuestro país, ya que se avecinan las sesiones del PRG y del Foro Global. Los informes que se aprueben sobre Uruguay determinarán la categorización de nuestro país en la OCDE, y la consecuencia de esto puede ser muy relevante en materia de inversiones internacionales.

Actualmente Uruguay accedió a la Fase II del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal de la OCDE, luego de presentar en París las modificaciones al marco normativo sobre el régimen de sociedades anónimas con acciones al portador y los acuerdos de información tributaria suscritos.

El cambio de categoría permite avanzar a la siguiente etapa en la consideración de la OCDE sobre transparencia tributaria y el combate al lavado de activos, luego de que Uruguay fuera incluido en la lista gris de países poco colaboradores en la materia.

El Ministerio de Economía comunicó que el Grupo de Revisión entre Pares que integra el Foro Global aprobó en París el informe técnico del marco normativo de Uruguay en referencia a la transparencia fiscal.

"La aprobación del informe permitirá al país transitar hacia la Fase II del Foro, que consiste en la revisión de las capacidades previstas por el marco normativo presentado en el informe. Esta etapa comenzará en el primer semestre de 2014".

El paso dado significa dejar atrás la Fase I que corresponde al análisis del marco jurídico vigente, al que se someten voluntariamente las 110 jurisdicciones que integran el Foro. El paso a la segunda etapa implica revisar la implementación de donde se evalúa el cabal cumplimiento de las capacidades incluidas en el marco normativo.

6) LA OCDE, EL SECRETO BANCARIO Y LA CONSTITUCIÓN (SERGIO ABREU)

El artículo 26 de la versión 2005 del Modelo de Convenio de Impuestos de la OCDE – que el Poder Ejecutivo se comprometió a incluir en los Tratados que suscriba para evitar la doble tributación entre los Estados – establece como aspecto adicional “*que los países deberán intercambiar la información que se considere relevante a los efectos de cumplir con las leyes en materia tributaria*”.

Podría interpretarse – en consecuencia – que cualquier país se considere relevante para sí determinada información tributaria que concierne a la otra parte con la cual suscribió un Tratado, podría solicitársela sin tomar en cuenta lo que disponga la legislación interna del otro Estado.

Esta interpretación – en caso que corresponda a la intención de alguna de las partes – es susceptible de afectar normas de orden público del Estado Uruguayo, y en consecuencia, pasibles de ser declaradas inconstitucionales.

En nuestro país, según ya lo mencionamos, el secreto bancario se encuentra tácitamente consagrado en nuestra Constitución en su arts. 7, 28 y 72; el decreto-ley N° 15.322 con la modificación establecida por la Ley N° 17.948, y sólo puede ser relevado por un requerimiento judicial de juez competente en un procedimiento penal, o en jurisdicción civil en un proceso por pensión alimenticia.

La naturaleza jurídica de la obligación de confidencialidad de la información bancaria constituye una modalidad del secreto profesional. Es decir, la protección en el caso particular de la información sobre hechos de una persona conocidos en el ámbito de una relación profesional.

La doctrina jurídica suele vincular este deber al principio de la libertad de la persona.

En consecuencia, como normas de orden público uruguayo, se encuentra consagrado el derecho de la persona humana a la propia intimidad y confidencialidad de su información personal, estableciendo expresamente que dichos derechos sólo podrán ser limitados por leyes dictadas por razones de interés general.

Tal es el caso de la legislación vigente que autoriza – como se dijo – el levantamiento del secreto bancario, a solicitud de juez competente en un procedimiento jurisdiccional penal en curso; y las distintas leyes vigentes en el país vinculan el tema con la investigación, represión y sanción de las conductas tipificadas en los delitos de narcotráfico, lavado de activos provenientes de actividades ilícitas, terrorismo, etc.

El derecho a la libertad de la persona y la protección a la intimidad de su propia información se encuentra, además, consagrada en Tratados Internacionales que nuestro país ha ratificado e incorporado a su legislación interna, como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica cuyo artículo 1° establece que: “*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación*”.

En el 2012, ha sido debatido el tema en el Parlamento Uruguayo, en ocasión de tratar entre otros, el Protocolo al Convenio entre Uruguay y Portugal para evitar la doble imposición sobre Impuesto a la Renta y al Patrimonio; y prevenir la evasión fiscal. Se establece, en el texto, las normas sobre “*intercambio de información*”, que “*no obstante las restricciones que las leyes de cada Estado establezcan para el acceso a la información, una vez que el Convenio haya sido ratificado por ambas partes y entre en vigor, proveerá la base legal para responder a los requerimientos de información, incluyendo aquella disponible en las instituciones financieras en el ámbito de aplicación del Convenio*”.

Más allá de ella, el referido Convenio prevé una aplicación diferencial de sus beneficios a las personas residentes en el Estado de una de las Partes contratantes –según sean o no beneficiarios efectivos de los rendimientos obtenidos en el otro Estado parte.

Esta norma vulnera claramente el derecho constitucional a la igualdad de tratamiento de las personas ante la ley. También, sería el caso de que dentro del territorio de la República se pretendiera aplicar para algunas personas un régimen diferente que el aplicable a todos sus ciudadanos y residentes por igual.

Es decir, un régimen jurídico que permita a un estado extranjero acceder a la información de las personas disponibles en nuestras instituciones, y otro que limita a nuestro Estado acceder a la misma información.

En consecuencia, el problema en análisis no reside ya en el alcance del artículo 26 del Modelo de la OCDE, ni en las listas negras o grises que son una forma de presión indebida de los Estados todopoderosos sobre los Estados más débiles, sino que el problema reside sobre la constitucionalidad de las normas que se pretenden aprobar.

Es sabido que los Tratados que contengan normas contrarias a las de nuestro ordenamiento constitucional, no son válidas para el derecho interno por cuanto vulnerarían una norma de rango superior y de orden público del país, así como los principios del derecho internacional.

En efecto, las reglas sobre competencia para celebrar Tratados se delegan a la Constitución de cada Estado, que establece tanto la limitación formal –quien deberá contratar por el Estado-, así como la sustancia –cuáles son las normas de orden público nacional que deben respetarse en caso de celebrarse un Tratado internacional.

No son válidas entonces las normas de los Tratados que en esta materia celebra nuestro país, en la medida que las mismas puedan vulnerar normas constitucionales de carácter superior como las señaladas, y la inconstitucionalidad de las mismas puede ser declarada a requerimiento de parte, de constatare tales violaciones a los derechos sustanciales de los individuos.

7) ACUERDO SUSCRITO POR ARGENTINA Y URUGUAY PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA Y MÉTODO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

1. Génesis del acuerdo firmado

El 24 de abril pasado nuestro país suscribió un Acuerdo para el Intercambio de Información Tributaria y Método para Evitar la Doble Tributación (en adelante “Acuerdo”) con Argentina.

En términos simplificados se trata de un Acuerdo entre los Fiscos argentino y uruguayo para el intercambio de información “*previsiblemente relevante*” tanto para la determinación como el cobro de impuestos en cada país como para la investigación de delitos de naturaleza tributaria.

El Acuerdo también incluye un Título tendiente a evitar la doble tributación mediante un sistema de acreditación de impuesto pagado en el otro país, conforme a lo que se analizará más adelante.

Dado el saldo positivo de Uruguay en materia de inversiones recibidas de parte de residentes de Argentina, sumado a la aplicación en ese país de un criterio de imposición a la renta y activos sobre base mundial y fenómenos de fuga habituales de capitales, históricamente dicho país le ha reclamado a Uruguay brindarle cooperación en materia tributaria a la cual nuestro país se negó sistemáticamente.

Recién a partir de la ofensiva internacional en materia de control del lavado de dinero proveniente del terrorismo y, más recientemente, contra la denominada “*competencia fiscal nociva*” encabezada por el Foro Global sobre Transparencia Fiscal creado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que Uruguay comienza a ser presionado, entre otros aspectos, a suscribir convenios de esta naturaleza con los principales socios comerciales dentro de los cuales, obviamente, figura Argentina.

Siendo ello así, para un país claramente “importador” de capitales como el nuestro — tanto desde “fuera” como “dentro” de la región — que aplica, salvo excepciones, el principio de la fuente en materia tributaria, fácil resulta advertir los pocos beneficios que este Acuerdo le acarrearán, fuera de evitar las “sanciones” que podría sufrir de no hacerlo y de que el mismo podría estar inserto en una agenda bilateral más amplia.

Todo ello no es menor porque la experiencia internacional muestra que estos convenios, en los hechos, sólo funcionan adecuadamente cuando ambos países realmente perciben y obtienen ventajas recíprocas de su suscripción, sin olvidar además, los “costos de cumplimiento” que los mismos le suelen implicar a cada parte.

En sí el Acuerdo tiene claramente diferenciadas dos partes que procederemos a analizar seguidamente, a saber: intercambio de información y método para evitar la doble tributación.

2. Alcance del intercambio de información

a- Contenido de la información a intercambiar

El artículo 1 del Acuerdo, define el término información como “...todo dato, declaración, documento o registro cualquiera sea la forma que revista”.

El artículo 2, indica que la información a intercambiar debe tener el atributo de ser “previsiblemente relevante para la administración y aplicación de la legislación interna de las Partes con relación a los impuestos y asuntos penales tributarios comprendidos en el presente acuerdo”.

Resulta importante destacar el concepto de “información previsiblemente relevante” ya que el mismo determina -sin perjuicio de la atención de otras circunstancias que se indicarán más adelante- si la información requerida es intercambiable o no.

El objeto del intercambio refiere a información previsiblemente relevante sobre los siguientes aspectos: **a)** determinar, **b)** liquidar, **c)** implementar, **d)** para controlar y recaudar, **e)** para cobrar o ejecutar créditos tributarios o **d)** para investigar y enjuiciar asuntos tributarios. La amplitud de las acciones tipificadas hace presumir que la gran mayoría de las requisitorias de información se encontrarán comprendidas en el Acuerdo en análisis.

Sin perjuicio de ello, existen excepciones al deber de intercambiar información. En el mes de setiembre de 2011 se publicó el decreto N° 313/2011, estableciendo con carácter general el procedimiento interno a seguir en materia de intercambio de información tributaria con terceras naciones en el marco de convenios suscriptos a tales efectos. Considerado en su conjunto con el Acuerdo que se analiza, dicho decreto adiciona requerimientos a los dispuestos por el Acuerdo.

Tal circunstancia, en virtud de una remisión expresa del Acuerdo a la norma interna (art. 2, numeral 2, y art. 5, numeral 3), considerada ésta en sentido amplio, permite sostener que los mismos también deben ser incorporados a la requisitoria cursada, ameritando su rechazo en caso de inexistencia. A modo de ejemplo el Acuerdo dispone que la requisitoria debe especificar -en la medida que se conozca- el nombre y dirección de toda persona que se crea que posee la información.

Por su parte el decreto, en una clara contradicción, dispone que la requisitoria debe contener elementos que permitan la identificación inequívoca de las personas o entidades que posean la información.

Así, el Acuerdo determina ciertas circunstancias que permiten (facultativamente) no brindar la información solicitada a la parte requerida y otros casos donde el requerido directamente está obligado a no brindar la información. Al respecto resulta interesante enunciar los supuestos indicados:

- no se admite brindar información que previsiblemente no sea relevante;
 - no se admite brindar información en el marco de operativo de “*excursión de pesca*” -definido por el Acuerdo- como “...medidas dirigidas únicamente a la simple recolección de evidencias con carácter meramente especulativo” (art. 2, numeral 3);
 - no existe obligación de la autoridad requerida, de brindar la información, en el caso de que la información requerida no obre en poder de la autoridad requerida o, no esté en posesión o bajo el control de personas que se hallen en su jurisdicción;
 - debe referirse a información vinculada a impuestos vigentes o a impuestos futuros (art. 4. numeral 1);
 - imposibilidad de brindar información en virtud de la legislación interna (art. 5, numeral 3);
 - cuando la solicitud no cumpla con las formas requeridas por el propio Acuerdo (art. 6, numeral 1 (a))
- De los requisitos estipulados surge asimismo que no resulta viable el denominado “*intercambio espontáneo*” de información, es decir aquella información “...*que sea previsiblemente relevante para otra parte contratante, y que no haya sido previamente solicitada*” (“*Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributario*” Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE);
- cuando la requirente no haya utilizado todos los medios disponibles en su propio territorio para obtener la información (art. 6, numeral 1 (b));
 - cuando la información requerida sea contraria al orden público (art. 6, numeral 1 (c));
 - cuando se trate de información sujeta a secreto profesional, comercial, empresarial, mercantil o a un proceso industrial (art. 6, numeral 2);
 - cuando se trate de información que revele comunicaciones confidenciales entre un cliente y su abogado o representante legal conocido en ciertas condiciones (art. 6, numeral 3);
 - cuando la información requerida no pueda ser obtenida por la requirente en su jurisdicción en virtud de su legislación propia o en el curso normal de las prácticas administrativas (art. 6, numeral 5);
 - cuando la información requerida resulta discriminatoria contra un nacional o ciudadano del requerido en comparación con un igual del requirente en las mismas circunstancias (art. 6, numeral 6).

Como se podrá observar, existe un gran número de circunstancias (las que se potenciarán necesariamente con la casuística) que determinan la imposibilidad de cumplir con el envío de la información requerida.

Por su parte, el artículo 3 del Acuerdo bajo el título de “*Jurisdicción*” define en los siguientes términos un aspecto muy importante como lo es el “*ámbito*” de información que las partes se comprometen a facilitar a la otra:

“La Parte Requerida no estará obligada a facilitar la Información que no obre en poder de sus autoridades o que no esté en posesión o bajo el control de Personas que se hallen en su jurisdicción territorial”. El propio Acuerdo define lo siguiente: “por “Persona” se entenderá toda Persona física, Sociedad o cualquier entidad, ente o asociación de Personas o patrimonio que sea considerada sujeto pasivo a los fines impositivos o bien que se encuentre sujeta a responsabilidad tributaria de acuerdo con la legislación de cada Parte”.

Como se aprecia, el ámbito definido es sumamente amplio al incluir no solo la información que obre en poder de la propia Administración sino en “*posesión*” o “*bajo control*” de cualquier “*persona*” en la jurisdicción

territorial lo que razonablemente incluye pues no solo a contribuyentes - menos aún bajo condición de estar tributando - bajo control del Fisco.

Sin perjuicio de ello, dentro del conjunto del total de información factible a ser solicitada y facilitada, el Acuerdo destaca especialmente a dos afirmando a su respecto que cada parte “*garantizará*” que se encuentra facultada para “*obtener*” y “*proporcionar*”, a saber:

- Información que obre en poder de bancos, otras instituciones financieras y cualquier persona que actúen en calidad de mandatario o fiduciario;

- Información vinculada a la propiedad de Sociedades, Sociedades Personales, fideicomisos, fundaciones y otras Personas, incluida, con las limitaciones establecidas en el propio Acuerdo, la Información sobre propiedad respecto de todas las Personas que componen una “*cadena de propiedad*”, incluyendo accionistas y/o socios vinculación y constitución de Sociedades

b- Autoridades competentes

El Acuerdo define quiénes son las autoridades nacionales competentes para tramitar los requerimientos de información.

En el caso de la República Argentina, se dispone que lo sea el Administrador Federal de Ingresos Públicos (AFIP) o su representante autorizado.

En el caso de Uruguay, lo será el Ministro de Economía y Finanzas (MEF) o su representante autorizado (en virtud de las disposiciones del Decreto No. 313/2011 será la Dirección General Impositiva - DGI - en la mayoría de las oportunidades, con algunas excepciones según se verá).

c- Formalidades de la requisitoria

La requisitoria de información por parte de la autoridad requirente debe contener un conjunto de elementos enumerados en el Acuerdo.

La ausencia de los mismos implicará que la parte requerida pueda negar la entrega de la información solicitada pudiendo en tal hipótesis directamente rechazar la solicitud o solicitar la rectificación del pedido originario para adecuarlo a los requisitos exigidos.

La requisitoria debe ser escrita, detallada y debe especificar las circunstancias que se enuncian a continuación:

- identidad de la Persona sometida a inspección o investigación;
- período respecto del cual se solicita la Información;
- naturaleza de la Información solicitada y la forma en la que la Parte Requirente desearía recibirla;
- fin tributario por el cual se solicita la Información;

- motivos para creer que la Información solicitada es previsiblemente relevante para la administración y aplicación de los Impuestos de la Parte Requirente, con relación a la Persona identificada los motivos para creer que la Información solicitada es conservada por la Parte Requerida u obra en poder o bajo el control de una Persona que se encuentre en la jurisdicción de la Parte Requerida.

Este último requisito nos parece fundamental y su estricta aplicación es precisamente lo que descarta que el pedido opere como una “*excursión de pesca*” específicamente prohibidas por el Acuerdo. Así por ejemplo,

si una parte sospecha que una persona bajo su jurisdicción oculta un bien de su propiedad directa o través de una entidad en el otro país, ello no será suficiente para pedir información.

La parte requirente deberá obtener y aportar a la contraparte elementos claros e inequívocos de que ello ocurre (documentación, testimonios etc.) y solo así se habilitaría el procedimiento, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos;

- en la medida en que se conozcan, el nombre y la dirección de toda Persona que se crea que posee la Información solicitada o pueda obtenerla;

- una declaración que estipule que la solicitud es de conformidad con las leyes y prácticas administrativas de la Parte Requirente, que si la solicitud de Información se realizara dentro de la jurisdicción de la Parte Requirente, entonces, la Autoridad Competente de la Parte Requirente estaría en condiciones de obtener la Información conforme a su legislación o en el curso normal de la práctica administrativa y que dicha solicitud es de conformidad con lo estipulado en el presente Acuerdo;

- una declaración que estipule que la Parte Requirente ha utilizado todos los medios disponibles en su propio territorio para obtener la Información, salvo aquellos que dieran lugar a dificultades desproporcionadas.

Como se indicara anteriormente, el decreto N° 313/2011 también regula el tema y establece otros requisitos no exigidos por el Acuerdo que también tiene incidencia en las formalidades de la requisitoria.

d- Procedimiento interno

A continuación procederemos a analizar el trámite interno que debe seguir una requisitoria cursada por la autoridad Argentina.

Como se verá existen distintos niveles de control de la regularidad de la requisitoria y de la información recabada, empezando por el propio análisis de admisibilidad y pertinencia realizado por las autoridades uruguayas y siguiendo por el control del propio titular de la información, ya sea en vía administrativa o en vía judicial.

1- Control de regularidad por la propia autoridad nacional

Un primer control de regularidad de la requisitoria realizada deber ser efectuado por la autoridad requerida. De acuerdo al decreto ya mencionado, quién realizará este análisis en el caso uruguayo será la DGI.

A estos efectos el Acuerdo dispone un claro procedimiento a saber:

- una vez recibida la requisitoria la autoridad requerida deberá confirmar la recepción por escrito;

- dentro de los 60 días de recibida la requisitoria la requerida deberá notificar a la requirente los eventuales defectos de la solicitud;

- dentro de los 90 días de recibida la requisitoria la requerida deberá informar a la requirente, en caso de corresponder, dando las explicaciones que correspondan sobre las siguientes circunstancias: a) que no ha podido obtener y brindar la información requerida o, b) que se niega a proporcionarla;

- la requirente decidirá si anular o no el pedido. En caso de que decidiera continuar adelante, las partes deberán acordar amistosamente las posibilidades de alcanzar el objeto de la solicitud y el modo de lograrlo.

Si la requisitoria es verificada satisfactoriamente por la DGI la misma impulsará su tramitación ejerciendo las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga al respecto.

Sin perjuicio, existen aspectos de las solicitudes que deberán ser autorizadas por el propio MEF y que no pueden ser decididas por la DGI, a saber:

- cuando el suministro de información puede relevar secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales, o contuvieran informaciones cuya comunicación pudiera resultar contraria al orden público;

- solicitudes de ingreso al territorio nacional de funcionarios de la autoridad competente requirente para entrevistar a personas físicas o examinar documentos, casos en que se exige el consentimiento escrito de los titulares de la información o de las personas involucradas.

En el caso que nos ocupa, dado que la facultad de tal ingreso no está prevista directamente en el Acuerdo — a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el Acuerdo de intercambio de información tributaria suscripto con Francia aprobado por la ley N° 18.722 del 12/1/2011 — resultará aplicable solo lo mencionado en primer término.

2- Información vinculada al Secreto Bancario

En caso que la información requerida se encuentre amparada por el Secreto Bancario, la DGI deberá transitar por el procedimiento establecido por el art. 54 de la ley N° 18.083, en la redacción dada por el art. 15 de la Ley N° 18.718.

De acuerdo a la norma indicada, en su párrafo tercero el trámite será el siguiente:

- resolución del Director General de Rentas;

- demanda ante el Juzgado Civil del domicilio del titular de la información (el fiscal o, en subsidio, el real):

1. se deberá justificar que las obligaciones perseguidas no están prescriptas

2. se deberá justificar la existencia de indicios objetivos que hagan presumir razonablemente la existencia de evasión o la tipificación de infracciones

3. se deberá acreditar solicitudes expresas y fundadas de la autoridad requirente, así como todos los elementos que justifiquen la relevancia de la información solicitada

- el trámite seguirá el procedimiento de los incidentes fuera de audiencia (art 321 Código General del Proceso) con algunas variaciones que pretenden acelerar los tiempos del mismo y ciertas particularidades de los aspectos recursivos.

Establece la norma: “... el proceso judicial de levantamiento del secreto bancario se seguirá con la persona física o jurídica titular de la información. La demanda se presentará por escrito según lo dispuesto por los artículos 117 y 118 del Código General del Proceso, y se tramitará por el procedimiento incidental regulado en el artículo 321 de dicho Código, con las siguientes modificaciones: a) la providencia que confiere el traslado de la demanda deberá notificarse en un plazo de tres días a contar de su dictado, y b) en el caso en que sea necesaria la realización de una audiencia, la misma deberá realizarse en un plazo máximo de treinta días a contar de la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo previsto”.

En cuanto a las particularidades recursivas señala: “El Juez dictará sentencia haciendo lugar o denegando la solicitud de levantamiento del secreto bancario, a cuyos efectos tendrá en consideración la prueba diligenciada y todas las circunstancias del caso. La sentencia será apelable por cualquiera de las partes. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo de la providencia impugnada y se regirá por lo dispuesto en el artículo 254, numerales 1) y 2) del Código General del Proceso. Evacuado el traslado de la apelación o vencido el plazo correspondiente, el Juzgado deberá remitir el expediente al Superior en un plazo de cinco días hábiles. El Tribunal de Apelaciones deberá resolver en acuerdo, dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los autos”.

“Contra la sentencia de segunda instancia no se admitirá recurso alguno”;

- si hubiere sentencia autorizando el levantamiento, el Banco Central del Uruguay (BCU) deberá proceder a informar al juzgado competente.

3- Obtención de información y vista previa a la decisión de envío

Una vez obtenida la información requerida por la requirente, el decreto N° 311/2011 establece que antes de dictar el acto administrativo que disponga la remisión de la información recabada se deberá dar vista previa al titular de la información por el término de 5 días hábiles.

El otorgamiento de vista previa establecido en la norma analizada implica el cumplimiento del apego a la garantía constitucional del debido proceso, esto es, a la oportunidad de ser escuchado y ofrecer prueba en forma previa a que se adopte la decisión respectiva.

De esta forma el titular de la información tendrá la oportunidad de analizar la regularidad del procedimiento (en sus aspectos formales y sustanciales) y de sus consecuencias (la pertinencia o la corrección de la información recabada).

Obviamente también resultan de aplicación la garantía del procedimiento recursivo administrativo, la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) y demás procedimientos judiciales.

Si bien el procedimiento recursivo no tiene efecto suspensivo respecto de la ejecución del acto administrativo, si el mismo fuera solicitado por el recurrente (art. 150 del Decreto 500 /991) sería muy razonable que la administración lo otorgara en virtud de los graves daños que podría ocasionarle en caso de ejecución del mismo. Asimismo cabe recordar al respecto que en caso de negativa a suspender el acto por parte de la administración, existe jurisprudencia que admite -existiendo otra que no lo hace- la acción de amparo para intentar suspender la ejecución de un acto administrativo (ej. TAC 1, Sent. 75/05).

e- Confidencialidad

El Acuerdo dispone la confidencialidad de la información intercambiada por parte de las autoridades competentes.

El alcance de la confidencialidad se determina en base al más benigno de los siguientes dos elementos: **a)** el alcance otorgado por la legislación interna de cada país o **b)** el alcance de la normativa del país remitente si fuera más restrictiva.

i) Método para evitar la doble imposición

Como se señaló, si bien en principio el tema parece ocupar un segundo plano, el Acuerdo también incluye un Título (a saber, Título III: Método para evitar la doble imposición) tendiente a evitar la doble tributación mediante un sistema de acreditación de impuestos pero que, a diferencia de otros convenios en su tipo y de los modelos de convenios que generalmente aplican los países a tales efectos, salvo para el caso particular de los *“servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares”* (en adelante, *“servicios técnicos”*), se abstiene de ingresar en una casuística por tipo de renta.

Tal como es de estilo, este Acuerdo para evitar doble tributación se aplica a las Personas residentes de uno o de ambos países — conforme a la definición que el propio Acuerdo aporta - comprende los impuestos a la renta y activos/patrimonio nacionales vigentes en cada país a fecha de suscripción del Acuerdo sin perjuicio de preverse su extensión *“... igualmente a los Impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo, y que se añadan a los actuales o les sustituyan”*.

En efecto, salvo para este último tipo de rentas, en lo principal, el Título se limita a establecer el habitual principio de que, partiendo de un criterio mundial de gravabilidad de rentas y patrimonio, el país de resi-

dencia debe reconocer un crédito por el impuesto pagado por la persona o empresa en cuestión en el país de la fuente con el límite de la incidencia implícita propia de tal renta o patrimonio.

Técnicamente este método para evitar la doble tributación califica bajo la categoría de “*método de imputación ordinaria*”. Como se sabe, el método de la imputación presenta el inconveniente de que, cuando la tasa del impuesto es mayor en el país receptor que en el de la fuente, se puede neutralizar, total o parcialmente, los beneficios sobre la inversión concedidos en este último país.

Conforme al mismo, el Estado de la residencia mantiene el principio de gravamen sobre la renta (patrimonio) mundial, computando también las rentas (patrimonio) en el exterior en la determinación de la base imponible de sus residentes y procediendo a permitir deducir en el propio impuesto el gravamen que se hubiera satisfecho en el extranjero por idénticas rentas (patrimonio) con el límite de la porción del propio impuesto que corresponda a tales rentas (patrimonio) procedentes del exterior.

No obstante, el método de acreditación acordado no reconoce el denominado “*tax sparing credit*” (ni tampoco un “*credit for national tax*”) por lo cual, los beneficios o exoneraciones que un país otorgue, pueden ser neutralizados si el otro país aplica criterio mundial, tal como sucede con Argentina. Dicha neutralización puede verificarse tanto en forma directa — en el caso que el país de residencia tenga adoptado algún mecanismo anti “*tax deferral*” como la “*transparencia fiscal*” gravando los beneficios de las inversiones realizadas en el exterior en el momento de generación — o indirectamente a través del pago de dividendos.

El “*tax sparing credit*” consiste en permitir que el impuesto extranjero deducible sea el impuesto que exactamente hubiera correspondido satisfacer en ausencia de un beneficio fiscal en aquel país; por su parte, en el caso del “*credit for national tax*” (también denominado “*matching credit*”), el país de residencia concede un crédito fiscal por una cantidad alzada o por un porcentaje más alto que el tipo tributario efectivo que hubiera gravado la renta en el país de su origen (o del tipo que el Convenio de Doble Imposición establezca como límite de gravamen).

Ingresando al análisis más específico de las características del método consagrado, como se señaló, además de prescindir de realizar una categorización de renta y reparto de jurisdicciones, tal como resulta habitual en este tipo de convenios, el Acuerdo muestra una diferencia fundamental también con ellos al no prever ningún tipo de límite a la gravabilidad en la fuente a través, por ejemplo, de un tope de las alícuotas aplicables.

Entre otras disposiciones inexistentes pues, el Acuerdo no incluye la típica previsión contenida en el artículo 7 del Modelo para Evitar la Doble Imposición de la OCDE referente a “Beneficios Empresariales” consagrando el principio de gravabilidad en el país de residencia, aunque permitiendo una limitada potestad tributaria del país de la fuente a través de la introducción del concepto de Establecimiento Permanente.

A nuestro juicio, cuando ello sucede, el concepto y más que nada el alcance — bastante particular por cierto porque sólo define el tipo de impuesto a la renta que se debe pagar por las rentas de fuente uruguaya obtenidas - de esta figura a nivel de la normativa doméstica cede a favor del criterio plasmado en el Convenio.

Pero precisamente no es eso lo que está sucediendo en este Acuerdo por lo cual entendemos que en el caso argentino, el concepto y alcance de la figura del EP consagrada a nivel doméstico se mantiene plenamente en pie, sin perjuicio de las acreditaciones de impuestos en uno y otro sentido que conforme a dicho Acuerdo correspondan.

Asimismo, y dada la naturaleza y objeto limitado del Acuerdo, y a diferencia de lo que sucede en esos otros convenios, entendemos que la doble “residencia” fiscal resulta perfectamente admisible a los efectos de que cada país resuelva la tributación local en juego sin perjuicio de tener que “desempatar” la misma a la hora de definir acreditaciones de impuestos.

Económicamente ello implica una inexistencia “de hecho” de una prioridad de jurisdicción tributaria — es decir, país que en definitiva se queda con la recaudación cuando en aras de evitar la doble tributación se elimina la parte duplicada al contribuyente en cuestión - para el país de residencia tal como suele suceder, y una indirecta consagración, por ende, de prioridad para el país de la fuente, salvo el caso de los “servicios

técnicos” que la prioridad se define en el país en el cual se ubica la “fuente pagadora”, obviamente, no necesariamente coincidente con el país de la “fuente” en sí misma.

En efecto, el Acuerdo prevé que cuando un “residente” de un país obtenga “rentas sometidas a imposición” o posea un “patrimonio sujeto a impuesto” en el otro país, el primer país permitirá deducir el impuesto sobre la renta o patrimonio que el contribuyente hubiera pagado en el otro.

El concepto y efectos de la “residencia” previstos en el Acuerdo resultan alineados a los utilizados habitualmente en este tipo de convenios, efectuando un primer reenvío a las normas domésticas que definen el concepto tanto para las personas físicas como otro tipo de personas, estableciendo “reglas de desempate” en caso de verificarse la “residencia” paralelamente en ambos países el concepto.

El protocolo del Acuerdo aclara el alcance de lo que debe considerarse como “rentas sometidas a imposición” y “patrimonio sujeto a impuesto” en cada país como rentas de fuentes situadas y elementos del patrimonio situados, en el país, respectivamente.

Caso particular ocupan las “rentas por la prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares” respecto a las cuales se consagra una excepción sustituyendo el principio de la “fuente” por el de “fuente pagadora”.

Corresponde señalar que a nuestro juicio el texto del Acuerdo contiene en este aspecto una defectuosa redacción al establecer: “Cuando un residente de Uruguay (Argentina) obtenga rentas por la prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares, pagadas por un residente de Argentina (Uruguay), Uruguay (Argentina) deducirá del Impuesto que perciba sobre tales rentas un importe igual al Impuesto sobre la renta pagado en Argentina (Uruguay)”.

En efecto, en rigor, y tal como lo prevé el propio Acuerdo, al menos a los efectos de la acreditación de impuestos, en cada caso en cuestión podrá existir solo un residente por lo cual la referencia a la prestación de un servicio de “residente” a “residente” resulta “imposible” por sí misma. En todo caso debió decirse — y así entendemos que corresponde interpretarlo — que a la segunda referencia a “residente” debió, por ejemplo, agregarse la condición “acorde a legislación doméstica”.

Tampoco existe en el caso límites de gravabilidad de la parte no priorizada de la relación — en este caso, el país de la residencia — debiendo el país de la “fuente pagadora” reconocer el crédito del impuesto pagado en el otro país, lo que, en definitiva, económicamente terminará volcando la recaudación en el país de la residencia.

En resumen pues, desde el punto de vista sustancial económico, salvo el caso de los “servicios técnicos” en donde el país que se alzaría con la recaudación es el de la residencia, para el resto de las rentas y los activos y patrimonio, ese rol lo ocupa el país de la fuente.

Ahora bien. Si bien no forma parte del objetivo del presente el análisis de la normativa doméstica de los impuestos argentinos comprendidos en el presente Título conforme al artículo 11 del Acuerdo (a saber, Impuesto a las Ganancias, Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta e Impuesto sobre los Bienes Personales), debe señalarse que en todos ellos existen ya en la normativa doméstica argentina medidas unilaterales de acreditación (por igual método de imputación ordinaria) de impuestos extranjeros “...abonadas por gravámenes análogos, sobre sus actividades en el extranjero”, para el primero de ellos, y por “bienes gravados situados con carácter permanente en el exterior” en los dos restantes.

Por tanto, si bien es cierto que oportunamente se plantearon dudas acerca de la posibilidad de que el Impuesto a las Rentas de los No Residentes (IRNR) uruguayo fuera acreditable en Argentina como “impuesto análogo” al Impuesto a las Ganancias.

Al respecto puede consultarse las publicaciones en Revista Tributaria referente al Tema “Las situaciones de doble tributación entre Argentina y Uruguay y las formas de evitarlas sin mediar un tratado” tratado en las VIII Jornadas Rioplatenses de Tributación llevadas a cabo en Montevideo los días 18 y 19/8/2011.

No obstante y tal como se dijo, aún así, dada las características señaladas, a diferencia de otros convenios que Uruguay viene firmando, al menos en el caso no se estaría produciendo perforación en la tributación de otras categorías de rentas de fuente uruguaya como dividendos o regalías, por ejemplo.

Por lo demás, el sistema de evitación de la doble tributación consagrado nos merece, entre otros, una serie de comentarios que por limitaciones de espacio nos limitaremos a dejar enunciados sin ingresar a un análisis más profundo:

- Si bien es evidente que en términos generales el método elegido privilegia, en lo sustancial, al país de la fuente apartándose en este sentido, de los convenios suscriptos siguiendo más estrictamente al Modelo OCDE, la “cortedad” de sus disposiciones podría ser susceptible de generar ciertas controversias entre los países que pudieran socavar el objetivo de evitar la doble tributación.

Cabe señalar que según lo prevé el propio Acuerdo, las “...autoridades competentes de cada Parte instrumentarán en el marco de un acuerdo mutuo, y dentro de los noventa días desde la entrada en vigencia del presente, los requisitos necesarios para efectivizar la implementación operativa...” de lo relativo al método para evitar la doble tributación.

En efecto, la falta de categorización de rentas, discrepancias en el concepto de los “servicios técnicos” — ya de por sí de alcance controvertido en nuestro país - e inclusive el criterio que cada país pueda aplicar a la hora de definir la “fuente” de rentas y activos — más allá de la pauta aportada al respecto por el Protocolo — como por ejemplo, en materia de bienes incorpóreos como créditos e intangibles - podrían generar asimetrías a la hora de la aplicación del Acuerdo.

El Acuerdo no contiene ninguna previsión acerca de Precios de Transferencia — lo que a su vez dificulta acudir a las propias Directrices dictadas por OCDE al respecto en caso de tener que dirimir diferencias - lo que obviamente podrá entonces ser motivo de asimetrías en su aplicación.

Dichas asimetrías podrían derivar en fenómenos de “doble tributación” (o doble “no tributación”) dada la dificultad que presenta la ausencia de pautas comunes a los efectos de la aplicación de “ajustes correlativos” e inclusive de llegar en esta materia a acordar una solución por el Procedimiento de Acuerdo Mutuo previsto en el artículo 12 del Acuerdo.

Por su parte, si bien es cierto que los problemas de “doble residencia” preliminar terminarían resolviéndose por las reglas de desempate previstas en el propio Acuerdo, la absoluta ausencia de normativa regulando el concepto de Establecimiento Permanente (EP) también podría ser susceptible de generar desencuentros entre las partes tanto en lo que refiere a su incidencia sobre el concepto de “residencia” como los efectos de posibles fueros de atracción que la normativa de un determinado país reconozca, tal como sucede por ejemplo en el nuestro.

Por otro parte, dada la particular forma de regular el método para evitar la doble tributación adoptada por el Acuerdo, a diferencia de lo que sucede en otros convenios en base al modelo OCDE, a nuestro juicio, el concepto doméstico de EP sobrevive al mismo aún cuando a efectos de la acreditación de impuestos el contribuyente en cuestión deba ser considerado eventualmente como “residente” del otro país

ii) Entrada en vigor y vigencia

El Acuerdo establece dos criterios diversos de vigencia dependiendo de si la información refiere:

a) a la materia penal tributaria (en que el Acuerdo entra en vigor 30 días después de recibida la última notificación de cumplimiento de procedimientos internos) o

b) en todos los demás asuntos (en que solamente rige para períodos fiscales que inicien durante o después de la fecha indicada para a), o, en caso de no existir período fiscal, para los cobros de tributos que surjan en o después de la fecha indicada).

La vigencia de la norma es uno de los aspectos que más preocupación viene generando, especialmente en Argentina.

Si bien como pauta general — excepto en materia penal — se establece que el Acuerdo solo habilitaría a brindar información y apoyo para el cobro de tributos correspondientes a períodos fiscales que se inicien a partir de esa vigencia, ello puede verse neutralizado por vía de los hechos en la medida que los Fiscos en juego pretendan retrotraer las investigaciones hacia atrás a partir de información intercambiada.

A nuestro juicio, más allá de la literalidad del Acuerdo, resulta claro que el espíritu del mismo no es revisar el pasado ni económica ni penalmente. Entendemos que si un Fisco amparado por su normativa doméstica así pretende hacerlo debería abstenerse de solicitar el apoyo del otro Fisco, a riesgo de que su incumplimiento de este compromiso derive en la renuencia del otro Fisco a mantener su colaboración a futuro.

Asimismo, en caso de controversias respecto de este elemento, nada impide que de acuerdo a las propias previsiones del Acuerdo las partes puedan acordar por escrito la no utilización retroactiva de la información relevada, caso a caso.

8) NOMINALIZACIÓN DE ACCIONES AL PORTADOR DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS (LEY N° 18930)

La Ley N° 18.930 publicada en el Diario Oficial el pasado 27 de julio (en adelante la Ley) consagra la obligación para los titulares de títulos al portador de informar sobre la propiedad de los mismos.

De esta forma el Poder Ejecutivo busca cumplir con las exigencias de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), alineándose a la regulación de la mayoría de los países, en los cuales no existen acciones al portador.

La Ley es un paso importante hacia la eliminación definitiva de las acciones al portador, cuyo régimen siempre representó una característica esencial de las sociedades anónimas en nuestro derecho. Estos cambios introducidos por la Ley marcan grandes cambios para los operadores nacionales, que utilizan permanentemente este instrumento y se deberán ajustar a lo previsto por la nueva normativa.

1. Acciones al portador y acciones nominativas.

La Ley no elimina las acciones al portador consagradas por la Ley de Sociedades Comerciales 16.060 (en adelante LSC), sino que hace obligatorio que los titulares de títulos al portador, dentro de los cuales se encuentran las acciones de las sociedades anónimas, tengan que declarar su titularidad.

Una opción diferente pudiera haber sido consagrar la nominatividad obligatoria, como existe por ejemplo en Argentina desde hace años, eliminando las acciones al portador. En el derecho Argentino, la Ley 24.587 reglamentada por el Decreto 259/96 consagra la nominatividad obligatoria de todas las acciones, suprimiendo la posibilidad de la utilización de las acciones al portador.

En la doctrina Argentina, Vitolo menciona los siguientes argumentos a favor y en contra de la nominatividad obligatoria, que en definitiva implican el mantenimiento o no de las acciones al portador. (Vitolo, Sociedades Comerciales, T. III, pg. 598).

La nominatividad obligatoria: *“facilita la protección de la legítima hereditaria y el régimen patrimonial de la sociedad conyugal; es un instrumento de defensa de la soberanía, al obligar a individualizar a los inversores extranjeros; y alienta la recaudación fiscal, al identificar a los últimos beneficiarios”*.

Crítica la nominatividad obligatoria, en posición que apoyamos, porque: *“obstaculiza la adquisición y transmisión de las acciones; desnaturaliza a las sociedades anónimas; los fines fiscales pueden encontrar instrumentos más adecuados de protección; y desalienta las inversiones”*.

Nuestro legislador optó por una solución diferente, manteniéndose la existencia de las acciones al portador, pero con la obligación de informar quiénes son sus titulares.

Destacamos esto porque si bien con el nuevo régimen se podrá identificar al titular de las acciones al portador, existen diferencias entre las acciones al portador y las nominativas.

En función de su forma de transferencia, las acciones pueden ser clasificadas en acciones al portador, nominativas y escriturales. A continuación analizaremos las acciones al portador y las nominativas. (Lapique, *Las acciones de las sociedades anónimas*, Capítulo III, FCU, 2da Edición).

1.1 Acciones al portador.

El artículo 304 de la LSC, prevé la posibilidad de que la sociedad anónima emita acciones al portador, éstas no identifican en el título a su titular y no se expiden a favor de determinada persona, el accionista será el tenedor de las acciones.

Esto permitía el anonimato de los accionistas, dado que no existía un registro llevado por la sociedad del cual surgirían quienes eran los accionistas.

La legitimación del accionista se producía por la tenencia del título, debiendo haberla adquirida su tenedor en forma legítima y a título de dueño.

Son títulos valores al portador los que no se expidan a favor de persona determinada aunque no contengan la cláusula al portador y que su transmisión se producirá por la simple tradición. (ADCO T. 9 pg. 209, T. 7mo Rodríguez Caorsi (r), Troise, Harriague. S. 34/00).

Las acciones al portador se transmiten por la simple entrega, no es necesario el cumplimiento de ninguna otra formalidad. En este sentido, el artículo 52 del Decreto-Ley 14.701 (aplicable por la remisión que hace el artículo 316 de la LSC), establece que su transmisión se realiza por la simple tradición.

1.2. Acciones nominativas.

Las acciones nominativas son aquellas en las cuales se identifica al titular de la acción en el título y además en el Libro de Registro de Acciones Nominativas previsto por el artículo 333. De acuerdo a lo previsto por el artículo 32 del Decreto-Ley 14.701, sólo será reconocido como legítimo tenedor quién figure a la vez en el registro y en el documento.

Gagliardo define a la acción nominativa como la representada por títulos que expresan el nombre de una persona cierta y determinada, que coincide con el que figura como poseedor del mismo título en los libros de la sociedad que los ha emitido. (Gagliardo, *Sociedades Anónimas*, Abeledo Perrot, pg. 47).

Sasot Betes – Sasot hacen mención a la nominatividad completa cuando no sólo la acción es nominativa, sino también el cupón adherido a ella para el ejercicio de derechos patrimoniales y políticos. La nominatividad sería mixta cuando el título acción es nominativo y el cupón al portador. (Sasot Betes – Sasot, *Acciones, Bonos, Debentures y Obligaciones Negociables*, Ed. Abaco, pg. 62). El artículo 302 de la LSC permite la nominatividad mixta dado que expresamente prevé que el cupón podrá ser al portador, incluso en las acciones nominativas.

La nominatividad puede ser convencional u obligatoria. El primer caso refiere a cuando mediante la constitución de la sociedad, se establece que las acciones serán nominativas, o cuando se reforma el estatuto y se acuerda modificar las acciones existentes a nominativas.

La nominatividad es obligatoria cuando es impuesta por la ley. En este caso, para la realización de determinadas actividades por sociedades anónimas, se exige que las mismas tengan acciones nominativas. Se entiende por el legislador que es conveniente conocer a los accionistas de las sociedades, por lo tanto se establece la nominatividad obligatoria de las acciones. Al aprobarse la LSC, en función de lo dispuesto

por el artículo 519, que prevé que las prohibiciones, limitaciones y exigencias que la ley establece para que determinadas sociedades realicen cierto tipo de actividades, continuarán en vigencia luego de la sanción de la ley, se mantuvieron vigentes las normas relativas a nominatividad obligatoria.

Olivera García realiza la siguiente enumeración de actividades para las cuales se consagra la nominatividad obligatoria:

a) Servicios de transporte aéreo internacional (Decreto – Ley N° 14.305 del 29 de noviembre de 1974, Código Aeronáutico (artículos 114 y 115) y Decreto 39/977 de 25 de enero de 1977.

b) Radiodifusión (Decreto-Ley N° 14.670 de 23 de junio de 1977 y Decreto N° 734/978 de 20 de diciembre de 1978).

c) Sociedades Anónimas que desarrollan actividad de intermediación financiera (Decreto- Ley N° 15.322 de 17 de setiembre de 1982).

d) Farmacias (Artículo 14 del Decreto-Ley 15.703 de 11 de enero de 1985).

e) Transporte de cargas por carretera (Decreto N° 283/989 de 14 de junio de 1989).

f) Televisión por cable (Decreto N° 349/990 de 7 de agosto de 1990).

g) Transporte terrestre (Artículo 319 de la Ley N° 16.170 de 18 de diciembre de 1990).

h) Empresas de seguridad (Decreto N° 145/91 de 12 de marzo de 1991).

i) Servicios Regulares de Transporte de personas por carretera y ómnibus afectados a otros servicios. (Decreto N° 228/991 de 24 de abril de 1991).

j) Casas de cambio (Decreto N° 680/991 de 12 de diciembre de 1991, artículo 6).

k) Empresas prestadoras de servicios portuarios (Decreto N° 413/992 de 1° de setiembre de 1992).

l) Seguros (Decreto N° 354/994 de 17 de agosto de 1994, artículo 2).

m) Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (Ley N° 16.713 del 3 de setiembre de 1995, artículo 92).

n) Bolsas de Valores (Ley N° 16.749 de 30 de mayo de 1996, artículo 13).

ñ) Sociedades administradoras de Fondos de Inversión (Ley N° 16.774 del 27 de setiembre de 1996, artículo 5) (Oliver García, Código de Comercio de la ROU y leyes complementarias, 5ª Ed., Montevideo, 2002, pg. 252).

Además de los casos mencionados anteriormente por Olivera García, podemos también mencionar:

a) Las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAPs) (Ley 16.713 del 11 de setiembre de 1995, artículo 92).

b) El artículo 73 de la LSC prevé la nominatividad obligatoria de las acciones, si existen prestaciones accesorias conexas a acciones.

c) En materia de propiedad rural y explotaciones rurales, el artículo 520 de la LSC preveía que se continuarían rigiendo por las disposiciones vigentes. Actualmente este tema se encuentra regulado por la Ley 18.092, publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 2007, que establece que las sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones pueden ser titulares de inmuebles rurales y de explotaciones agropecuarias siempre que sus acciones sean nominativas y pertenezcan a personas físicas.

d) La Ley 17.703 de fideicomisos, publicada en el Diario Oficial el 4 de noviembre de 2003, en su artículo 12 regula a los fiduciarios profesionales, estableciendo que si son sociedades anónimas, deberán emitir acciones nominativas o escriturales.

e) Con relación a otros títulos, el artículo 298 de la LSC prevé la posibilidad de emitir certificados provisorios, que necesariamente deben ser nominativos.

1.3 Emisión de acciones nominativas.

La emisión refiere al acto mediante el cual la sociedad expide las acciones como consecuencia de: a) los aportes originales que se realizan para constituir el capital fundacional de la sociedad; b) por aumentos de capital nominales o reales; c) en el caso de reintegro de capital, y; d) cuando se modifica el valor nominal de las acciones.

Bacchi sintetiza en forma excelente las formalidades que deben cumplirse para expedir un título representativo de acciones nominativas: i) Que en el título conste el nombre del accionista (art. 300 num. 5 LSC); ii) Que el nombre de ese titular se haya inscrito en el registro que llevará el emisor de los título, que el mismo debe inscribirse en el registro del creador (al menos cuando la nominatividad no sea de origen legal), requisito que no lo impone la LSC, pero creemos debe cumplirse en virtud de lo dispuesto en el inc. Final del art. 32 de la LTV, y de dada la remisión del art. 316 de la LSC²¹; y iv) Que se anote en el Libro de Registro de Títulos Nominativos que lleva la sociedad emisora, la creación del título identificado a través de “*el número de orden de cada título, su valor y la individualización del titular*”.

1.4 Acciones nominativas endosables.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 304 de la LSC, las acciones nominativas podrán ser endosables o no.

En caso de que las acciones nominativas sean endosables, de acuerdo al artículo 305 de la LSC, se transmitirán por una cadena ininterrumpida de endosos y para el ejercicio de sus derechos el endosatario solicitará el registro. Por lo tanto, es necesaria la entrega del título, el endoso y el registro de la transferencia en el Libro de Registro de Acciones Nominativas (conjunto de actos que se reconocen con el nombre de “*transfert*”).

La entrega y el endoso, otorgan el derecho al tenedor del título a solicitar a la sociedad la inscripción de la transferencia en el libro. El artículo 305 prevé que la transferencia de las acciones nominativas deberá notificarse a la sociedad por escrito e inscribirse en sus respectivos registros de acciones. En la medida que no se prevé ninguna forma específica de notificación a la sociedad, cualquier forma que pueda comprobarse en forma fehaciente puede ser utilizada. Si se debe tener en cuenta que ambos requisitos deben ser cumplidos dado que el artículo los requiere en forma acumulativa.

1.5 Acciones nominativas no endosables.

La transferencia de las acciones nominativas no endosables, requiere los mismos requisitos que la transmisión de las acciones endosables, pero en lugar de realizarse el endoso de la acción, el endoso se sustituye por una cesión, considerada en sentido amplio: compraventa, permuta, dación en pago, etc. La transferencia se debe anotar en el título, debiéndose anotar el nombre del adquirente, y es recomendable anotar la fecha y lugar, seguida de la firma del cedente.

1.6 Diferencias entre las acciones nominativas y las acciones al portador.

Podemos resumir las principales diferencias entre las acciones nominativas y las acciones al portador en que:

a) en la acción nominativa figura el nombre del titular de la acción, mientras que en la acción al portador no, pero con la nueva normativa se deberá informar a la sociedad quién es el titular de las acciones al portador, para que la sociedad informe al Banco Central del Uruguay.

b) la acción al portador se transmite mediante la sola entrega, mientras que la acción nominativa requiere la entrega, endoso o cesión e inscripción en el libro de Registro de Títulos Nominativos.

c) en el caso de la acción al portador, la legitimación surge de la posesión de buena fe del título, mientras que en el caso de la acción nominativa, surge de la inscripción en el libro.

d) se pueden establecer en el estatuto limitaciones a la transferencia de las acciones nominativas, pero no para las acciones al portador.

e) En el caso de la venta de acciones por sujetos pasivos del Impuesto a la Renta a las Personas Físicas, en la medida que sean acciones al portador, la venta no está gravada por el IRPF. La venta de acciones nominativas, si está gravada por el IRPF (artículo 27 literal E del Título 7 del Texto Ordenado).

De acuerdo a lo mencionado, la diferencia entre las acciones nominativas o al portador no radica en la existencia de derechos económicos o políticos diferentes, sino en la forma diferente en cómo se transmiten las mismas, los tributos a abonar y eventualmente en la posibilidad de limitar su transferencia mediante cláusulas previstas en el estatuto.

El hecho de que la Ley no haya consagrado la nominatividad obligatoria, deja vigentes todas estas diferencias, pero se deberán tener en cuenta todos los aspectos previstos por la Ley que analizaremos a continuación.

2. Sociedades que quedan sujetas a la obligación de informar.

El artículo 1° de la Ley establece que, todo titular de acciones al portador (u otros títulos al portador) de una entidad residente en el país (sociedades anónimas constituidas en Uruguay) deberá proporcionar a la sociedad los datos para su identificación y la sociedad deberá proporcionar esta información al Banco Central del Uruguay. A los efectos de definir a las entidades residentes, el inciso final del artículo 1ero remite a lo previsto por el artículo 13 del Título 4 del Texto Ordenado 1996, que establece que se consideran entidades residentes a las sociedades que se hayan constituido de acuerdo a la legislación Uruguay y a las sociedades del exterior que establezcan su domicilio en el país.

Según dispone el artículo 2°, también tienen la misma obligación, los titulares de acciones de entidades no residentes, siempre que éstas tengan un establecimiento permanente en el país (según se define en el artículo 10 del Título 4 del Texto Ordenado 1996) o radiquen en Uruguay su sede de dirección efectiva para el desarrollo de actividades empresariales (según se define en el artículo 3 literal B numeral I del Título 4 del Texto Ordenado) en el país o en el exterior. Se entiende que tiene su sede de dirección efectiva en territorio nacional cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades.

El artículo 1° aclara que en caso de que exista un tenedor, custodio, mandatario o quién ejerza poderes de representación, con facultades de administración y disposición de las acciones, con iguales facultades que su titular, la identificación deberá de ser del propietario y de quién ejerza estas facultades. También se establece que en caso de desmembramiento de dominio, como en el caso de usufructo, la información debe corresponder tanto al nudo propietario como al usufructuario.

2.1. Entidades exceptuadas de informar.

En el artículo 15 de la Ley, se exceptúa de la obligación de informar a las entidades que hayan emitido títulos al portador se coticen en Bolsa o que hayan sido objetos de oferta pública, siempre que los títulos estén a disposición para su venta, o sea que efectivamente exista un mercado para su compra y venta.

Las entidades que hayan emitido acciones al portador y modifiquen sus títulos a nominativos, podrán solicitar su exclusión del Registro, en las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo (artículo 18).

A los efectos de transformar las acciones al portador en nominativa la Ley prevé un trámite abreviado. La modificación en realidad implica una reforma de estatuto, y el trámite especial previsto permite inscribir la reforma directamente en el Registro Nacional de Comercio y realizar las publicaciones, no siendo necesaria ni aprobación o comunicación a la Auditoría Interna de la Nación, pero si su comunicando a ésta oficina en forma concomitante. De esta forma, se logra que el trámite sea más rápido y más económico. Para poder realizar este trámite especial, la reforma de estatuto debe tener exclusivamente esta modificación.

Al pasarse a acciones nominativas, la sociedad deberá comenzar a llevar el libro de Registro de acciones nominativas, inscribiendo en el mismo a los titulares de las acciones nominativas.

La LSC establece que la transformación de acciones al portador en nominativas genera derecho de receso para los accionistas que no voten a favor de la resolución, lo que les permite retirarse de la sociedad y exigir el pago del valor de sus acciones. Se discute si el valor a abonar el valor contable o valor de mercado.

Se prevé una solución especial respecto del derecho de receso, modificando el régimen previsto por la LSC. Se establece que si la resolución de modificación de las acciones de al portador a nominativas se adopta por el 75% o más de los votos, no se genera el derecho de receso.

Se debe tener en cuenta que si no se cuenta con el 75% de los votos y se adopta la resolución, accionistas minoritarios podrán ejercer el derecho de receso y se les deberá reembolsar el valor de sus acciones, lo que implica una erogación para la sociedad y pérdida de recursos.

3. Procedimiento para informar.

Los titulares de las acciones al portador deberán presentar una declaración jurada a la sociedad emisora de las acciones informando los datos que permitan su identificación y el valor nominal de las acciones (artículo 6). El texto del literal A) del artículo 1 no es claro cuando refiere al "*valor nominal de las acciones*", cabe preguntarse si corresponde informar el valor nominal de cada título, o el valor nominal de la totalidad de los títulos de una entidad. Informar el valor nominal de la totalidad de los títulos puede ser relevante a los efectos de determinar el porcentaje de participación del titular, siempre que se cuente con el capital integrado de la sociedad (obligación prevista para la sociedad en el artículo 6 literal B de la Ley). El capital integrado es igual a la suma del valor nominal de las acciones emitidas. Según la finalidad que se busque por la norma, se debería aclarar este punto, porque el valor nominal solamente es útil para determinar el porcentaje de participación, pero no el valor de las acciones, que depende el valor libros o valor de mercado.

La entidad emisora deberá informar al Banco Central del Uruguay, también mediante declaración jurada la información recibida del titular de las acciones, el monto total de capital integrado y el monto total del patrimonio de la entidad a valores nominales y la participación que corresponda a cada accionista (artículo 6). Entendemos que no es clara la norma cuando refiere al "*patrimonio de la sociedad a valores nominales*", esperamos que la reglamentación aclare dicha expresión.

Se dispone en el artículo 6 que las entidades deberán conservar las declaraciones juradas en las mismas condiciones que las establecidas para los libros sociales. Habrá que ver si esto refiere exclusivamente a la obligación de conservación de veinte años prevista en el Código de Comercio o también a la obligación de foliado cronológico, sin tachaduras, enmiendas, etc. en un libro especial o a ambos aspectos.

Realizada la inscripción en el BCU, la sociedad deberá emitir un certificado al titular de las acciones, en el que constará el registro. El incumplimiento de la entrega del certificado, habilita al titular de las acciones a realizar la inscripción directamente.

De acuerdo al artículo 7, las sociedades también deberán comunicar al BCU toda modificación en el porcentaje de la participación de los accionistas, lo que implica que los titulares de las acciones, también deberán informar.

Los plazos y forma para cumplir con las obligaciones previstas en la norma serán fijados por el Poder Ejecutivo (artículo 16). Un aspecto importante será la formalidad que deba contar la declaración jurada cuando es realizada por accionistas que residen en el exterior. Se deberá estar a la reglamentación para ver si se exige que la declaración jurada sea formulada con certificación de firmas, deba ser legalizada, etc.

3.1. Cometidos del BCU.

El artículo 3 de la Ley crea un registro a cargo del BCU con la finalidad de la custodia y la administración de la información.

Los cometidos del BCU serán: recibir y archivar la información, asegurando su integridad y reserva; emitir los certificados que acrediten la situación registral de las entidades y de los titulares de las acciones; la emisión de información a organismos que tengan acceso a la misma, dentro de los límites establecidos por la Ley y la confección de estadísticas sobre las entidades.

Se otorga al BCU las potestades para custodiar y administrar la información, pero también se le otorga la posibilidad de entregar la información a los organismos que tengan posibilidad de acceder a la misma.

La información proporcionada al BCU será secreta (artículo 5), pero podrán acceder a la misma los siguientes organismos:

a) DGI

El acceso a la información por la DGI procederá cuando se haya iniciado formalmente una actuación inspectiva vinculada a sujetos pasivos determinados o para el cumplimiento de solicitudes expresas y fundadas por parte de la autoridad competente de un Estado extranjero, exclusivamente en el marco de convenios internacionales ratificados por la República en materia de intercambio de información o para evitar la doble imposición.

La norma prevé dos casos específicos, eliminando la posibilidad de solicitudes genéricas sin destinatarios específicos, lo que normalmente se conoce como "*expediciones de pesca*". La solicitud de información debe ser sobre sujetos pasivos determinados y se debe haber iniciado una inspección.

El segundo caso refiere a solicitudes de información por autoridades competentes de Estados extranjeros, siempre que se den los supuestos mencionados anteriormente.

La Ley expresamente prevé que no registrará para el secreto profesional previsto por diferentes normas para solicitar la información que prevé respecto de títulos nominativos y escriturales.

b) Lavado de activos y terrorismo.

Podrá acceder a la información la Unidad de Información y Análisis Financiero del BCU y la Secretaría Nacional Antilavado de Activos para tareas relacionado con la lucha contra el lavado de activos, la financiación del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva.

c) Justicia penal o de familia.

Por resolución fundada de la justicia penal o por los juzgados de familia a los efectos de determinar pensiones alimenticias, adoptándose las mismas excepciones que rigen para el secreto bancario, según lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto-Ley 15.322.

Con las acciones al portador, en muchos casos era complicado comprobar que determinada persona era accionista de una sociedad anónima y esto se utilizaba en los casos de divorcio para abonar una pensión alimenticia menor. Con la posibilidad prevista por la norma, los Juzgados de Familia podrán acceder a la información del registro del BCU y esto será tenido en cuenta al momento de determinar una pensión alimenticia.

d) Junta de ética y transparencia pública.

Siempre que se haya iniciado una actuación vinculada al ámbito de su competencia.

Fuera de los casos anteriores, la reserva sólo podrá ser levantada con la autorización expresa y escrita del titular de las acciones.

La violación de la obligación de reserva por los funcionarios, es considerada delito.

El inciso final del artículo 5 establece que la obligación de secreto alcanza únicamente al BCU y a la AIN. Cabe preguntarse entonces si la sociedad deberá proporcionar la información en su poder en caso de un conflicto entre accionistas, solicitud de embargo por acreedores, diligencias preparatorias, etc. debido a que no se consagra por la norma la obligación de secreto para la sociedad.

3.2. Cometidos de la AIN (artículo 4).

Si bien se establece que el BCU será quién reciba y administre la información, la Auditoría Interna de la Nación (AIN) tendrá a su cargo el control del cumplimiento de la obligación de informar, la comunicación de incumplimientos a los organismos competentes, la imposición y recaudación de sanciones pecuniarias y recibir las denuncias que se realice relativas al incumplimiento de las obligaciones.

4. Sanciones.

La Ley establece varias sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de informar, por lo que entendemos importante analizar la situación actual de cada sociedad y sus accionistas para poder cumplir en tiempo y forma una vez que se apruebe la reglamentación y así evitar sanciones.

4.1. Sanciones a accionistas.

Se sanciona al accionista con la pérdida de sus derechos respecto a la sociedad que le corresponda por su condición de accionista. Esto significa que la sociedad no le podrá pagar dividendos, rescates, reembolsos o el resultado de la liquidación de la sociedad.

Esto será relevante a los efectos de los quórums para asistir a las asambleas y el ejercicio del derecho de voto. De acuerdo al texto de la norma, si los accionistas son directores o empleados, nada les impide continuar actuando como tales ni percibir una remuneración por el desempeño de dichos cargos.

Tampoco se establece nada respecto al cobro de deudas por el accionista si detenta el carácter de acreedor de la sociedad.

La sanción se produce automáticamente por el sólo incumplimiento y se mantienen vigentes hasta la regularización del cumplimiento de la obligación.

4.2. Multa (artículo 8 literal B).

Una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención prevista por el artículo 95 del Código Tributario. Esto significa que la multa puede ser de hasta \$ 475.000.

La Ley no establece en base a qué criterios se aplicará un mínimo o máximo de multa, no estableciendo un criterio objetivo para su determinación.

4.3. Sanciones a las sociedades.

El incumplimiento de la obligación de presentar y mantener la información se sanciona con una multa de hasta cien veces el valor máximo de la multa por contravención prevista por el artículo 95 del Código Tributario. Esto significa que la multa puede ser de hasta \$ 475.000.

No es clara la redacción a si la multa se genera por cada incumplimiento o si es una única multa por todos los incumplimientos.

La falta de presentación en plazo de las declaraciones juradas por la sociedad, hace presumir la falta de actividad, suspendiéndose la emisión del certificado único. El artículo 13 prevé que la AIN informe a la DGI de los incumplimientos.

La Ley establece sanciones a las sociedades por no presentar las declaraciones juradas en plazo. La sociedad tendrá la posibilidad de presentar la información relativa al capital integrado de la sociedad y de los accionistas que le presenten las declaraciones juradas. Puede suceder entonces, que informe que el capital integrado es 100.000 y que presente declaraciones de accionistas por acciones que representan 90.000 de ese capital integrado. Tanto la AIN como el BCU podrán apreciar que falta la declaración jurada por acciones equivalentes a 10.000.

Cabe analizar que sucede si la sociedad no recibe de sus accionistas las declaraciones juradas para cumplir con la obligación de informar. La Ley no prevé nada al respecto, habrá que esperar a ver si la reglamentación regula este punto.

Puede suceder que existan accionistas desconocidos y que la sociedad no pueda presentar las declaraciones juradas respecto del total de su capital integrado. Conocemos casos en que se desconoce la propiedad de ciertos porcentajes del capital integrado de la sociedad.

Se podría dar otra situación aún más compleja, que es que un accionista minoritario, deliberadamente no presente la declaración jurada a la sociedad, para que la sociedad no pueda cumplir y sea pasible de sancio-

nes. Esto podría generar un perjuicio importante a la sociedad, especialmente en lo referente a la suspensión del certificado único.

Si se realizan pagos por dividendos, rescates, reembolsos o producido de la liquidación a los accionistas que no han cumplido con su obligación de informar, se sanciona con una multa cuyo máximo será equivalente al monto distribuido indebidamente.

4.4. Sanciones a los representantes (artículo 9 inciso final).

La Ley establece que los representantes legales y voluntarios de las sociedades, serán responsables por su actuación personal en el incumplimiento de la sociedad.

Se debe tener en cuenta que la responsabilidad es de los representantes, no de los directores, por lo que podría haber directores que no son representantes y no serían responsables.

Se establece una responsabilidad personal, por lo que habrá que considerar la conducta individual de cada representante a los efectos de proceder a aplicar la sanción. En este aspecto, la norma se aparta de lo dispuesto por la LSC en materia de responsabilidad de directores que los hace a todos solidariamente responsables por el incumplimiento de la ley (artículo 391 de la LSC). En este caso, sería aplicable el régimen de responsabilidad más benévolo establecido en la Ley por referirse a un aspecto específico generador de responsabilidad y por ser posterior en el tiempo.

4.5. Sanciones a adquirentes de títulos (artículo 10).

Se establece que el adquirente de títulos al portador, deberá requerir al vendedor prueba fehaciente que ha cumplido con la obligación de registro de sus datos en el BCU.

El incumplimiento de lo anterior determinará la responsabilidad solidaria del adquirente respecto a las sanciones que le sean aplicables al enajenante.

9) CONCLUSIONES

Tal como dijéramos al principio, se trata de un tema sensible y controvertido, en donde juegan por un lado los valores individuales como la libertad y la confianza y por otra parte la política de Estado en materia económico financiera.

La rigidez del secreto bancario en Uruguay fue variando de forma tal que existe hoy una flexibilización importante del mismo, que pensamos admitirá variaciones y cambios toda vez que el perfil de la política financiera en nuestro país intente tomar un rumbo determinado con objetivos específicos de acuerdo a los intereses que se intenten proteger.

Las potestades tributarias se han visto incrementadas, y como dijéramos, pensamos que puede haber traspasado una delgada línea hacia situaciones que vulneran derechos.

Hoy en día, contrario a lo que acontecía en el pasado donde el secreto bancario buscaba la protección del derecho a la intimidad, otorgando estabilidad y confianza en el sistema financiero, parecería que las necesidades han variado y además de estos principios se busca también la transparencia y el intercambio de información.

Opinamos que la controversia como está planteada en la sociedad, de si derogar o no el secreto bancario no es el fondo del asunto, sino que lo que hay que analizar en profundidad, reglamentar e intentar proteger son los interés fiscales sí, **pero sin vulnerar derechos personales.**

Nuestro sistema financiero históricamente ha tenido como pilar básico y fundamental el secreto bancario, pero dadas las presiones que recibe del exterior, ya sea tanto de países como de organizaciones internacionales, debe analizar cómo conciliar la historia y la salvaguarda de la intimidad con la posición financiera que está adquiriendo la región y que de alguna manera habrá que acompañar, porque no olvidemos los interese económicos que estos acuerdos también conllevan.

Es por eso que actualmente se consagra una tercera flexibilización al secreto bancario de acuerdo a la OCDE, destinada a un sujeto calificado: la Administración Fiscal.

Los organismos tributarios acrecientan sus potestades, por lo que es necesario no renunciar a los intereses de los particulares.

Los grandes problemas de las Leyes y convenios entre países no son los textos en sí sino cómo los operadores judiciales hagan uso de ellos mismos.

A su vez, estas reformas cada vez más brindan un papel más participativo al Poder Judicial que deberá no ya solamente dar trámite al asunto, sino realizar un exhaustivo estudio del caso en particular y, en definitiva, de la tutela jurisdiccional que realice sobre el punto, y de los límites que el Poder Judicial imponga a la Administración dependerá la funcionalidad o no de la reglamentación.

10) BIBLIOGRAFÍA

- a. **Evolución del secreto bancario en Uruguay** - Dr. Julio Facal. ABOGADO.- Plaza Financiera, Octubre 2010.- año 2 – N° 21.-
- b. **El secreto bancario y las operaciones activas** - Dr. Gamarra, Jorge - Cita Online: D2484/2009
- c. **El secreto bancario en Uruguay** –Guzman Acosta –Cita Online: D417/2009 -Tomo: La Ley Uruguay 2009-8.-
- d. **La evaluación de la OCDE sobre Uruguay** - Rodríguez Bosch, Matías - La Ley Uruguay 2011-10-Consultor Tributario 2011 (noviembre).-
- e. **Nuevas normas sobre secreto bancario en Uruguay** – Dr, Costa Franco, Leonardo, abogado, Master en Tributación Internacional en la Universidad de Harvard, MA en 1998. Profesor Titular de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Fiscalidad Internacional del Posgrado de Tributación de la Facultad de Ciencias Empresariales de la mencionada Universidad. Integra el Consejo Consultivo de la Revista Consultor Tributario editada por la Ley en Uruguay Cita Online: D4159/2010 -Consultor Tributario 2011 (enero)
- f. **Acuerdo suscripto por Argentina y Uruguay para el intercambio de información tributaria y método para evitar la doble imposición** - Abadi Pilosof, FélixGarcía, Rafael Socios de RUEDA ABADI PEREIRA. Félix Abadi es Catedrático de Impuestos en la Universidad ORT Uruguay.-
- g. **Fisco y relevamiento del secreto bancario. La dudosa constitucionalidad de la ley N° 18.718** –Dr- **Adriasola, Gabriel**, Profesor de postgrado en la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Postgrado en Derecho Penal Económico en la Universidad de Montevideo. Profesor de Postgrado en Derecho Penal Empresario en la Universidad Austral de Buenos Aires. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho del CLAEH.
- h. **La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal** - Cabezudo Bajo, María José, Madrid, Iustel, 2004, p. 80.
- i. **La evasión fiscal en la Argentina** - Villegas, Héctor B. y otros —DF— t. XXIII, citado por Diez, Humberto. Cfr DIEZ, Humberto y Coto, Alberto P.: "Propuestas técnicas para enfrentar la evasión", año 2000, Doctrina Tributaria N° 249.
- j. **Los ilícitos tributarios y sus sanciones** - Berro, Federico, FCU, cit. por MAZZ, Addy, La elusión y la evasión de impuestos..., cit., p. 68.
- k. **Criminalización de las infracciones tributarias** - BERRO, Federico, revista Tributaria, t. XXV, 144, mayo-junio 2009, p. 330.
- l. **La evasión impositiva y los Derechos Humanos** - MARFARITTI, Antonio, Argentina.
- m. **Modificaciones en las SAFI, Economía y Mercado** - ENRIQUE ERMOGLIO - Diario EL País - 19 de abril de 2010.
- n. **Acciones al portador: régimen informativo de la Ley 18.930** – Dr. Lapique, Luis - Doctor en Derecho, UCUDAL. Socio de Lapique & Santeugini Abogados. Master en Derecho (LLM), en la Universidad de Iowa, EEUU. Integrante del Executive Committee de la International Alliance of Law Firms. Docente en la UDELAR y cursos de posgrado de la ORT - La Ley Uruguay 2012-9-Consultor Tributario 2012 (septiembre).



MONOGRAFIAS DE ESTUDIANTES

*FISCHER CASTELLS, Federico Guillermo–
MAILHOS GALLO, Juan María*

**Una aproximación a los pactos de exclusividad como elemento de
los contratos de distribución**



UNA APROXIMACIÓN A LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD COMO ELEMENTO DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

FEDERICO GUILLERMO FISCHER CASTELLS – JUAN MARÍA MAILHOS GALLO

I. INTRODUCCIÓN

Las necesidades económicas de la empresa y el tráfico mercantil moderno han obligado a productores y fabricantes a desarrollar diversos medios de canalización de productos y servicios, a fin de poder ampliar y extender el alcance de sus negocios.

En ese escenario, podemos afirmar sin hesitación que los contratos de distribución juegan un rol esencial e insustituible en la organización empresarial moderna, vinculando a los consumidores finales con los productos de los fabricantes, al punto tal que, como destaca Bergstein, en ciertos casos es el propio sistema de distribución aquello que determina el éxito o fracaso comercial de un determinado bien o producto.¹

Su evidente incidencia en el plano económico y la importancia de las relaciones que estos tutelan ha llevado en los últimos tiempos a una gran proliferación de los contratos de distribución, patentizándose en la contratación comercial moderna.

A consecuencia de lo anterior, hoy en día la problemática jurídica emergente de estos contratos da origen a complejos litigios y es foco del estudio pormenorizado de la doctrina comercialista más prestigiosa.

En este marco, a través de este breve análisis, nos proponemos abordar un tema que entendemos de gran relevancia práctica, sin pretender agotar el estudio del mismo, y con la esperanza de aportar algunas bases para su discusión dogmática y jurisprudencial.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Para el análisis del objeto de estudio partimos de tres premisas:

Concepto de Contrato de Distribución

Como es sabido, el concepto de Distribución Comercial no es unívoco, sino que, por el contrario, el mismo engloba una pluralidad de modalidades contractuales para la canalización de productos y servicios.

En esencia, la Distribución Comercial hace alusión a aquellos mecanismos a través de los cuales *“un producto llega o accede desde su fabricante o proveedor a los consumidores o usuarios”*²

En virtud de ello, en el presente trabajo nos concentraremos en el estudio de los acuerdos de exclusividad del Contrato de Distribución en Sentido Estricto o Distribución Propiamente Dicha, dejando de lado su inci-

1 Bergstein, Jonás, “La Extinción del Contrato de Distribución”, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª Edición 2010, Montevideo, pág. 19.

2 Bergstein, Jonás ob. cit. pág. 19.

dencia en otras figuras contractuales como el Contrato de Agencia, el Contrato de Concesión, o el Contrato de Franchising (Franquicia); aun cuando todas ellas comparten una utilidad o finalidad económica común.

A los efectos de estos apuntes, podemos definir el Contrato de Distribución en sentido estricto como el acuerdo por el cual una parte denominada distribuidor, se obliga, en el transcurso del tiempo (determinado o indeterminado), a adquirir bienes o servicios de otra denominada principal o fabricante para su posterior reventa³,

Cabe destacar que en el derecho positivo nacional, el Contrato de Distribución es un negocio atípico, que carece de una disciplina de carácter legal que lo tutele, y sus disposiciones se rigen por las normas y principios generales en materia contractual⁴. No obstante ello, este tipo contractual posee una verdadera tipicidad social, puesto que presenta determinados caracteres propios o específicos que hacen a la figura⁵.

Elementos que integran los Negocios Jurídicos

Tradicionalmente la doctrina ha ensayado varias clasificaciones de los elementos integrantes de los negocios jurídicos, en base a diversos criterios. Dentro de éstas, quizá la clasificación de mayor relevancia es aquella que los distingue en:

(i) Elementos Esenciales:

Son aquellos elementos indispensables para el perfeccionamiento de un Negocio Jurídico, esto es, el *minimum* de elementos requeridos para su validez y existencia. En consecuencia, basta la ausencia de uno de ellos, para que el negocio no se perfeccione (por ejemplo, el consentimiento, el objeto y la causa del contrato).

(ii) Elementos Naturales:

Son aquellos elementos que tienen origen legal y que se encuentran presentes en todo Negocio Jurídico aun cuando los contratantes no lo hayan estipulado a ese respecto. Estos son de aplicación supletoria respecto de aquellos que las partes acuerden en el ejercicio de su autonomía contractual⁶.

Así, el Prof. Gamarra explica que los elementos naturales “*provienen de la ley, y los contratantes solo tienen poder para excluirlos; los elementos naturales se encuentran previstos por la ley como supletorios de la voluntad de las partes, y por lo tanto, si éstas nada dicen, el elemento natural rige (...)*”⁷.

(iii) Elementos Accidentales:

Son aquellos elementos que, en principio, no son necesarios para su perfeccionamiento ni se encuentran presentes en el contrato, pero que son incluidos por voluntad expresa de las partes. Su presencia en el contrato es contingente y en definitiva depende de lo que en cada caso particular las partes acuerden (a modo de ejemplo, el elemento *condición*).

3 Corresponde destacar que tanto doctrina como jurisprudencia han hecho ingentes esfuerzos por conceptualizar esta modalidad contractual, habiéndose intentado numerosas definiciones.

4 No obstante ello, cabe destacar que el Decreto Ley N° 14.625 define el proceso de distribución como “*toda forma de desplazamiento o circulación de productos desde cualquiera de los locales de las empresas productoras o importadoras, hasta su entrega a otras personas físicas o jurídicas. Dicho proceso comprenderá operaciones tales como las de almacenaje, transporte, venta y entrega.*”, a efectos de la constatación de obligaciones fiscales. En cuanto a la nota de atipicidad y su alcance respecto de los contratos de distribución, ver Farina, Juan Manuel, “Resolución de contrato en los sistemas de distribución”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, págs. 72 a 78.

5 Cf. Ferrer Montenegro, Alicia, “El Contrato de Distribución Selectiva”, La Justicia Uruguaya, 2009, UY/DOC/544/2009, y Marqués, José Fernando y Calderón, Rafael, “Contrato de Distribución”, en la obra colectiva “Contratos de Distribución”, Ed. Heliasta S.R.L., 1ed., Buenos Aires, 2010, pág. 25. Martorell, Ernesto Eduardo, “Tratado de los contratos de empresa”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 534. Márquez, José Fernando y Calderón, Maximiliano Rafael en obra colectiva “Contratos de Distribución”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2010, pág. 24 y 25.

6 En esta misma línea argumentativa se pronuncia el autor español Carlos Lasarte, para quien los elementos naturales serían “*ciertas notas características de algunos contratos que la regulación legal de los mismos considera implícitas en los correspondientes acuerdos contractuales si las partes no disponen nada en contrario*” (Lasarte, Carlos, “Contratos. Principios de Derecho Civil III”, 11ª Edición, Marcial Pons, Madrid, pág. 14).

7 Gamarra, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo X”, 3a Edición, FCU, Montevideo, pág. 19.

Corresponde al operador jurídico que se enfrente a la interpretación de un Contrato de Distribución Comercial, evaluar - en el caso concreto que tenga bajo análisis - la naturaleza de las estipulaciones contractuales objeto de estudio.

Noción de exclusividad

El Diccionario de la Real Academia Española define lo *exclusivo* como aquel “*privilegio o derecho en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a las demás*”⁸.

La exclusividad posee intrínsecamente dos facetas: (i) una positiva, que implica un derecho de hacer aquello que nadie más puede y (ii) una negativa, que conlleva una limitación a la libertad de las personas que les impide realizar alguna actividad que está vedada o reservada para alguien más.

En los Contratos de Distribución, la exclusividad puede manifestarse en un doble plano:

(a) Territorial: consiste en la demarcación de un ámbito geográfico dentro del cual solamente el distribuidor tendrá derecho a comercializar los productos del principal⁹.

(b) Por Producto: consiste en imponer a la entidad distribuidora la obligación de distribuir exclusivamente los productos del principal o fabricante.

Asimismo, la exclusividad puede ser unilateral o bilateral.

La exclusividad unilateral implica que el distribuidor se obliga a solamente comercializar los productos del principal objeto del contrato en el territorio asignado, y correlativamente a no distribuir productos de otros fabricantes en concurrencia con el principal.

La exclusividad bilateral se configura, cuando además, el principal o fabricante se obliga a no llevar a cabo directa o indirectamente la comercialización de los productos en cuestión en el territorio asignado al distribuidor¹⁰.

III. ANALISIS DE LA EXCLUSIVIDAD DENTRO DE LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

Planteo de la problemática de estudio. Su justificación y proyecciones prácticas.

En el presente trabajo abordaremos uno de los aspectos a nuestro entender más relevantes en el estudio de la problemática de los contratos de distribución: el otorgamiento de privilegios de exclusividad entre el principal y el distribuidor.

Es usual que en este tipo de contratos las partes acuerden concederse recíprocamente privilegios de exclusividad, en tanto los mismos constituyen una ventaja competitiva que - en la mayoría de los casos - beneficia tanto al principal como al distribuidor¹¹.

8 www.rae.es (Diccionario de la Lengua Española – Vigésima Segunda Edición)

9 Como explica el autor argentino Girard, “*la delimitación territorial puede coincidir con una provincia, una región, una localidad o con cualquier otra delimitación geográfica posible, como por ejemplo una avenida, un barrio o las orillas de un determinado río.*” (Girard, Lucas Javier, “Responsabilidad del concedente de contratos de distribución por invasiones producidas en zonas otorgadas en exclusividad”, en Revista Argentina de Derecho Empresario, disponible en <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=42091&print=2>)

10 Cf. Barreiro, Rafael, “Modalidades Modernas del Contrato de Distribución en el Derecho Argentino”, en Revista de Derecho Comercial Nro. 5, Instituto de Derecho Comercial, FCU, 2012, pág 114 a 116.

11 Cf. Porras Fuica, Bernardo, “El Derecho de la Competencia y Los Acuerdos de Exclusividad”, en Tribuna del Abogado, N° 126, ene-feb. 2002. págs. 11 a 14. Rodríguez Olivera, Nuri y López Rodríguez Carlos, “Manual de Derecho Comercial Uruguayo”, Volumen II, Tomo I, FCU, Montevideo, 2005, pág. 276.

En efecto, la existencia o no de exclusividad, tanto de territorio como de producto, es un factor determinante a la hora de considerar el interés o la utilidad económica que cada una de las partes pueda tener al contratar. En virtud de ello, este elemento frecuentemente suscita discusiones a la hora de la negociación del contrato y se regula en forma detallada e inequívoca a la hora de formalizar el respectivo contrato. No obstante lo anterior, la práctica ha demostrado que no siempre las relaciones de distribución se instrumentan o formalizan en un contrato escrito¹². Así, en el contexto de *la distribución de hecho* la determinación de si la exclusividad es un elemento natural de los contratos de distribución o si, por el contrario, es un elemento accesorio o accidental, que debe ser incluido expresamente por las partes, cobra una relevancia fundamental.

Piénsese en el caso de una relación de distribución cuyos elementos no se formalizaron por escrito, en que nada se dijo acerca de la existencia de pacto de exclusividad o no y su eventual alcance, y que resulta necesario interpretar y discernir al momento de una eventual terminación o rescisión intempestiva de dicha vinculación.

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de que las partes nada hayan pactado? ¿Puede afirmarse que por el mero hecho de haber acordado un contrato de distribución se consagra un privilegio de exclusividad? ¿El mero transcurso del tiempo sin que el principal haya designado un distribuidor adicional o actuado por sí dentro del ámbito de actuación del distribuidor, implica existencia de un pacto de exclusividad?

Trataremos de brindar algunos puntos de reflexión para el análisis de estas cuestiones, teniendo presente la dificultad en arribar a reglas generales, y la necesidad de atender a las circunstancias particulares que puedan presentarse caso a caso.

Finalmente, cabe aclarar que no analizaremos las proyecciones que los acuerdos de exclusividad en los contratos de distribución puedan tener desde la óptica del Derecho de la Competencia ni el Derecho del Consumo, las cuales plantean una abundante problemática que agota largamente el objeto de este trabajo.

IV. EL PANORAMA EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO.

Un muy breve relevamiento del Derecho Comparado muestra que en la mayoría de las jurisdicciones el contrato de distribución carece de una normativa sustantiva específica que regule su régimen.

En orden a si la exclusividad integra o no la nómina de los elementos naturales del contrato de distribución o si - por el contrario - la misma configura un elemento accesorio, la doctrina se muestra dividida.

Exclusividad como elemento natural de los contratos de distribución

En la actualidad, buena parte de la doctrina nacional¹³ y extranjera¹⁴ entiende que la exclusividad revisa las notas propias de los elementos naturales en los Contratos de Distribución Propiamente Dicha. Más

12 En relación a este punto, corresponde destacar las ilustrativas palabras de Marzorati: *"basta un simple apretón de manos y un señor Y comienza a vender productos de un señor o una firma X. El dueño de X confía en Y, y así durante años lo que comenzó como una compraventa comercial, de las expresamente reguladas en el artículo 454 del Código de Comercio, se convierte en una serie de compraventas sucesivas y ordenadas en el tiempo, que permiten al señor Y prosperar y eventualmente alquilar un inmueble y luego comprarlo, tomar empleados y crear una estructura comercial que descansa solamente en el apretón de manos dado con el Señor X quien, para esa época ya no administra el negocio. Los nuevos gerentes de X llegan a la conclusión de que el sistema de comercialización de X no es eficiente y debe mejorarse. Contratan a un abogado, quien verifica que no existe un contrato escrito, ni siquiera una carta de intención (...) y así de un plumazo, se deshace el acuerdo que estaba basado en el viejo apretón de manos y comienza un pleito que debate qué relación unía a X con Y."* (Girard, Lucas Javier, ob. cit., cit. Marzorati Osvaldo A., "Las dificultades para determinar la existencia de una relación de distribución". Ed. Microjuris, MDJ 2293 (ED 206-311) comentario al fallo "Laiño, Néstor Oscar c/ Nestlé Argentina SA"). Asimismo, entre nosotros, Bacchi Argibay sostiene con acierto que: *"la realidad demuestra que, mientras que en algunos casos se celebran extensos y exhaustivos contratos escritos previendo múltiples situaciones, en otros, sea delibera o casualmente, se establece una relación contractual de distribución sin recogerla en ningún instrumento."* (Bacchi Argibay, Adriana, "Calificación jurídica de la relación contractual y prueba de la existencia del contrato de distribución a propósito de un reciente fallo de la S.C.J", en Anuario de Derecho Comercial, Tomo 11, FCU, Montevideo, 2006, pág. 511.)

13 Merlinski, Ricardo en obra colectiva "Curso de Derecho Comercial", AMF, Montevideo, 2012, pág. 332; Rodríguez Olivera, Nuri y López Rodríguez Carlos, ob. cit. pág. 276.

14 Farina, Juan M, "Contratos Comerciales Modernos", Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 389; Márquez, José Fernando y Calderón, Maximiliano Rafael ob. cit, pág. 22, Turrín, Daniel M., "Contratos de Distribución", RDCO, 1989, pág. 191; Pita, Enrique Máximo, y Pita, Juan Martín, "Contratos de Distribución Comercial" en "Código de Comercio Comentado y

precisamente, han postulado que - en caso de ausencia de estipulación contractual expresa - el principal o fabricante reconoce el derecho de exclusividad al distribuidor para la comercialización del producto cuya distribución le fue encargada, en la zona asignada al distribuidor. Como contrapartida de ello, el principal o fabricante deberá abstenerse de vender, directa o indirectamente, aquellos productos objeto del contrato, en el referido ámbito territorial¹⁵.

Exclusividad como elemento accidental de los contratos de distribución

No obstante lo anterior, y por otro lado, diversos autores nacionales¹⁶ y extranjeros¹⁷ sostienen el carácter accesorio de la exclusividad en los Contratos de Distribución Propiamente Dicha. Es decir, que la exclusividad no se entiende, de principio, implícitamente contenida en el tipo contractual, pero puede ser incluida por acuerdo de voluntades de las partes, o por la vía de los hechos en aquellos contratos no escritos. En este sentido sea ha pronunciado también la Suprema Corte de Justicia¹⁸

V. NUESTRA OPINIÓN: LA EXCLUSIVIDAD ES UN ELEMENTO ACCESORIO

Postulamos que la exclusividad es un elemento accesorio que no es inherente a los Contratos de Distribución y que, por ello, debe ser acordada expresamente por las partes.

En nuestro concepto, debe existir una intención manifiesta de las partes de que se conceda un privilegio de exclusividad por parte del fabricante al distribuidor para la comercialización de sus productos en el territorio asignado, en virtud de los siguientes argumentos:

Los elementos naturales provienen de la ley.

Los elementos naturales pueden ser excluidos por las partes, pero - si nada se pacta en tal sentido - los mismos rigen los intereses particulares. En este sentido, el Contrato de Distribución carece de una regulación legal específica donde se establezca de forma expresa dicho beneficio a favor de la entidad distribuidora. Por tal motivo no es posible afirmar que, en ausencia de pacto expreso, la exclusividad constituya un elemento integrante del contrato.

La exclusividad implica una limitación a la libertad de comercio por lo que debe surgir de forma expresa de la voluntad de las partes.

En la práctica, la exclusividad a favor del distribuidor constituye una limitación al derecho del fabricante de comercializar, ya sea por sí o por intermedio de tercera persona, aquellos productos que forman parte del objeto del contrato (faz negativa). En efecto, en estos casos existe una restricción a la libertad contractual que no forma parte de la esencia del contrato de distribución¹⁹.

Anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 713. En esta misma línea parecería pronunciarse implícitamente también Martorell, en Martorell, Ernesto Eduardo, ob. cit., pág. 536.

15 También cabe destacar la Sentencia del TAC 2do Nro. 113/2007, 11 de agosto de 2005, en la cual se considera a la exclusividad como un aspecto inherente de los contratos de distribución.

16 Bergstein, Jonás, ob. cit., pág. 169; Bacchi Argibay, Adriana, ob. cit. pág. 513.

17 Marzorati, Osvaldo J., "Derecho de los Negocios Internacionales III", 3a Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 55.

18 Cf. Suprema Corte de Justicia, Sentencia Nro. 67/2005, de 8 de abril de 2005, Casación, en la que se expresa: "*esto es, solo si el material probatorio obrante en autos habilitara a concluir que la actora distribuyó en régimen de exclusividad la leche Conaprole a supermercados Disco, solamente en tal hipótesis, que no resulta probada en autos, podría el intérprete entender que los hechos anteriores a la celebración del contrato abonaban a favor de una interpretación contractual según la accionante poseía exclusividad.*", se agrega en la sentencia, "*no resulta probado que antes del contrato la accionante tuviera la exclusividad de la distribución*".

19 Barreiro, Rafael, ob. cit., pág. 115.

En este sentido, compartimos plenamente lo expresado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno, en la sentencia N° 119 del 7 de agosto de 2002, en cuanto señaló que “*El pacto de exclusividad alegado, en la medida que implica limitación en cuanto al elenco de posibles clientes, requiere una demostración acabada y plenamente convincente*”²⁰.

Es importante tener presente que, en nuestro derecho, rige como principio general el de libertad de comercio e industria recogido en el art. 36 de la Constitución²¹. Como todas las excepciones al principio de libertad, las mismas son de interpretación restrictiva, y deben pactarse en forma expresa.

En doctrina comparada, Castán Pérez-Gómez, subraya lo anterior, cuando, siguiendo a Garrigues, analiza las situaciones de competencia prohibida y competencia desleal.²² Respecto de la primera – la competencia prohibida – expresa que: “*Para que la competencia sea ilícita, como contraria a una prohibición legal, debe existir previamente un precepto expreso que establezca dicha prohibición, en lo no prohibido expresamente la competencia es lícita y permisible*”, pero no solo la competencia prohibida fluye de la ley, sino también tiene su origen en una convención, en cuyo caso, dice, el mencionado autor, corresponde hablar de competencia prohibida por contrato. También en ese caso concluye rige el principio de que, para que exista la obligación de no hacer competencia, “*ha de haberse convenido así en un pacto expreso*”²³.

Tratándose el pacto de exclusividad de una restricción que constituye una excepción del principio general de libertad, entendemos que no cabe presumírsela, y a falta de previsión expresa, debe entenderse como no otorgada²⁴.

La exclusividad de principio no se justifica para todo tipo de productos o marcas.

Como argumento a favor de la exclusividad como elemento natural del Contrato de Distribución se ha afirmado que el negocio de distribución presupone que el distribuidor cuente con una organización especializada y totalmente dedicada a la comercialización de la marca o producto del principal o fabricante.

Sin embargo, no todos los productos o marcas requieren de una alta especialización que justifique la exclusividad. En este sentido, compartimos las ideas de Marzorati quien afirma que solo determinados tipos de productos requieren de un distribuidor exclusivo (artículos de lujo y de alta técnica) y subraya la imposibilidad de distribución exclusiva de determinados tipos de productos (productos de primera necesidad)²⁵.

Es decir, la exclusividad se fundamenta principalmente en el tipo de producto y sector de mercado al cual el producto o marca objeto de la distribución es destinado, y por ende, no es posible dar una respuesta única y apriorística.

Ante este marco conceptual, cuando las partes no consagraron de forma expresa el otorgamiento de privilegios de exclusividad entre el principal y el distribuidor, en principio, no será posible afirmar su existencia implícita.

Sin embargo, el operador jurídico deberá analizar diversos elementos a la hora de interpretar si las partes acordaron o no la exclusividad en cada caso concreto: (i) motivación de las partes a la hora de contratar, (ii) tipo de producto o marca, (iii) segmento del mercado al cual está destinado el producto, (iv) eventual frustración del contrato en caso de violación a la exclusividad, (v) interpretación de los actos posteriores de las partes, etc.

20 Caso La Justicia Uruguayo No. 14688, Tomo 128, Año 2003.

21 Constitución art. 36: Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

22 Castán Pérez-Gómez, Antonio, en “Disciplina de la Competencia Desleal”, en obra colectiva “Tratado de Derecho Industrial”, 3era Ed., Baylos Corroza, Hermenegildo y otros, Ed. Civitas, Thompson Reuters, 2009, cit. a Garrigues, “Curso de Derecho Mercantil”, Madrid, 1936.

23 Castán Pérez-Gómez, Antonio, ob. cit. pág. 400 y 401.

24 A modo de ejemplo, y *mutatis mutandi*, esta es la solución seguida por la Ley de Marcas No. 17.011, de 25 de setiembre de 1998, en su art. 58, núm. 2, cuando – en sede de contrato de licencia de marcas – establece que si el contrato careciera de cláusula de exclusividad, se presumirá que no se han otorgado derechos al licenciataria.

25 Marzorati, Osvaldo J., ob. cit., pág. 55

VI. CONCLUSIONES

En función de todo lo señalado precedentemente en este trabajo, y a modo de reflexiones finales, es importante tener presente que:

- (i) Los contratos de distribución son contratos atípicos, que carecen de una normativa específica – siendo regulados, básicamente, por los usos y costumbres mercantiles, y los principios generales de la contratación.
- (ii) En este marco, es usual que, al negociar un contrato de distribución, las partes acuerden otorgarse recíprocamente privilegios de exclusividad.
- (iii) No obstante lo anterior, la exclusividad no forma parte de los elementos naturales del contrato de distribución, sino que por el contrario, se trata de un elemento accesorio al mismo. En consecuencia, ante el descuido o la no inclusión voluntaria de un pacto de exclusividad en un contrato de distribución, el mismo no se encuentra presente, de principio, en la relación contractual.
- (iv) Por tanto, en aquellas relaciones de distribución en las cuales sobre la exclusividad nada se dijo, es tarea del intérprete desentrañar cuál fue la voluntad de las partes con respecto a este elemento durante la concepción y vida del contrato.
- (v) Finalmente, entendemos que la violación al pacto de exclusividad podría constituir justa causa para la resolución del contrato de distribución y asimismo, dar derecho a la parte agraviada a un reclamo por los daños y perjuicios sufridos, todo lo cual justifica un especial detalle de los operadores a la hora de redactar, interpretar y ejecutar este tipo de contratos.





NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

Código Penal y Leyes Penales - Tomo II
de Miguel LANGÓN (por Martín Pecoy Taque)

El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional
de Pablo FERRERI (por Carlos Loaiza)

Ética empresarial y profesional: casos prácticos de decisiones humanas fundamentales
Autores varios (por Nicolás Etcheverry)



“CÓDIGO PENAL Y LEYES PENALES - TOMO II” DE MIGUEL LANGÓN

POR MARTÍN PECOY TAQUE.

Esta no es la primera vez que la Universidad de Montevideo me honra con la posibilidad de presentar un libro de mi Maestro, y tampoco es la primera edición de esta magnífica obra del Prof. Dr. Miguel Langón Cuñarro, quien ya nos tiene acostumbrados a este gran trabajo desde el año 2003.

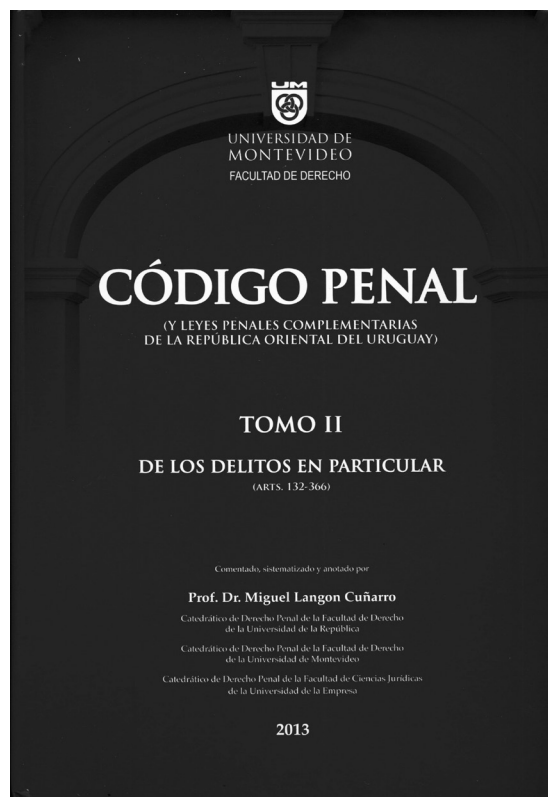
En efecto, el foro disfruta de este excelente material que no solo aporta el texto legal vigente, sino que además presenta antecedentes, concordancias y el comentario artículo por artículo, donde el autor vierte su dilatada experiencia para enseñar cuál es la realidad de cada norma.

El autor, de impecable trayectoria profesional y académica, integró el Ministerio Público como Fiscal del Crimen y luego ejerció el cargo de Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, sumando además una prestigiosa carrera docente como Catedrático de Derecho Penal en tres Universidades diferentes (la Universidad de la República, la Universidad de Montevideo, y la Universidad de la Empresa).

Se trata de la edición 2013 del “Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay”, que trae todo lo correspondiente a la Parte Especial (los delitos) en un único tomo, lo cual termina de consolidar (junto con el Tomo I -de la Parte General-) una obra práctica (de fácil manejo), útil (incluyendo todo lo necesario para investigar y conocer a fondo cada delito), y actualizada (comprendiendo a texto completo la normativa legal e incluso la reglamentaria, sin necesidad de que el lector consulte fuentes adicionales).

Vivimos en un tiempo proteico en lo referente a la aprobación de nuevas normas, y así múltiples leyes penales posteriores al Código Penal de 1934 han conformado un enorme cuerpo de disposiciones criminales, que desafían la presunción de que el derecho se supone conocido.

Sobre esa realidad echa luz el Prof. Dr. Langón, proveyendo una interpretación clara y con lenguaje simple, pero -a la vez- con gran profundidad dogmática, ya que generosamente aporta sus más de tres décadas de estudio concienzudo de la ciencia penal.



Langón provee prácticamente un “manual” de Derecho Penal junto al texto legal vigente (en el Comentario que figura a continuación de cada delito), y a eso agrega un texto amigable -de fácil acceso-, mediante un índice por títulos del Código, un índice de materias o temas, y también la indicación del número de artículo del Código que se analiza, resaltado en cada página con negritas (de forma de ubicarse “geográficamente” a qué altura del Código -léase ante qué bien jurídico- nos encontramos en cada figura).

Desde el año 2007 el Prof. Dr. Langón presenta en un solo libro toda la Parte Especial, en el Tomo II de la obra, de forma que nos acerca un estudio descriptivo de cada tipo penal. Específicamente, ha analizado las últimas modificaciones al Código Penal, así como la más moderna legislación penal especial, destacándose -entre otras- las siguientes normas:

- La Ley 17.677 de 2003 sobre Delitos de Discriminación.
- La Ley 17.815 de 2004 sobre Pornografía Infantil.
- La Ley 17.897 de 2005 sobre Humanización Carcelaria.

- La Ley 18.026 de 2006 sobre Delitos contra la Humanidad.
- La Ley 18.083 de 2006 sobre Reforma Tributaria.
- La Ley 18.212 de 2007 sobre Usura.
- La Ley 18.250 de 2008 sobre Delitos Migratorios.
- La Ley 18.315 de 2008 sobre Marco Normativo Policial.
- La Ley 18.387 de 2008 sobre Fraudes Concursales.
- La Ley 18.494 de 2009 sobre Lavado de Activos.
- La Ley 18.515 de 2009 sobre Delitos de Opinión.
- La Ley 18.600 de 2009 sobre Documento electrónico.
- La Ley 18.718 de 2010 sobre Levantamiento del Secreto Bancario.
- La Ley 18.831 de 2011 sobre Restablecimiento de la Pretensión Punitiva del Estado.
- La Ley 18.987 de 2012 sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo.
- La Ley 19.055 de 2013 sobre Minoridad Infractora.

Resultan pues, incontables las ventajas y aportes de esta publicación, por lo que toda valoración que hagamos aquí sería escasa. Así, es ampliamente recomendable su consulta, y en tal sentido es indicativa del exquisito trabajo la permanente referencia que a él realizan los tribunales, y aquí podemos ver algunos ejemplos de ello:

- Sobre el delito de Omisión de Asistencia, el Tribunal de Apelaciones Penal de 1° turno (en Sentencia 17/2009) ha recogido el pensamiento de Langón.
- En materia de Atentado Violento al Pudor, la Suprema Corte de Justicia (en Sentencia de 24 de diciembre de 2010) también cita la opinión del autor.
- Respecto del Delito de Defraudación Tributaria, el Tribunal de Apelaciones Penal de 4° turno (en Sentencia 542/2011) cita las enseñanzas del catedrático.
- Con relación a Delitos de Funcionarios Públicos, el Tribunal de Apelaciones Penal de 2° turno (en Sentencia de 7 de marzo 2012)

resalta algunos pasajes de la obra que comentamos.

Podríamos continuar citando sentencias hasta aburrir al lector, pero creemos que ha quedado debidamente presentado el mensaje, ya que esta obra resulta de gran utilidad, no solamente en abstracto por el vasto contenido que con sapiencia ha organizado su autor, sino porque en los hechos constituye una fenomenal herramienta práctica para los juristas que por estos días hacen cumplir la ley penal.

En suma, nos encontramos ante un material de ineludible consulta, tanto para la diaria labor de los abogados de la matrícula, como para los estudiantes e investigadores que se acerquen al análisis de cada figura típica, porque tal como expresa el autor en su Prólogo *“Es una presentación total de la realidad penal de nuestro país.”*

Vaya entonces nuestra más calurosa felicitación para el Prof. Dr. Langón, así como un afectuoso agradecimiento por esta deslumbrante contribución, que enriquece esa ciencia a la que ha dedicado sus desvelos.

Dr. Martín Pecoy Taque.

EL CASO DE URUGUAY DENTRO DE UN CONTEXTO DE COMBATE AL PLANEAMIENTO TRIBUTARIO NOCIVO INTERNACIONAL

CR. PABLO FERRERI,
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, 2011
POR CARLOS LOAIZA KEEL

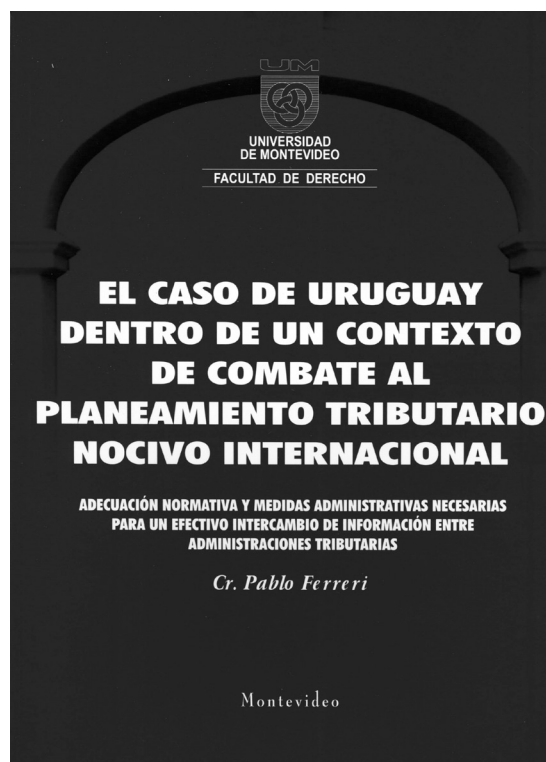
I

Más allá de algunos destacados desarrollos de instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea (UE), hasta el año 2009 la lucha en contra de la evasión fiscal internacional se podría definir como tímida. Prueba de ello es la publicidad agresiva que muchos países hacían de sus regímenes fiscales preferenciales en las principales revistas internacionales, casi siempre con éxito.

Desde entonces –los uruguayos lo sabemos más que nadie–, todo cambió. De aquellos promisorios desarrollos y consensos en torno a los paraísos fiscales y la competencia fiscal nociva, se pasó a una encarnizada batalla en contra de los llamados países no cooperantes en materia de intercambio de información fiscal. El G20, acuciado por el desequilibrio fiscal de sus miembros, se valió a partir de aquel momento de la OCDE para dotarse de un discurso técnico, y la emprendió contra los llamados países opacos. De aquellas primeras pretensiones de igualar a largo plazo la tributación mundial y eliminar las asimetrías, se mudó a un objetivo más simple y asequible: tener información. Ya decidirían luego qué hacer con ella.

Uruguay, país geopolíticamente condicionado por la región, se vio involucrado en este complejo proceso, que le trascendía con mucho. Fue así como, sin noticia previa, Uruguay fue incluido en abril de 2009 en la lista negra de la OCDE de países que no adherían al estándar internacional de intercambio de información. De esa lista logró salir en cuestión de horas, pero permaneció en la lista gris, que no tardó en oscurecerse al vaciarse por completo la negra.

Como es natural, el papel de discípulo internacional no era aceptable para un país como Uruguay, no solo



por su larga tradición de honrar sus compromisos internacionales, sino por el simple hecho de que no podía en ningún caso poner en riesgo el flujo de Inversión Extranjera Directa que explicaba y explica gran parte del crecimiento económico de los últimos lustros. Por eso, con inteligencia, nuestro país tomó con seriedad el tirón de oreja internacional, y tuvo éxito: Uruguay logró ser excluido de la lista gris de la OCDE, y pasó a la fase II del conocido como *Peer Review*, sistema de auditoría por los pares que lidera la OCDE en el marco del Foro de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales del que Uruguay forma parte.

En este contexto, nuestro muy querido amigo, el Cr. Pablo Ferreri, ofrece un exhaustivo y sistemático estudio del singular caso de Uruguay dentro del teatro mundial de combate a las prácticas fiscales internacionales nocivas. Y no lo hace solo desde su profundo conocimiento teórico, nutrido por su formación académica como Máster en Derecho y Técnica Tributaria de la Universidad de Montevideo, del que este trabajo es resultado, sino también desde el conocimiento práctico y experiencia vital como Director General de Rentas desde el año 2010.

Desde el comienzo, el objetivo de la obra es claro: destacar los aspectos más relevantes en relación al planeamiento tributario nocivo internacional y el

intercambio de información tributaria, focalizándose especialmente en el caso de Uruguay.

II

Ya sobre el contenido, y como describe en su excelente presentación el Cr. David Eibe, tutor de la tesis que origina la obra, el autor se ocupa en primer lugar de describir los procesos económicos que dieron lugar a las nuevas exigencias en materia de intercambio de información, partiendo del diseño de los sistemas tributarios en el siglo XX, para considerar luego los desafíos presentados por la economía globalizada y terminar deteniéndose en algunos conceptos cruciales como la competencia fiscal legítima y nociva a nivel internacional.

Más adelante, el autor se concentra en la respuesta asumida por los estados ante los desafíos de la competencia fiscal internacional, considerando algunas reacciones técnicas de alto impacto en la evolución del sistema tributario internacional, como es el caso de la normativa de precios de transferencia, la subcapitalización, la transparencia fiscal internacional y las llamadas medidas "antiabuso", sin olvidar abordar el eje en torno al cual gira todo el trabajo: el intercambio de información en materia tributaria.

Una vez establecido el cimiento conceptual, el libro se dirige al caso uruguayo, analizando las medidas adoptadas progresivamente por nuestro país para adecuarse a los estándares internacionales en materia tributaria. Medidas que, debe destacarse y el libro deja muy en claro, no se circunscriben a meras reacciones ante presiones internacionales, sino que comienzan con el valioso y modélico proceso de modernización experimentado por la Administración Tributaria en los últimos años, y continúan con la incorporación de los más modernos conceptos de la fiscalidad internacional en la reforma tributaria introducida en Uruguay en el año 2007 –entre otros, el de residencia, establecimiento permanente y precios de transferencia–.

El libro tampoco olvida la rica práctica convencional del Uruguay, en un estudio comparativo de enorme valor, que se complementa con las normas internas uruguayas llamadas a interactuar con dichos instrumentos internacionales, como es el caso de la normativa de secreto bancario. Un fenómeno, además, que demuestra que todo desafío puede presentar una oportunidad: no puede desatenderse que, luego de muchos años de relativo estancamiento en el incremento de la red de convenios tributarios, nuestro país se lanzó desde el año 2009 a la gran aventura de relacionarse activamente en materia fiscal en el plano multilateral y bilateral, fruto de las presiones internacionales.

El autor concluye con una mirada prospectiva del fenómeno tributario internacional, lo que naturalmente enriquece aún más la obra. Un futuro naturalmente desafiante, signado por un progresivo aumento y sofisticación de las presiones internacionales en materia fiscal para combatir la erosión de bases imponibles, mayor transparencia e intercambio automático de información al estilo de la ley FATCA de Estados Unidos.

III

No podemos culminar este comentario sin celebrar la llegada de esta obra, por la que también felicitamos a nuestra querida Universidad de Montevideo, siempre comprometida con la profundización del pensamiento. Se trata sin dudas de una obra en la que, tal como lo expone ya en el prólogo el Excmo. Sr. Vicepresidente de la República, Cr. Danilo Astori, el Cr. Pablo Ferreri despliega un esfuerzo de calidad en una materia de actualidad, indiscutible complejidad y articulación muy estrecha con el interés nacional.

Sea esta obra bienvenida, y sirva también para continuar consolidando una política de Estado en materia tributaria, aspecto a nuestro entender esencial para construir una sociedad abierta, cohesionada y justa.

“ÉTICA EMPRESARIAL Y PROFESIONAL: CASOS PRÁCTICOS DE DECISIONES HUMANAS FUNDAMENTALES” VARIOS AUTORES

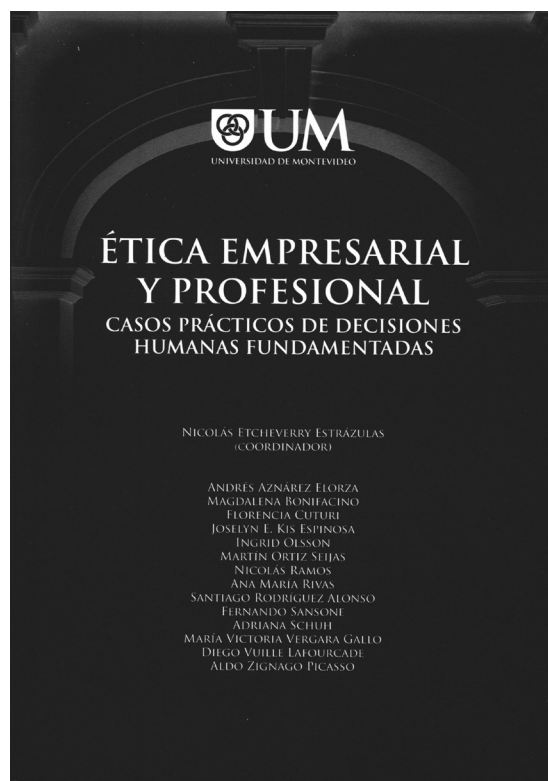
POR NICOLÁS ETCHEVERRY

Seguidamente hacemos un breve comentario de presentación de cada uno de los trabajos que forman parte del libro que tuve el gusto de coordinar “Ética empresarial y profesional: casos prácticos de decisiones humanas fundamentales”.

El trabajo de Andrés AZNÁREZ se basa en un fallo del Tribunal de Honor del CAU, sobre la posibilidad de ser abogado asesor de una sociedad comercial y también de sus socios o accionistas. En este caso se tratan cuestiones tan importantes como el de la necesidad de no prejuizar y separar lo que debe separarse; no entreverar los tantos y atenerse a las circunstancias de cada caso. En cada caso debe analizarse si hubo información y conocimiento previo de los eventuales riesgos, conflictos éticos o complicaciones que dicho asesoramiento puede generar. Se subraya que más allá de poder existir faltas a la ética, no corresponde disponer a priori la imposibilidad de esa conjunción de funciones y asesoramientos.

El análisis de Magdalena BONIFACIO refiere, ante una instancia de evaluación personal, al riesgo de que la “vía electrónica” se pueda transformar en un “conventillo electrónico...”. Trata los problemas de la vulneración de la confidencialidad por medio del abuso tecnológico; el debilitamiento creciente de la privacidad y de la confianza; el refugio en lo colectivo y la cuestión de la existencia de códigos y normas no internalizadas, sólo expuestas.

Florencia CUTURI basa su trabajo sobre una encuesta de clima laboral y organizacional (no obligatoria). Ante el bajo nivel de respuestas – presión jerárquica para ingresar al sistema para identificar quiénes habían respondido y quiénes no, se pregunta: ¿Se debe ceder ante esa presión y elevar un informe? La segunda presión (ya cuesta menos...) pedía datos más específicos de cada respuesta con respecto a ciertos temas... ¿Cuáles hipervalores se dañaron...? Se plantean las dudas sobre la ética del procedimiento



en un caso de conciencia dubitativa, antecedente, presente y consecuente.

Joselyn KIS abordó el tema de las acciones y estrategias a nivel nacional e internacional para luchar contra la corrupción. Sobre esta cuestión, se recogen las opiniones de Peter Eigen, Fundador de Transparencia Internacional: “*Un tercio de la deuda externa del Tercer Mundo fue a dar a manos de políticos y funcionarios corruptos...*” y del Ex Secretario Gral de la ONU – Kofi Anan en la Declaración del Milenio: “... *La globalización debe significar algo más que la creación de mercados; la esfera económica no puede estar separada del tejido social y político. Para prosperar, la economía global debe tener un fundamento en valores compartidos y dimensiones institucionales, avanzando hacia propósitos sociales más amplios e incluyentes...*” El trabajo subraya la distinción entre extorsión y soborno, y cómo definir la corrupción. Al respecto, se menciona además la aportación de la Convención de UN contra la corrupción – el Pacto Mundial y el Décimo Principio, en la que se hizo especial hincapié en la “*Creación de un ambiente en el que robar sea algo realmente arriesgado...*”

Por su parte, el trabajo de Ingrid OLSON se construye a partir de un encuentro fortuito con una niña llamada Cecilia, una reflexión proyectiva: ¿Somos espectadores pasivos o estamos involucrados? – El

caso del desayuno de la gallina y el cerdo con el pacto de compromisos previos. “¿Qué voy a hacer hoy...?”

Martín ORTIZ, - a partir de dos desvinculaciones laborales - efectúa el análisis y la comparación entre la generación X y la generación más reciente Y (nacidos entre 1980 y 2000). Trata la conveniencia de impulsar una “ética de la innovación” que complementa antes que compite generacionalmente, pero que no deja de tener en cuenta los hipervalores que menciona Mary Gentile: “*Estamos acostumbrados al cambio y a la inmediatez, no a la permanencia y a la proyección...*”

Nicolás RAMOS plantea un caso de pedido de información confidencial en el que se contraponen dos tipos de lealtad y de confianza: ante un amigo y ante un cliente. El segundo caso planteado se resume así: ante un error detectado tardíamente por parte de una empresa ¿cómo manejar la lealtad y la confianza generada ante un cliente que puede salir perjudicado si dicho error se descubre? ¿Debe serle comunicado ese error con riesgo de tener que afrontar y pagar grandes sumas de dinero por multas y recargos?

Ana María RIVAS plantea una reflexión a partir de una experiencia familiar cercana. La desobediencia puntual y por única vez a una norma empresarial por razones de conciencia y solidaridad, ¿se comprende? ¿puede justificarse? ¿se debe respaldar? ¿En la desobediencia puede haber virtud si existe discernimiento y fundamento? ¿Puede ser vista como un caso de equidad?

Santiago RODRÍGUEZ ALONSO trabaja el tema de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) ¿es una innovación o un maquillaje de publicidad o marketing? ¿Se puede separar la RE de la de sus integrantes? Ambas respuestas dependerán de la concepción que se tenga de la empresa; *mecanicista o antropológica*. La 1ª ve en los aspectos éticos sólo limitaciones y obstáculos para concretar sus objetivos. Por ello, promueve una lealtad hacia la organización antes que hacia la comunidad y rinde culto a un relativismo que se desinteresa por el otro. La 2ª apunta al deber ser de las cosas y a la libertad responsable, a la persona humana, las virtudes y el liderazgo. Y en consecuencia, fomenta el bien común así como el voluntario relacionamiento con el otro. Al respecto señalaba Nelson Pílosos: “*Es nefasto creer que los valores son relativos. Relativa es la actitud de cada persona ante el valor. Son las actitudes las que cambian. No los valores. Estos son absolutos y permanentes...*”

Fernando SANSONE se pregunta cómo aplicar un Código de Conducta de una empresa de fama y prestigio internacional frente a un caso de detección de un correo electrónico que recibe un empleado con un contenido que puede afectar la imagen de la compañía en donde trabaja. ¿Cómo proceder? Se

atiende la circunstancia de que el empleado lo reenvía por una sola vez a una sola persona (su esposa) sin abrir antes el contenido del mismo (lo hizo después) (¿y que es afiliado al sindicato...?) ¿Es posible que las empresas revisen los correos electrónicos de sus empleados? ¿Lo que se puede hacer, siempre se debe hacer? ¿Lo jurídico y lo ético-moral van siempre de la mano? El correo electrónico ¿es un dato personal, correspondencia, herramienta de trabajo, domicilio electrónico? ¿Debe regir y aplicarse la ley 18.381 sobre protección de los datos personales, o el art.28 de la Constitución? ¿Puede distinguirse el correo personal de aquel correo o casilla de correo electrónico proveído por la empresa que emplea a sus operadores? El complemento del trabajo se enriquece con las opiniones de los especialistas Dres. Álvaro Eirin, Fernando Vargas, Martín Cerruti y Gabriela Vaz, así como por el fallo del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er Turno, Sentencia N° 312 del 26/8/2004.

Adriana SCHUH relata su experiencia en Brasil luego de que alguien le avisara que en el Estudio donde trabajaba no le estaban abonando lo que en justicia le correspondía; al cuestionar y reclamarlo no recibe explicaciones satisfactorias. Trata el problema de la confianza vulnerada y la continuidad insostenible. Posibilidades posteriores (drenaje de clientes..., ganancias profesionales y económicas, eventual perjuicio a terceros...) con el soporte teórico-filosófico de autores como Sócrates, Platón, Aristóteles, Nietzsche, Heidegger y Karol Wojtila. “*Cuanto más se aprende en la vida, menos se sabe... Somos seres eternamente insatisfechos...*”

Victoria VERGARA aborda la crisis económico-financiera de 2008 vista desde una perspectiva ética. Hipotecas subprime – Ninjas (no income, no job, no assets) – los posteriores MBS (mortgage backed securities) – La responsabilidad no asumida ni compartida en forma justa por parte de los consumidores de los créditos, los bancos, los inversionistas, las agencias de calificación de riesgos, las aseguradoras, la propia FED (Reserva Federal del Gobierno) y los altos y medios mandos de varias compañías luego de producido el rescate parcial al terminar el boom inmobiliario y estallar la burbuja financiera que se mantenía sobre una enorme, generalizada y artificial irrealdad, que se apoyaba en una colosal y desproporcionada mentira. Las causas originarias no deben buscarse en “fallas del sistema” sino en la imprudencia, la avaricia y la codicia de unos pocos que afectaron a tantos. Se recuerdan las opiniones de Churchill: “*A aquellas personas con tanto poder en sus manos que su actuar puede afectar al mundo entero, y en especial a los más desprotegidos, se les debe exigir un comportamiento ético más que a nadie...*” y Buchanan: “*...en la medida en que una economía es ética, es más económica.*”

Diego VUILLE refiere a las incertidumbres y dificultades de todo comienzo laboral sobre todo cuando se tiene claro que *“la finalidad de nuestro trabajo profesional es el bien común...”*, de donde surge la importancia de educar y formar bien la conciencia moral, forjar el criterio o sentido común, así como afianzar actitudes como la coherencia y la confianza y prepararnos para bien morir, dejando algo más valioso que lo meramente material: el recuerdo de nuestros actos y de nuestros principios.

Por último, Aldo ZIGNAGO relata dos experiencias muy personales: A) Su viaje de ciencias económicas durante el cual tuvo la vivencia de las paradas de automóviles en Parkings Públicos y el famoso encuentro con una bolsa de monedas en un baño. El contraste que surgió entre el mito de la viveza criolla y la confianza, los vivos y los giles, la repetida expresión *“todos lo hacemos”*, la burla y el cinismo, el refugio en el colectivo, así como la eficacia de los encuentros y diálogos personales: *“...Y tú, ¿qué hubieras hecho...?”*; B) El eventual conflicto entre la ética y la independencia cuando un cliente, al practicarse una auditoría, solicita de paso otro tipo de servicios. El caso es analizado desde la óptica de la Organización y sus normativas internas, desde el punto de vista de ejemplo para el resto del personal, el enfoque del cliente solicitante y las respuestas que se le brindaron. Según lo que se resolvió, la relación ¿quedó fortalecida o debilitada desde el punto de vista del ente, del cliente y del mercado o bien común?

Fue un verdadero gusto y factor de enriquecimiento personal coordinar estos trabajos.

Espero que sirvan de la misma manera a los lectores interesados en este tipo de problemas que la ética profesional y empresarial plantea cotidianamente.



Enero, 2014. Depósito Legal N° 362.522 / 13
www.tradinco.com.uy