



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de

DERECHO

MENSAJE DEL Director

Evocación de un jurista ejemplar
en el centenario de su nacimiento

DOCTRINA

CHALAR, Laura L.

El testigo Shakespeare:
Un proceso judicial en el siglo XVII

FLEITAS DE LEÓN, Luis

A propósito del concepto de
"Estado de Derecho": un estudio y una
propuesta para volver a su matriz genética.

PECOY TAQUE, Martín

Delito en el comercio electrónico

PEREYRA, Nicolás

La Responsabilidad Penal del
Oficial de Cumplimiento

PÉREZ BENECH, Viviana

Contencioso de Reparación: algunas
reflexiones adicionales en torno a la
jurisprudencia actual de la Suprema
Corte de Justicia sobre el art. 312 de la
Constitución, basadas en los principios y
métodos de interpretación de la Constitución

SANTOS ALONSO, Jesús; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes

Los colaboradores de la justicia en Italia

SCHIAVI, Pablo

La participación público-privada en el desarro-
llo de infraestructuras y servicios relacionados
en el Uruguay Primeras reflexiones sobre la
Ley N° 18.786

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRA- LES

LIPSZYC, Delia

Derechos de propiedad intelectual e
impacto de la informática

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando

La fuerza de los precedentes administrativos
en el sistema jurídico del derecho positivo
colombiano

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso
Administrativo N° 799 de 12 de octubre de 2010

DELPIAZZO ANTÓN, José Miguel

Ámbito de aplicación personal de la
responsabilidad solidaria de los
representantes establecida en el art. 21
del Código Tributario y carga de la prueba.

INFORMACIONES

ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás

La experiencia Vis - Viena - 2011:
Visión del Decano

ROTONDO, Felipe

IV Jornadas de Derecho Administrativo
Iberoamericano (La Coruña 2011): Visión
de un profesor

SCHIAVI, Pablo

IV jornadas de Derecho Administrativo
Iberoamericano (La Coruña 2011): Visión
de un Maestrando

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

DAMICO, Andrea

El Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos
de ALADI como una herramienta de
facilitación del comercio ante la
crisis internacional

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

PÉREZ COMENALE, Agustina

La administración de la sociedad de bienes
en la unión concubinaria

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Derecho Administrativo General", Volumen 1.

(de Carlos E. Delpiazzi por Felipe Rotondo
Tornaría)

"Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España"

(de Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando
Pablo por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz)



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO
Facultad de Derecho

Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Evocación de un jurista ejemplar en el centenario de su nacimiento

DOCTRINA

CHALAR, Laura L.

El testigo Shakespeare:
Un proceso judicial en el siglo XVII

FLEITAS DE LEÓN, Luis

A propósito del concepto de
"Estado de Derecho": un estudio y una
propuesta para volver a su matriz genética.

PECOY TAQUE, Martín

Delito en el comercio electrónico

PEREYRA, Nicolás

La Responsabilidad Penal del
Oficial de Cumplimiento

PÉREZ BENECH, Viviana

Contencioso de Reparación: algunas
reflexiones adicionales en torno a la
jurisprudencia actual de la Suprema
Corte de Justicia sobre el art. 312 de la
Constitución, basadas en los principios y
métodos de interpretación de la Constitución

SANTOS ALONSO, Jesús; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes

Los colaboradores de la justicia en Italia

SCHIAVI, Pablo

La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados en el Uruguay Primeras reflexiones sobre la Ley N° 18.786

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

LIPSZYC, Delia

Derechos de propiedad intelectual e
impacto de la informática

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando

La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso
Administrativo N° 799 de 12 de octubre de 2010

DELPIAZZO ANTÓN, José Miguel

Ámbito de aplicación personal de la
responsabilidad solidaria de los
representantes establecida en el art. 21
del Código Tributario y carga de la prueba.

INFORMACIONES

ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás

La experiencia Vis – Viena – 2011:
Visión del Decano

ROTONDO, Felipe

IV Jornadas de Derecho Administrativo
Iberoamericano (La Coruña 2011): Visión
de un profesor

SCHIAVI, Pablo

IV jornadas de Derecho Administrativo
Iberoamericano (La Coruña 2011): Visión
de un Maestrando

Carreras de grado

Maestrías y postgrados

Otras noticias de interés

TESINAS DE MASTERS

DAMICO, Andrea

El Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de ALADI como una herramienta de facilitación del comercio ante la crisis internacional

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

PÉREZ COMENALE, Agustina

La administración de la sociedad de bienes en la unión concubinaria

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Derecho Administrativo General", Volumen 1.

(de Carlos E. Delpiazzo por Felipe Rotondo Tornaría)

"Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España"

(de Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz)



Revista de DERECHO

MENSAJE DEL DIRECTOR

Evocación de un jurista ejemplar
en el centenario de su nacimiento..... 7

DOCTRINA

CHALAR, Laura L.

El testigo Shakespeare:
Un proceso judicial en el siglo XVII 11

FLEITAS DE LEÓN, Luis

A propósito del concepto de
"Estado de Derecho": un estudio y una
propuesta para volver a su matriz genética. 23

PECOY TAQUE, Martín

Delito en el comercio electrónico 41

PEREYRA, Nicolás

La Responsabilidad Penal del
Oficial de Cumplimiento 47

PÉREZ BENECH, Viviana

Contencioso de Reparación: algunas
reflexiones adicionales en torno a la
jurisprudencia actual de la Suprema
Corte de Justicia sobre el art. 312 de la
Constitución, basadas en los principios y
métodos de interpretación de la Constitución..... 59

SANTOS ALONSO, Jesús; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes

Los colaboradores de la justicia en Italia 71

SCHIAVI, Pablo

La participación público-privada en el desarrollo
de infraestructuras y servicios relacionados
en el Uruguay Primeras reflexiones sobre la
Ley N° 18.786 83

CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

LIPSZYC, Delia

Derechos de propiedad intelectual e
impacto de la informática 121

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando

La fuerza de los precedentes administrativos
en el sistema jurídico del derecho positivo
colombiano 127

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso
Administrativo N° 799 de 12 de octubre de 2010.... 157

DELPIAZZO ANTÓN, José Miguel

Ámbito de aplicación personal de la
responsabilidad solidaria de los
representantes establecida en el art. 21
del Código Tributario y carga de la prueba. 157

INFORMACIONES

ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás

La experiencia Vis – Viena – 2011:
Visión del Decano 173

ROTONDO, Felipe

IV Jornadas de Derecho Administrativo
Iberoamericano (La Coruña 2011): Visión
de un profesor..... 175

SCHIAVI, Pablo

IV jornadas de Derecho Administrativo
Iberoamericano (La Coruña 2011): Visión
de un Maestrando 176

Carreras de grado 178

Maestrías y postgrados..... 178

Otras noticias de interés 181

TESINAS DE MASTERS

DAMICO, Andrea

El Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos
de ALADI como una herramienta de
facilitación del comercio ante la
crisis internacional..... 185

MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

PÉREZ COMENALE, Agustina

La administración de la sociedad de bienes
en la union concubinaria 229

NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

"Derecho Administrativo General",

Volumen 1. 243
(de Carlos E. Delpiazzo por Felipe Rotondo Tornaría)

"Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España". 245

(de Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo
por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz)

MENSAJE DEL DIRECTOR

Evocación de un jurista ejemplar en el centenario de su nacimiento

Los grandes juristas se conocen por su obra pero también por las virtudes que inspiraron su hacer en la Cátedra y fuera de ella.

En este año 2011, en que nuestra Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo cumple 10 años, no puede dejar de recordarse a quien dirigió con brillo durante otros 10 años la Revista de la entonces Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, constituyéndose en guía y faro para las publicaciones jurídicas periódicas tanto nacionales como extranjeras.

Me refiero al insigne Profesor Enrique Sayagués Laso, nacido en Montevideo el 30 de abril de 1911 y arrebatado prematuramente de este mundo el 17 de abril de 1965, cuando no había cumplido todavía 54 años, dejando trunco su magnífico "Tratado de Derecho Administrativo", cuyo tomo I apareció en noviembre de 1953 y su tomo II, completando la parte general, se publicó en noviembre de 1959 (ambos traducidos al francés en 1964).

Los años transcurridos desde entonces no han apagado el fuego de su sólido magisterio, construido desde el pupitre, desde el foro y desde la Administración, ámbitos en los que Sayagués Laso desplegó su actividad e inteligencia.

Graduado en diciembre de 1934, fue Profesor Agregado de Derecho Administrativo en 1939 al aprobarse su tesis sobre "La licitación pública" y en 1954 fue designado Catedrático de la asignatura que cultivó y amó.

Para la Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo y para quien esto escribe, es un imperativo recordar que entre 1949 y 1959 Sayagués Laso dirigió con singular destaque -fue la época de oro- la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, cuidando su regularidad, nivel y diversidad.

Sin haberlo conocido personalmente pero siendo discípulo de su enseñanza, he tenido en el Maestro el norte a seguir durante los 10 años de trabajo cumplidos al frente de esta Revista.

Por eso, al evocarlo, no puedo dejar de expresar mi gratitud y asombro por todo lo que hizo Sayagués Laso como abogado, docente y jurista en tan sólo treinta años (desde que se recibió hasta su muerte) sin descuidar su principal obra: la familia, compuesta por su esposa, Anita Areco, y sus seis hijos.

Dr. Carlos E. Delpiazzo
Director



Revista de **DERECHO**

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

*

Director

Dr. Carlos E. Delpiazzo

Redactor Responsable

Dra. Beatriz Bugallo
Jaime Zudáñez 2628 apto. 101

Consejo Editorial

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

Comisión de Publicaciones

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

Secretaría Técnica

Dra. Natalia Veloso

*

Redacción y suscripciones

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

Impresión

Tradinco S.A.
Minas 1367
Telefax: 2409 44 63 - 2409 55 89
Montevideo - Uruguay
E-mail: tradinco@adinet.com.uy

Deposito Legal 357.481 / 11
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 X (2011), Nº 20



DOCTRINA

CHALAR, Laura L.

El testigo shakespeare: un proceso judicial en el siglo XVII

FLEITAS DE LEÓN, Luis

A propósito del concepto de “Estado de Derecho”: un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética.

PECOY TAQUE, Martín

Delito en el comercio electrónico

PEREYRA, Nicolás

La Responsabilidad Penal del Oficial de Cumplimiento

PÉREZ BENECH, Viviana

Contencioso de Reparación: algunas reflexiones adicionales en torno a la jurisprudencia actual de la Suprema Corte de Justicia sobre el art. 312 de la Constitución, basadas en los principios y métodos de interpretación de la Constitución

SANTOS ALONSO, Jesús y DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes

Los colaboradores de la justicia en Italia

SCHIAVI, Pablo

La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados en el Uruguay. Primeras reflexiones sobre la Ley N° 18.786

EL TESTIGO SHAKESPEARE: UN PROCESO JUDICIAL EN EL SIGLO XVII

LAURA L. CHALAR

1. EL ESCRITOR FRENTE AL TRIBUNAL

Leer los registros de antiguas actuaciones judiciales es fascinante por muchas razones. En primer lugar, la mente del abogado suele verse atraída por todos los formalismos, términos jurídicos, institutos y normas aplicadas; es imposible escapar a la tentación de trazar paralelismos con la época actual, sea para destacar los parecidos o maravillarse de las diferencias. Hoy en día, por ejemplo, el instituto de la dote, núcleo del conflicto en el expediente que aquí se analiza, se encuentra perimido en el mundo occidental; sin embargo, en el expediente hallamos muchos elementos sustanciales y procesales que siguen apareciendo habitualmente en los procesos judiciales de hoy. En segundo lugar, estos expedientes, pese a sus limitaciones (en tanto documentos altamente formalizados, no siempre nos traen la genuina “voz” de los participantes), abren una inesperada ventana a un tiempo perdido, a épocas de las cuales no conservamos memoria propia, que tendemos en muchos casos a considerar como “salvajes” y que, sin embargo, a veces nos deparan sorpresas: en el caso que nos ocupa, por ejemplo, se cumple estrictamente con el principio del debido proceso, dando a ambas partes su “día ante el Tribunal” y permitiéndoles presentar sus probanzas (que fueron exclusivamente testimoniales) para articular reclamos y defensas. Los abogados deberíamos tener siempre presente que estamos insertos en una continuidad jurídico-social que trasciende los siglos, y que ha regido las vidas de incontables personas a lo largo de la Historia.

Por otra parte, por más ajeno y extraño que hoy pueda resultarnos el siglo XVII (o, de hecho, cualquier época o sistema sociocultural que no sea el nuestro), las emociones y problemas humanos que se recogen en estos documentos son atemporales. En el caso *Belott c/Mountjoy*, el rencor y el egoísmo, falencias muy abundantes en la actualidad, ocupan un lugar preponderante. Al igual que en la mayoría de los conflictos de hoy en día, el núcleo de la disensión era el dinero.

Pero hay algo más. Entre los nueve testigos que declararon en este juicio se encuentra una persona que trascendió las fronteras cronológico-geográficas de su vida terrenal y se convirtió en quien muchos consideran el mayor escritor del mundo. Sin embargo, para la empleada doméstica Joan Johnson, que brindó su testimonio en aquella primera audiencia de mayo de 1612, el autor de *Hamlet*, *Macbeth*, *Romeo y Julieta* y tantas otras obras magistrales era apenas “un Sr. Shakespeare que se alojaba en la casa”.¹ Fue esta “maravillosa banalidad” la que encendió el interés del investigador inglés Charles Nicholl, quien escribió un libro sobre el caso,² por el conflicto *Belott-Mountjoy*. Así hubiera visto alguna de sus obras representada (siendo analfabeta, Joan no tenía la opción de leer las muchas ediciones pirata que circulaban), difícilmente esta mujer hubiera podido calibrar el talento y la dimensión del inquilino de sus patrones: la fama universal de William Shakespeare (1564 – 1616) no se consolidó hasta bastante después de su muerte, y Londres por aquellos años rebosaba de talentos literarios.

Naturalmente, el lector moderno, que sí conoce los tesoros que nos dejó su pluma, espera algo especial de la declaración del señor Shakespeare – algún atisbo de su mente privilegiada, de su don de letras, de su maravilloso ingenio. Ese lector se verá sin duda decepcionado: la declaración testimonial del Bardo no es particularmente interesante – ni siquiera, podría sostenerse, la más interesante del expediente. Las declaraciones eran recogidas por un funcionario del Tribunal, y es difícil desglosar en ellas las formas de expresión

1 Asimismo, el Bardo era “un tal [‘one’] William Shakespeare” para otro de los testigos, el gentilhombre Daniel Nicholas; pero la expresión en inglés no tiene la connotación peyorativa del español, y podría ser incluso un formulismo empleado por el receptor. Véase *infra*, declaración de Daniel Nicholas.

2 Charles Nicholl, *The Lodger Shakespeare: His Life on Silver Street* (Viking, USA, 2008). Recomiendo la lectura de este interesantísimo libro y su apéndice documental a los interesados en conocer un capítulo poco difundido de la vida de Shakespeare y, sobre todo, las características de un proceso civil en su época.

peculiares de cada testigo, recubiertas de una capa de formalismo que las despersonaliza, imponiéndoles un registro uniforme. Pero eso no significa que no pueda extraerse ninguna conclusión de ellas: por ejemplo, quienes conocen el esnobismo y afán de ascenso social frecuentemente atribuidos a Shakespeare, un plebeyo de pueblo cuyo padre fabricaba guantes, sonreirán al ver que se define a sí mismo como “gentilhombre”. Sólo hay otra persona de similar posición social entre los testigos: Daniel Nicholas, que declaró dos veces. Los demás pertenecen en su mayoría a la clase de los comerciantes y artesanos. Cuando compareció a la audiencia del 11 de mayo, Shakespeare tenía cuarenta y ocho años, una edad relativamente avanzada en aquel tiempo, y le quedaban cuatro de vida. Había logrado una posición económica sumamente sólida: era, probablemente, el hombre más rico de su pueblo natal, Stratford-upon-Avon. Pero tan importante como el dinero era el status: tras un intento fracasado, su padre, John, había finalmente obtenido (en 1596) un escudo de armas que ponía a la familia un peldaño más arriba en la escala social. El hijo no dejó de remarcar esta posición al presentarse ante el Tribunal.

Para los historiadores, el pequeño papel de Shakespeare en el juicio Belott c/Mountjoy es importante porque lo que se sabe sobre la vida del dramaturgo es bastante poco.³ Su participación en el juicio, como bien se ha señalado, contribuye a situarlo en el más amplio contexto de la ciudad de Londres, donde se había radicado para desarrollar sus actividades vinculadas al teatro, y más específicamente (aunque no sabemos con exactitud cuánto tiempo residió allí) en la casa de Christopher Mountjoy, es decir, en el epicentro de la comunidad hugonota (protestantes franceses) que vivía en la capital en esos primeros años del siglo XVII. Es tentador imaginarlo extrayendo material para sus obras de la “comedia humana” que se desarrollaba a su alrededor. Tampoco hay que soslayar el vínculo con los estratos superiores de la sociedad, a través del trabajo de la familia Mountjoy-Belott, que fabricaba tocados y adornos para el pelo a menudo utilizados en los extravagantes espectáculos de la corte real. Más de un alto personaje debió haber visitado el taller que funcionaba en la casa donde también vivía el inquilino Shakespeare.

2.- LAS PARTES

Christopher Mountjoy debe haber sido un hombre difícil. El litigio que aquí analizamos gira en torno a la pretensión de su yerno, Stephen Belott o Etienne Belot, de que se lo condene a pagar la dote de su hija única, Marie.⁴ El demandado trata de justificarse alegando, entre otros elementos, su pobreza, y que si no ayudó más a su hija y al esposo de ésta era “porque no sabía qué podría llegar a necesitar él”; sin embargo, de las declaraciones de varios testigos surge que posee un patrimonio considerable para un hombre de su entorno y clase social. Su terquedad también nos llega a través de los siglos. Varios de los testigos, incluido Shakespeare, han tratado de mediar entre él y su yerno, y de obtener alguna concesión para Belott y su esposa, pero Mountjoy no cede un ápice.⁵

El yerno, por su parte, es igualmente intransigente: insiste en obtener lo que según él se le debe, y, ante el fracaso de sus gestiones “amistosas”, lleva a su suegro a juicio. Desconocemos el desenlace del litigio: aunque Mountjoy fue condenado (en una suma mucho menor que la reclamada por Belott), meses después seguía sin pagar.

Belott había sido, durante varios años, aprendiz de Mountjoy en su negocio de fabricación de tocados (“tire-making”). Ambos eran franceses, pertenecientes a la rama del protestantismo que floreció en Francia en los siglos XVI y XVII (hugonotes). Presumiblemente emigraron a Inglaterra –al igual que muchos de sus

3 Tantas son las carencias, ambigüedades y contradicciones en el registro histórico, que ya en el siglo XIX comenzó a plantearse la llamada “cuestión de la autoría”, sosteniéndose, en lo sustancial, que las obras del canon shakesperiano no podían haber sido escritas por el “gentilhombre” de Stratford, sino que debían ser creación de otra persona o grupo de personas, para las cuales se han propuesto los nombres de distintos candidatos que por variadas razones habrían optado por ocultar su autoría (Francis Bacon, Christopher Marlowe, el conde de Oxford, etc.). Véase al respecto, por todos, “Who Wrote Shakespeare?”, de John Michell (Thames & Hudson, 1996).

4 Marie Mountjoy, de casada Belott, no comparece en el expediente, y es, al igual que la mayoría de las mujeres de su tiempo (y, lamentablemente, de varios países de la actualidad), una “sin voz”, una presencia invisible. No sabemos qué sintió al ver a su padre demandado por su marido, ni cómo reaccionó frente a las distintas actitudes de los hombres que litigaban por su dote. En cuanto a su madre, también llamada Marie, que había tratado de convencer a su esposo de ser un poco más generoso con la hija y el yerno, cuando se promovió la demanda ya hacía tiempo que había fallecido.

5 Para el carácter de Mountjoy, véase Nicholl, op. cit., especialmente págs. 11-12.

correligionarios– huyendo de la persecución religiosa, que había incluido capítulos tan sangrientos como la Masacre de San Bartolomé de 1572, donde miles de protestantes fueron asesinados en París.

La especialidad de Mountjoy eran los adornos de lujo para la cabeza (tiaras y tocados fabricados con pedrerías, alambre dorado y plateado, plumas y demás), que se habían puesto muy de moda en los últimos años del siglo XVI. Con el ascenso al trono de James I en 1603, alcanzaron su apogeo los sofisticados entretenimientos de la corte (espectáculos de danza, canto y actuación con ambiciosa escenografía) llamados “masques”, que eran muchas veces organizados por la propia esposa del rey, Anne de Dinamarca. En estas impactantes celebraciones, los elaborados diseños de Mountjoy y sus colegas eran muy requeridos y se pagaban bien.⁶ En su taller trabajaban su esposa, también francesa, y su hija; posteriormente se incorporaría Stephen Belott como aprendiz.

Según Belott, la propuesta de que se casara con Marie Mountjoy partió de su patrón, padre de la muchacha, quien le ofreció una interesante dote. Esta oferta económica habría sido determinante para el matrimonio: “En base a estas ofertas del [demandado] y a sus persuasiones, vuestro suplicante [Belott] al poco tiempo se casó con la citada Marie”. Esta es la versión que abona el testimonio de Shakespeare, quien fue enviado a negociar el matrimonio (aunque dice no recordar el monto de la dote). En la versión del suegro, por el contrario, la idea del matrimonio con Marie partió del aprendiz y no de él: Belott “pretendió la mano de la hija del demandado en matrimonio, y a tales efectos buscó el consentimiento de este demandado y la que era su esposa en aquel momento”. Mountjoy niega haber prometido las sumas reclamadas. Según él, lo que acordó con su yerno fue que éste y su esposa se quedarían trabajando para él durante dos años, a cambio de casa y comida, y finalizado ese período el joven matrimonio recibiría cincuenta libras. Belott no habría cumplido, dejando la casa de Mountjoy antes de transcurrido el plazo, pese a lo cual el suegro lo habría ayudado económicamente “dentro de sus modestas posibilidades”.

Aunque Christopher Mountjoy insiste varias veces sobre su amor paternal, lesionado por la inconducta de su yerno, hay otro tipo de amor significativamente ausente de las actuaciones: el amor conyugal, que no es mencionado en ningún momento por Belott como motivo de su matrimonio con Marie. Para él, según sus propias expresiones, el elemento determinante fue la dote. Esto, obviamente, no quiere decir que no existieran, aparte de las razones económicas, otras de tipo afectivo que no se considera relevante explicitar ante los jueces: de hecho, Joan Johnson, empleada doméstica de la casa, habla de la “inclinación” que los jóvenes sentían uno por el otro. Pero es difícil librarse de la sensación de que el principal atractivo de la pobre Marie para su novio habría sido el dinero y las promesas de su padre.

3.- EL EXPEDIENTE

Traduzco a continuación una selección de los documentos que integran el expediente conservado en los Archivos Nacionales ingleses, mencionando también aquellos que se omiten. Los documentos originales se encuentran en inglés, salvo por las entradas en el Libro de Actas de la Iglesia Francesa (órgano que en definitiva dirimió la controversia), redactadas en francés.⁷ Mi traducción se aparta ocasionalmente de la literalidad, cuando la claridad del texto así lo requiere. Por la misma razón (y salvo algún caso, como por ejemplo las firmas de los testigos, donde me pareció interesante preservar la forma en que cada uno de ellos escribía su nombre), se unifica en general la ortografía, tema al que se le daba escasa importancia en la Inglaterra isabelina y jacobina. He tratado, sin embargo, de mantener en lo posible la puntuación original, ya que es el fluir del texto (por confuso o reiterativo que pueda resultar en ciertos pasajes) lo que brinda una mayor noción del discurso jurídico de la época.

⁶ Estos productos se utilizaban también en el teatro; tal vez haya sido ésta la conexión inicial entre Shakespeare y los Mountjoy (Nicholl, op. cit., pág. 150).

⁷ Los documentos fueron publicados por primera vez en 1910. Sigo las transcripciones incluidas como apéndice en el libro de Nicholl (op. cit., pág. 279 y sgs.).

3.1. LA DEMANDA de Stephen Belott, 28 de enero de 1612 (firmada por su abogado)

A su Excelentísima Majestad, el Rey [James I]

Demandando con la mayor humildad ante vuestra Excelentísima Majestad, el pobre y fiel y obediente suplicante de vuestra Alteza, Stephen Belott, de Londres, fabricante de tocados, dice: Que vuestro suplicante [Belott], hace unos nueve años, siendo entonces sirviente de Christopher Mountjoy de Londres, fabricante de tocados, se comportó y condujo bien al tiempo de dicho servicio con el referido Christopher, en forma justa y para gran ganancia y provecho de éste, de modo tal que vuestro referido suplicante manifiestamente obtuvo la buena voluntad y afecto del referido Christopher, de manera que éste ofreció a vuestro suplicante que, si aceptaba en matrimonio a Marie Mountjoy, su única hija, entonces le daría, cuando se casara con dicha hija, la suma de 60 libras⁸ aproximadamente como dote el día del matrimonio o poco después, y asimismo que a su fallecimiento dejaría a vuestro suplicante y a su mencionada hija la suma de 200 libras más; en base a estas ofertas del [demandado] y a sus persuasiones, vuestro suplicante al poco tiempo se casó con la citada Marie, y ha cohabitado con ella durante los últimos cinco años y ha tenido varios hijos con ella, con gran aumento de sus gastos, y probablemente tenga muchos más, sin que su pobre oficio pueda brindarles sustento; y vuestro suplicante prestó al referido Christopher la suma de cuarenta chelines que él se niega a devolver, así como a cumplir su anterior promesa. Porque sucedió, excelentísima Majestad, que vuestro suplicante, encontrándose desde su casamiento con la referida Marie en cierto apremio económico y necesidad debido al aumento de sus cargas familiares, como se explicó antes, se presentó ante el referido Christopher, solicitándole que satisficiera y pagara a vuestro suplicante la referida suma de sesenta libras prometida, así como que se obligara a dejar a vuestro suplicante y su esposa doscientas libras a su fallecimiento; pero él, olvidando por completo sus promesas paternas, y sin compadecerse de la miserable condición de vuestro pobre súbdito y sus dependientes, en contra de los vínculos naturales, no solamente niega ahora dicha promesa y se niega a pagar dichas sesenta libras, sino que también se niega a pagar los cuarenta chelines que se le prestaron, como se dijo antes. Y también, desde aquel momento, ha dicho en distintas oportunidades a distintas personas que no piensa dejarle a vuestro suplicante, su esposa e hijos ni siquiera un penique el día que deje este mundo, lo cual no sólo genera un grave perjuicio y dificultad a vuestro suplicante, su esposa y su familia, sino también su completa ruina salvo que sean socorridos por la justicia de este honorable Tribunal; mientras que [el demandado] es un hombre de buen pasar y sin cargas familiares. En misericordiosa consideración a esto, y por cuanto según el curso estricto del Derecho Común de este Reino vuestro pobre suplicante carece de recurso legal ya sea para recuperar las sesenta libras prometidas o para forzar al referido Christopher Mountjoy a obligarse a dejar doscientas libras al pobre súbdito de vuestra Alteza y su esposa a su muerte, habiendo mostrado [el demandado] en los últimos tiempos una tendencia a despilfarrar sus bienes; y por cuanto vuestro súbdito no puede probar dichas promesas en forma tan estricta como el Derecho Común requiere, o, si pudiera, no tiene por dicho Derecho Común de este Reino un recurso legal adecuado o apto; así como tampoco puede dicho leal súbdito probar el préstamo de los citados cuarenta chelines al referido Christopher Mountjoy, pero está persuadido de que el referido Christopher, ya sea para limpiar su conciencia, sabiendo que el falso testimonio es un pecado mortal, o para evitar el castigo para quienes cometen dicho pecado, [se allanará (?)]; sírvase por ende vuestra Alteza, en consideración de lo antedicho, librar oficio bajo el sello real al referido Christopher Mountjoy, por el cual se le ordene comparecer personalmente en determinado día, y bajo la pena que allí se establezca, ante vuestra Alteza en el Tribunal de Whitehall, normalmente llamado Tribunal de Menor Cuantía,⁹ para responder directamente a estas imputaciones, y para recibir las órdenes e instrucciones que vuestra Alteza o dicho Consejo consideren acordes a la equidad y la buena conciencia. Y vuestro leal súbdito, según su deber, rezará sinceramente a Dios para que prolongue el feliz reinado de vuestra Alteza y le dé una larga vida.

Ralph Wormlaighton

⁸ Según Nicholl, escribiendo en 2007, esto equivaldría a unas £ 12.000 actuales (op. cit., pág. 4).

⁹ He optado por traducir así la expresión "Court of Requests". Se trataba de un tribunal creado originariamente como parte del "Privy Council" o Consejo de Estado que asesoraba al monarca, con competencia en asuntos de baja incidencia económica. Generalmente fallaba por equidad, y los escasos costos procesales lo hicieron popular entre las clases inferiores; tuvo, sin embargo, conflictos con otros organismos jurisdiccionales, notoriamente con los tribunales de derecho común. Sus jueces eran denominados "Masters of Requests". Los tiempos del tribunal eran extremadamente rápidos para parámetros actuales, según puede apreciarse viendo las fechas de los distintos actos procesales aquí transcriptos. Dejó de funcionar hacia 1642.

3.2. LA CONTESTACIÓN de Christopher Mountjoy, 3 de febrero de 1612 (firmada por su abogado)

Contestación de Christopher Mountjoy al escrito de demanda de Stephen Belott, actor

Este demandado, haciendo la más amplia reserva, ahora y en cualquier momento, de excepción de insuficiencia y falta de certeza de dicha demanda, y para la manifiesta declaración de la verdad, dice que hace unos diez años aceptó, a instancias de los familiares de dicho actor, tomar al actor como aprendiz para aprender su oficio de fabricante de tocados; dichos familiares prometieron proporcionarle vestimenta adecuada mientras continuara al servicio de este demandado, y el actor sirvió al demandado como aprendiz de su oficio durante seis años aproximadamente. Pero, durante todo el tiempo de su servicio, ni el actor ni ninguno de sus familiares cumplió con su promesa de proporcionarle vestimenta alguna, salvo ropa blanca, de modo que este demandado se vio obligado a proporcionarle toda la restante vestimenta; durante estos seis años, el actor no recibió ningún otro auxilio o manutención de ninguno de sus familiares, sino que durante todo ese tiempo fue exclusiva y únicamente mantenido por este demandado. Y luego de que el actor hubiera servido al demandado, como se dijo, durante el término de seis años, expresó su deseo de viajar a España, y este demandado lo proveyó de dinero y otros elementos necesarios para el viaje, por una suma de seis libras aproximadamente; con posterioridad, dicho actor regresó de su viaje a la casa del demandado, y pretendió la mano de la hija del demandado en matrimonio, y a tales efectos buscó el consentimiento de este demandado y la que era su esposa en aquel momento. El demandado y su esposa, que eran pobres y poco o nada podían otorgarle a su hija en ocasión de su matrimonio (salvo por el hecho de que el demandado la había capacitado en su referido oficio de fabricación de tocados), aceptaron la propuesta, aunque dicho actor no obtuvo en aquel momento, ni en ningún otro momento hasta donde sabe este demandado, ninguna suma de dinero ni otros bienes de valor o tierras de ninguna clase ni ninguna otra cosa de sus familiares, fuera de lo que obtuvo al servicio del demandado y mediante el oficio que este demandado le enseñó. Y luego, hace unos cinco años, el actor se casó con la hija de este demandado, y en dicha ocasión se acordó entre el actor y el demandado que, si el actor y su esposa continuaban trabajando en su oficio para beneficio de este demandado en la casa de este último por espacio de unos dos años aproximadamente luego del casamiento, el demandado les daría casa y comida adecuadas, de modo tal que este demandado sólo percibiría las ganancias del trabajo de ellos; y, al término de los dos años, el demandado le daría al actor cincuenta libras o [bienes] equivalentes, según recuerde. Y el actor en consecuencia permaneció por un breve lapso en casa de este demandado. Pero luego de que el actor y su esposa hubieran permanecido en casa del demandado, como se dijo, durante medio año aproximadamente, él se negó a seguir viviendo allí, y quiso seguir otras alternativas para progresar, según dijo. Y al final del medio año, cuando el actor dejó la casa, el demandado, por amor hacia el actor y su esposa (ya que no estaba legalmente obligado a ello), les entregó una buena cantidad de enseres domésticos y objetos vinculados a su oficio, dentro de sus modestas posibilidades, por un valor de veinte libras aproximadamente, además de diez libras en efectivo para poner en su bolsa, deseando su bienestar de todo corazón, y además tuvo intención de dejarle al actor y a su esposa, su hija única, todo o la mayoría del patrimonio que Dios hubiera tenido a bien darle hasta el momento de su muerte; y, en su amor paternal, de ayudarlos de tiempo en tiempo según sus modestas posibilidades. Aproximadamente un año después de que el actor hubiera dejado la casa del demandado, la esposa del demandado falleció, y entonces el actor y su esposa regresaron y vivieron con el demandado como socios en su negocio de fabricación de tocados durante aproximadamente medio año, durante el cual este demandado recibió la suma de cuarenta chelines del actor; y al final del medio año, al tiempo de la partida del actor de la casa del demandado, el actor, que mantenía una deuda con un cervecero por la suma de tres libras, le pidió al demandado que la pagara por él, y el demandado pagó las tres libras de la deuda del actor en consecuencia, pero nunca recibió la devolución de las 3 libras ni parte alguna de ellas, salvo por los 40 chelines antes mencionados. Y durante el medio año antes referido, el demandado compró para el negocio, con su propio dinero, alambre plateado y otros elementos vinculados a su oficio, por valor de diez libras aproximadamente, de las que el actor, según su obligación contractual, debería haber pagado la mitad, pero nunca pagó ni un penique. Y este demandado niega absolutamente, según su leal saber y entender, que alguna vez haya ofrecido al actor, al casarse éste con su hija, la suma de sesenta libras o cualquier dote o cualquier otra suma, fuera de la mencionada suma de cincuenta libras al final de los referidos tres [sic] años, y bajo las condiciones arriba expresadas. Y este demandado también niega que haya prometido legar al actor y a su esposa, a su muerte, la suma de doscientas libras o cualquier otra suma determinada, sino que, como se dijo antes, tenía la intención de adoptar, respecto del actor y su esposa, aquellas disposiciones adecuadas para un padre, al tiempo de su muerte, respecto de su única hija.

Pero este demandado no podía entonces, ni puede ahora, ofrecer ninguna garantía al respecto, ya que era y es un hombre pobre, y no sabe qué es lo que Dios le habrá dado en cuanto a patrimonio al momento de su muerte, ni si el actor y su esposa se comportarán respecto a este demandado, durante su vida, de forma tal que merezcan mayor o menor afecto y amor de él hacia ellos. Y este demandado también niega, según su leal saber y entender, que le deba al actor cuarenta chelines o cualquier otra suma de dinero, salvo en lo que anteriormente se expresa. Y este demandado expresa asimismo que, hace aproximadamente un mes, le pidió encarecidamente al actor, en presencia de sus vecinos, que arreglara cuentas con él por las operaciones entre ambos, y en tal ocasión el referido actor le habló groseramente a este demandado, y le dijo que consiguiera su dinero como pudiera. No se admite la veracidad de ninguna otra cuestión o elemento contenido en la referida demanda, que sea sustancial o necesario responder y no haya sido suficientemente confesado y refutado, negado o controvertido en el presente. El demandado está dispuesto a afirmar y probar todas estas cuestiones en la forma que establezca este honorabilísimo Tribunal, y humildemente pide que se rechace la demanda, con las costas razonablemente incurridas en su perjuicio.

George Hartopp

Siguen dos documentos más breves, la réplica ("replication") de Belott (5 de mayo de 1612) y la réplica ("rejoinder") de Mountjoy (sin fecha), que no agregan mayores elementos a los ya manejados.

3.3. EL (PRIMER) PLIEGO DE INTERROGATORIO para los testigos del actor

Interrogatorios a los que serán sometidos los testigos que comparezcan por Stephen Belott, actor, contra Christopher Mountjoy, demandado.

1. Si conoce a la parte actora y a la parte demandada, y cuánto hace que conoce a cada una.
2. Si conoció al actor cuando era sirviente del demandado, cómo y de qué manera se comportó al servicio de dicho demandado, y si no es cierto que el demandado confesó que había obtenido gran ganancia y provecho a través del servicio del actor.
3. Si no es cierto que el demandado demostraba gran benevolencia y afecto al referido actor durante el tiempo de su servicio, y qué opinión dio entonces del referido actor con relación a su servicio, y si no es cierto que el demandado propuso al actor que se casara con la referida Marie, mencionada en la demanda, única hija y descendiente del demandado, y se ofreció de buen grado a llevar a cabo este matrimonio, y si no es cierto que asimismo envió a alguna persona al actor para persuadirlo; declare la verdad de lo que sabe de esto.
4. Qué suma o sumas de dinero prometió el demandado al actor como dote por su matrimonio con su referida hija Marie; si fue la suma de sesenta libras, o qué otra suma que Ud. conozca o haya oído, y cuándo debía pagarse la misma, si el día del casamiento del actor y Marie o en qué otro momento; qué otra dote prometió el demandado dar al actor y a Marie al momento de su fallecimiento, si la suma de doscientas libras o qué otras sumas; y si no es cierto que en base a dichas persuasiones y promesas el actor poco tiempo después se casó con Marie; declare la verdad de este tema, tal como la sepa, crea de verdad o haya oído verosímilmente.
5. Qué bienes o enseres domésticos prometió el demandado al actor cuando éste se casara con su esposa, y qué bienes le dio al casarse con ella, y si no es cierto que le dio estos elementos: un colchón de plumas viejo, un cabezal de plumas viejo, un cabezal de borra, una alfombra verde delgada, dos frazadas ordinarias tejidas, dos pares de sábanas, una docena de servilletas de paño basto, dos manteles cortos, seis toallas cortas y una larga, dos bancos viejos, un aparador revestido de madera, una rueda de enroscar de madera, dos pares de tijeritas, un baúl viejo, otro baúl viejo, una caja de carretes; y lo que, según su conciencia, podrían valer estas cosas en el momento en que fueron entregadas por orden del demandado al actor; declare con amplitud la verdad sobre este tema.

3.4. PRIMERA AUDIENCIA, 11 de mayo de 1612

3.4.1. Declaración de Joan Johnson

Joan Johnson, esposa de Thomas Johnson del distrito de Ealing en el condado de Middlesex, fabricante de canastos, de cuarenta años de edad aproximadamente, bajo juramento e interrogada en el día y año arriba indicados, declara y dice:

1. Al primer interrogatorio esta testigo dice que conoce al actor hace unos ocho años, y al demandado hace unos ocho años.
2. Al segundo interrogatorio esta testigo dice que conoció al actor cuando él servía al demandado, y dice que se comportaba bien y de modo correcto cuando servía al demandado, [cosa que sabe] porque ella era sirvienta del demandado en aquella época, pero nunca oyó al demandado confesar ni decir que había obtenido gran ganancia y provecho por el servicio del actor. Y no tiene más para agregar.
3. Al tercer interrogatorio esta testigo dice que el demandado demostraba gran benevolencia y afecto al actor cuando éste lo servía, expresando que era un muy buen sirviente a su servicio. Pero no está enterada de que el demandado haya propuesto al actor que éste se casara con su hija Marie. Pero dice que el actor y la hija del demandado, Marie, mostraban inclinación uno por el otro, lo que era del agrado y parecía bien a la esposa del demandado. Y, según recuerda, el demandado envió y persuadió a un Sr. Shakespeare que se alojaba en la casa de que persuadiera al actor para que se casara. Y no tiene más para agregar.
4. Al cuarto interrogatorio esta testigo dice que nunca oyó al demandado ofrecer al actor ninguna suma de dinero cuando se casara con su hija Marie, pero se decía en la casa que el actor recibiría, cuando se casara con ella, unas cincuenta libras. Pero desconoce en qué momento se estableció o acordó que se haría el pago, así como cualquier promesa de otra u adicional dote a ser pagada al actor ya fuera al momento del matrimonio o al de la muerte del demandado; sólo sabe que luego de eso [Belott y Marie] se casaron. Y no tiene más para agregar.
5. Al quinto interrogatorio esta testigo dice que no sabe qué bienes y enseres domésticos prometió el demandado al actor cuando éste se casara con su esposa. Pero dice que el demandado le dio al demandado [sic], cuando éste se casó con ella, los diferentes bienes mencionados en el interrogatorio. Pero no sabe su valor con certeza, aunque piensa que valían unas ocho libras aproximadamente. Y no tiene más para agregar.

X (su marca)¹⁰

3.4.2. Declaración de Daniel Nicholas

Daniel Nicholas, del distrito de St. Alphage dentro de Cripplegate, Londres, gentilhombre, de cincuenta y dos años de edad aproximadamente, bajo juramento e interrogado en el día y año arriba indicados, declara y dice:

1. Al primer interrogatorio este testigo dice que conoce al actor desde hace veinte años aproximadamente, y al demandado desde hace doce años aproximadamente.¹¹
2. Al segundo interrogatorio este testigo dice que conoció al actor como sirviente del demandado, y que se comportó muy bien en el servicio del demandado, por más que se diga lo contrario [?]. Y ha oído decir que el demandado sacó buen provecho del servicio prestado por el actor. Y no tiene más para agregar.
3. Al tercer interrogatorio este testigo dice que escuchó a un tal William Shakespeare decir que el demandado tenía buena opinión del actor y le tenía afecto cuando era su sirviente, y que propuso al actor a través de él, el referido Shakespeare, la celebración de una boda entre su hija Marie Mountjoy y el actor. Y a tales efectos lo envió a él, el referido Shakespeare, a persuadir al actor en tal sentido, según

¹⁰ Como se mencionó *supra*, Joan era indudablemente analfabeta.

¹¹ Aunque, en su segunda deposición, estos números se invierten; en uno de los dos casos el testigo, o quizá el funcionario judicial, se equivocó.

le contó Shakespeare a este testigo, y la boda se realizó y solemnizó en base a la promesa de una dote. Y no tiene más para agregar.

4. Al cuarto interrogatorio este testigo dice que el actor le pidió que fuera junto a su esposa [del actor, o sea Marie] a hablar con Shakespeare para conocer la verdad acerca de cuánto y qué había prometido conceder el demandado cuando su hija se casara con el actor, y él [Nicholas] así lo hizo. Y, al preguntarle a Shakespeare acerca de esto, él respondió que [el demandado] había prometido que, si el actor se casaba con su única hija, Marie, el demandado, según [Shakespeare] recordaba, daría al actor, según lo prometido, la suma de unas cincuenta libras en dinero y ciertos enseres domésticos. Y no tiene más para agregar sobre este interrogatorio, según lo que recuerda, porque no recuerda ningún día establecido para el pago de la deuda o la entrega de los enseres domésticos; solamente que le daría esto al casarse.
5. Al quinto interrogatorio este testigo no puede agregar nada más que lo que ya ha declarado.

Daniell Nicholas

3.4.3. Declaración de William Shakespeare

William Shakespeare, de Stratford upon Avon en el condado de Warwick, gentilhombre, de XLVIII años de edad aproximadamente, bajo juramento e interrogado en el día y año arriba indicados, declara y dice:

1. Al primer interrogatorio este testigo dice que conoce a la parte actora y a la demandada y los conoce, según recuerda, desde hace diez años aproximadamente.
2. Al segundo interrogatorio este testigo dice que conoció al actor como sirviente del demandado, y que durante el tiempo de su servicio, según su leal saber y entender, el actor se condujo bien y honestamente; pero el testigo no recuerda haber oído al demandado confesar que había obtenido gran ganancia y provecho por el servicio de dicho actor; aunque el testigo verdaderamente piensa que dicho actor fue un sirviente muy bueno e industrioso durante su servicio. Y no tiene más para agregar sobre este interrogatorio.
3. Al tercer interrogatorio este testigo dice que resultaba manifiesto que el demandado, durante todo el tiempo del servicio del actor, le tenía y demostraba gran benevolencia y afecto, y que en diversas ocasiones oyó al demandado y a su esposa decir y manifestar que el actor era un sujeto muy honesto. Y este testigo dice que el demandado propuso al actor que se casara con la referida Marie mencionada en la demanda, única hija y descendiente del demandado, y ofreció de buen grado llevarlo a cabo si el actor estaba de acuerdo y le parecía bien. Y agrega el testigo que la esposa del demandado le solicitó y rogó al testigo que instara y persuadiera al actor a llevar a cabo dicha boda, y así lo instó y persuadió el testigo. Y no tiene más para agregar sobre este interrogatorio.
4. Al cuarto interrogatorio este testigo dice que el demandado prometió dar al actor una dote cuando éste se casara con su hija Marie, pero qué dote exactamente no lo recuerda, como tampoco cuándo debía pagarse; ni tiene conocimiento, tampoco, de que el demandado haya prometido al actor doscientas libras con [la mano de] su hija Marie para el momento de su muerte. Pero dice que el actor vivía con el demandado en casa de éste. Y que mantuvieron entre ellos muchas conversaciones sobre el casamiento, que luego se consumó y solemnizó. Y no tiene más para agregar.
5. Al quinto interrogatorio este testigo dice que no puede decir nada respecto de ninguna parte o punto del mismo, porque no sabe qué implementos y enseres domésticos dio el demandado al actor al casarse éste con su hija Marie.

Willm Shaks

Siguen los documentos correspondientes a la segunda audiencia, celebrada el 19 de junio de 1612: pliego de interrogatorio para más testigos del actor y declaraciones testimoniales de Daniel Nicholas (nuevamente), William Eaton, George Wilkins, Humphrey Fludd (padraastro del actor), Christopher Weaver y Noel Mountjoy (hermano del demandado). A través del nuevo pliego, Stephen Belott intentaba demostrar que el demandado era un hombre de sólida posición económica, titular de numerosos bienes, a la vez que abordaba el tema de su manutención durante sus años como aprendiz de Mountjoy (preguntas dirigidas al testigo Fludd), los pormenores de la negociación matrimonial (preguntas dirigidas a William Shakespeare, que esta vez no compareció) y los de los "enseres domésticos" (preguntas dirigidas a George Wil-

kins, propietario de un bar y –aunque no lo declaró– proxeneta, un personaje poco recomendable en cuya casa vivieron Belott y Marie luego de su matrimonio).

La tercera y última audiencia se celebra el 23 de junio de 1612, y los testigos que deponen en ella son interrogados a tenor del pliego formulado por el demandado.

3.5. EL PLIEGO DE INTERROGATORIO para los testigos del demandado

Interrogatorios a los que serán sometidos los testigos que comparezcan por Christopher Mountjoy, demandado en la demanda de Stephen Belott, actor.

1. Si conoce a la parte actora y a la parte demandada.
2. Si no es cierto que escuchó o sabe que Marie, la difunta esposa del demandado Christopher Mountjoy, cuando vivía exhortó al demandado a que le diera al actor Belott y su esposa algo más de lo que les había dado, y si no es cierto que el referido demandado Mountjoy respondió que no les prometería nada, porque no sabía qué podría llegar a necesitar él; y qué otras palabras en tal sentido oyó Ud. de ella o de cualquier otra persona, y cuándo fueron dichas. Declare toda la verdad sobre esto, según la recuerde.
3. Si no es cierto que oyó a la difunta esposa del demandado Christopher Mountjoy manifestar lo que su esposo y ella habían dado al actor y su esposa luego de su matrimonio, y que ella pretendía que su esposo, Christopher Mountjoy, les diera más, pero que él se negó terminantemente y no lo hizo; o qué otras palabras oyó Ud. de ella en cuanto a este tema. Declare en detalle toda la verdad sobre esto, según la recuerde.
4. Si sabe o ha oído de algún dinero u otros bienes que dicho actor Belott haya recibido de dicho Christopher Mountjoy, demandado, o de su difunta esposa, y si fueron sumas de dinero u otros bienes que les fueron entregados, y cuál era su valor. Declare toda la verdad sobre esto, según su conocimiento.
5. Si no es cierto que el actor Stephen Belott lo instó o persuadió de ocultar su conocimiento, o de algún otro modo a testificar o decir algo relativo al asunto ahora en litigio entre él y el referido demandado Mountjoy, que Ud. sepa que es falso, y qué palabras usó recientemente, o le dijo a Ud., a tales o similares efectos, y cuándo las usó. Declare al respecto según su conocimiento.
6. Si escuchó o sabe que el referido Christopher Mountjoy, demandado, en forma personal o a través de otro, pidió al referido Stephen Belott, actor, que arreglara cuentas con él sobre el dinero y otras cosas debidas entre ellos, y qué respuesta dio el dicho Belott al respecto; y si Ud. sabe o ha escuchado que el dicho Belott haya confesado que debía al dicho Mountjoy ese dinero y otras cosas, y cuándo lo confesó, y qué palabras escuchó Ud. decir al referido Belott respecto a las cuentas o diferencias entre el referido Mountjoy y él, y cuándo las dijo. Declare toda la verdad al respecto.
7. Si no es cierto que Ud., por su propia voluntad y libremente, para amigar al actor y al demandado, fue a ver al actor, hace unas tres semanas, y le dijo que actuaba equivocadamente al demandar a su suegro, y que sería mejor que fueran buenos y afectuosos amigos [uno del otro], y qué respuesta dio el actor en su conversación con él. Declare lo que sabe al respecto.

Siguen las declaraciones testimoniales de Christopher Weaver y Noel Mountjoy, ambos deponiendo por segunda vez, y la de Thomas Flower, un “sastre de treinta y ocho años aproximadamente”. Se transcriben las de Weaver y Noel Mountjoy.

3.6. TERCERA AUDIENCIA, 23 de junio de 1612

3.6.1. Segunda declaración de Christopher Weaver

Christopher Weaver, del distrito de St. Olave en Silver Street, Londres, comerciante en telas, de treinta y seis años de edad aproximadamente, bajo juramento e interrogado en el día y año arriba indicados, declara y dice:

1. Al primer interrogatorio este testigo dice que conoce al actor y al demandado.

2 / 3 / 4 / 5 [6]. Los interrogatorios ii, iii, iv, v y vi no le son formulados a este testigo a pedido del demandado.

7. Al vii interrogatorio este testigo dice que hace unas tres semanas, deseando el bien tanto del actor como del demandado, fue por su propia voluntad y libremente a hablar con el actor y ver si podía amigarlos. Y al discutir con el actor sobre dicha enemistad, y explicarle que actuaba mal al demandar a su suegro, el actor le contestó a este testigo que él jamás habría demandado a su suegro si su suegro hubiera aceptado su compañía en términos familiares, como [invitarlo] a su mesa. Y dijo, además, que él habría estado de acuerdo con poner fin a la cuestión si su suegro le hubiera permitido vivir en una de sus casas, adyacente a la propia, pagando algo de alquiler. Y dijo también que, cuando Dios tuviera a bien llamarlo a su seno, podía dejar a su esposa en mejor situación de aquella en que la encontró, a lo cual este testigo dijo que se alegraba de eso, y que se lo haría saber a su suegro, el demandado, y haría lo que pudiera para amigarlos, o palabras similares. Y así lo hizo; pero el demandado, parece, está tan enojado por el trato que su yerno le ha dado, que dijo que nunca le daría nada más, como el testigo ya declaró en su respuesta al interrogatorio del actor. Y no tiene más para agregar.

Chr: Weauer

3.6.2. Segunda declaración de Noel Mountjoy

Noel Mountjoy, del distrito de St. Olave en Silver Street, Londres, fabricante de tocados, de treinta años de edad aproximadamente, bajo juramento e interrogado en el día y año arriba indicados, declara y dice:

1. Al primer interrogatorio este testigo dice que conoce al actor y al demandado.
- 2 / 3 /. Sobre el segundo y tercer interrogatorio este testigo no puede decir nada con relación a ninguna parte de ellos.
4. Al cuarto interrogatorio este testigo dice que el actor, después de su casamiento con Marie, hija del demandado, le contó a este testigo que el demandado le había dado la suma de diez libras en dinero y algunos enseres domésticos, pero no sabe el valor de los enseres domésticos entregados, porque no los vio. Y no tiene más para agregar.
5. Al quinto interrogatorio este testigo dice que el actor lo mandó llamar hace como un año, le parece que alrededor o después de la fecha en que empezó este juicio. Y le preguntó a este testigo si sabía de las diez libras que su suegro el demandado le había dado a él y a su esposa luego del casamiento. Y este testigo le dijo al actor que sí lo sabía, a lo que el actor le dijo que cuando él [Noel] fuera convocado a responder por qué se las había dado, este testigo le podría hacer un bien al actor si contestaba que el actor las había recibido del demandado a cambio de trabajo, diciéndole que él, el actor, sería un mejor amigo para el testigo que el demandado, que sólo se preocupaba de sí mismo. Y [dice] además que, después de aquello, la empleada doméstica del actor también le dijo a este testigo que ella le había oído decir que él había oído al demandado decir que le había dado al actor las diez libras antes mencionadas a cambio de trabajo, lo que era falso; y por ello este testigo reprendió a la empleada.
6. Al sexto interrogatorio este testigo dice que el actor le dijo que el demandado lo fue a buscar para que arreglara cuentas con él por dinero y otras cosas entre ambos. Y el actor dijo a este testigo que le contestó al demandado que no arreglaría ninguna cuenta con él, diciendo que lamentaba no tener más en sus manos para arreglar cuentas¹² con él, porque entonces lo haría, y dijo “él dice que yo le debo tres libras, y él me debe cuarenta chelines, en definitiva no son más que veinte chelines de diferencia”. Y, que recuerde, no tiene más para declarar en cuanto a este interrogatorio.
7. A pedido del demandado, este testigo no es sometido al vii interrogatorio.

Noel Montioi

¹² La expresión original, “*reckon with*”, tiene también (al igual que en castellano) la connotación de “vérselas con alguien”.

3.7. EL LAUDO

El 30 de junio de 1612, el Tribunal de Menor Cuantía resolvió remitir las actuaciones a la Iglesia Francesa, quizá por ser renuente a fallar en base a testimonios que en muchos casos eran de oídas,¹³ o tal vez por entender que, siendo ambas partes miembros de la comunidad francesa, dicha Iglesia se encontraría más capacitada para dictar una resolución satisfactoria y equitativa. La resolución menciona que esto se realizó “con el total consentimiento de dichas partes”, para el “conocimiento, ordenación y determinación definitiva por parte de los reverendos y dignos jerarcas y miembros del consejo de la Iglesia Francesa en Londres”, quienes deberían fallar en la forma que “su criterio y sabiduría consideraran conveniente”. Posiblemente debido a la falta de “imperium” de este cuerpo religioso, el Tribunal se reservó la ejecución del laudo, expresando que “la resolución que se adopte en autos por dicho Consejo será confirmada, establecida y decretada por este tribunal”.

Los líderes protestantes franceses asumieron competencia y constituyeron un tribunal arbitral ad-hoc, con dos árbitros de parte por Mountjoy y otros dos por Belott. Nótese el comentario negativo sobre el actor y el demandado incluido en la primera anotación registral: las actas no se ocupan sólo del litigio, sino de otros aspectos de la vida privada de Mountjoy que, como se verá, preocupaban bastante a los jerarcas eclesiásticos. Si bien no contamos con la resolución propiamente dicha, de la anotación del 6 de mayo de 1613 se desprende claramente que los árbitros laudaron a favor de Belott, aunque condenando a Mountjoy en apenas el 10% del monto que su yerno le reclamaba.

Desconocemos si el laudo pudo ser ejecutado (en mayo de 1613 aún no lo había sido) y, por ende, el desenlace de este fascinante proceso, que arroja tanta luz sobre las relaciones sociales y costumbres de ese microuniverso con el cual intersectó la vida de William Shakespeare. Es con los documentos franceses que cerramos este trabajo.

Actas de la Iglesia Francesa (“Actes du Consistoire de l’Église Française de Londres”)

30 de julio de 1612. Habiendo sido Cretophle Montioye llevado a juicio por su yerno Etienne Belot, por cierto dinero de su matrimonio que éste pretendía se le adeudaba, a saber, 10 libras [sic], de lo que no tiene ni prueba ni testigos, el Tribunal por oficio nos rogó arbitrar el tema, lo que se realizó, siendo designados [como árbitros] Abraham Hardret [y] Gedeon de Laune, por Monioye, y David Carperau y Pierre Beauvais, por Belot. Tanto el suegro como el yerno son depravados.

13 de setiembre de 1612. Etienne Belot volvió a solicitar el signo,¹⁴ del cual se abstuvo durante mucho tiempo a causa de sus controversias con su suegro, Cretophle Montioye; velaremos por él durante la comunión de octubre.

6 de mayo de 1613. Cretophle Montioye, compareciendo, fue censurado por no pagar los 20 nobles¹⁵ a su yerno, como ordenaron los árbitros; alegó pobreza, si bien cederá deudas [?] para recibirlos.¹⁶ Y [también fue censurado] por tener dos bastardos con su sirvienta, a lo cual no dio respuesta pertinente. Y Michel Art, su jerarca, lo amonestó por falso testimonio en el tribunal espiritual, donde dijo que no se había acostado con ella. No se encontró prueba suficiente. Suspendido.

13 Samuel Schoenbaum, citado por William B. Stock, “Shakespeare Testifies – Belott v. Mountjoy – Are there lessons for today’s lawyer?”, en NYSBA Journal, <http://www.nysba.org/AM/Template.cfm?Section=Home&ContentID=50676&Template=/CM/ContentDisplay.cfm>.

14 En francés, “méreau”: una medalla circular utilizada por los hugonotes, entregada a los parroquianos que “calificaban” para recibir los sacramentos; los que no asistían a misa o habían sido amonestados no la recibían.

15 Según Nicholl, esto equivaldría a menos de £ 7 en la época, es decir la décima parte de la dote reclamada por Belott (Nicholl, op. cit., pág. 15). Tampoco parece haberse acogido el reclamo referido a la promesa de legarle £ 200 en su testamento. La decisión arbitral debió resultarle sin duda muy insatisfactoria al actor.

16 El original francés dice “baillera des dettes pour les recevoir”. Si bien el sentido no es totalmente claro, no estoy de acuerdo con la traducción ofrecida por Nicholl, “tomará un préstamo para obtener el dinero” (op. cit., pág. 303). El término jurídico “bailement” significa entrega de una cosa, y, si bien generalmente refiere a la entrega de objetos materiales con cargo de restitución, la expresión puede no haber sido empleada en sentido estricto por los árbitros franceses, legos al fin y al cabo. Parece razonable pensar que Mountjoy le dio largas al asunto prometiendo pagar mediante una cesión de créditos.

2 de setiembre de 1613. Cristopher Monjoie ha sido convocado 2 veces y dijo que no reconoce en absoluto nuestra autoridad [?]. Notificaremos a la Compañía mayor [¿la comunidad?] su rebeldía.

27 de febrero de 1614. Cretophle Montioye, habiendo sido frecuentemente exhortado, en privado y en el Consistorio, a ser piadoso, y por su vida desarreglada y descontrolada, ha sido infructuosamente suspendido y es cada vez más recalcitrante. Fue llevado ante el Magistrado por sus actos lujuriosos y adúlteros. No quiso comparecer ante el Consistorio cuando fue citado. No frecuenta esta Iglesia, y ha sido públicamente suspendido por sus escándalos. Roguemos a Dios por él, para que llegue a su corazón y le conceda verdadero arrepentimiento.

A PROPÓSITO DEL CONCEPTO DE “ESTADO DE DERECHO”: UN ESTUDIO Y UNA PROPUESTA PARA VOLVER A SU MATRIZ GENÉTICA.

LUIS FLEITAS DE LEÓN.¹

I. INTENCIÓN.

Como punto de partida, tomemos la denominada “*actitud fenomenológica*” que proponía Edmund HUSSERL², quién con suma lucidez señalaba: “*todo lo perteneciente al mundo, toda realidad espacio temporal existe para mí, es decir, vale para mí y vale para mí porque la experimento, la percibo, me acuerdo de ella, pienso de alguna manera en ella, la enjuicio la valoro, la apetezco*”³.

Si partimos de esta actitud, no es difícil experimentar, percibir, valorar y concebir que el Estado es un fenómeno cuya presencia en la realidad es multidimensional.

¿Que significa esto?

La realidad es una, un todo, si bien complejo, heterogéneo, dinámico y cambiante en un sentido heracliteo, es una unidad al fin. Ahora, su carácter complejo y heterogéneo permite descomponer válidamente a la realidad en distintas dimensiones, en aras de su estudio y análisis.

En este marco, el Estado es un fenómeno que existe dentro de esa realidad única, pero su carácter heterogéneo y complejo ha permitido que las ciencias sociales lo hayan descompuesto en distintas dimensiones, como objeto de estudio propio, todas válidas y atendibles.

Así, la sociología estudiará a la relación del Estado con la sociedad civil, la ciencia política su organización política, la ontología su razón de ser, la ciencia jurídica la dimensión jurídica del fenómeno, entre otras, sin que una implique la negación de la otra.

Indudablemente, el concepto de “Estado de Derecho” -en tanto refiere, en un sentido primario, a la dimensión del Estado como productor por excelencia de normas jurídicas que limitan su actividad- se asocia a la dimensión jurídica del fenómeno en la realidad, aspecto que lo acuñó desde su origen dentro de la ciencia jurídica, entendida ésta “*como un complejo instrumento conceptual representativo de fenómenos jurídicos*”⁴, cuyo objeto es “*la comprensión y análisis interno de los sistemas jurídicos positivos, con consideración del punto de vista estrictamente normativo*”⁵.

En definitiva, la intención de este planteo es ubicar y perfilar la matriz genética del Estado de Derecho, como un concepto de neta raíz jurídica propio de la ciencia homónima, despojado de elementos de tipo político, sociológico o de otra índole y sin sentir pudor alguno por hacerlo, pues ello no significa la negación de las otras dimensiones del fenómeno Estado, ni, como se intentará demostrar, menoscabar dicho concepto.

II. MATRIZ GENÉTICA DEL CONCEPTO “ESTADO DE DERECHO”.

1. Movimiento ideológico – revolucionario del siglo XVIII.

Si bien es cierto que la construcción de la expresión “Estado de Derecho” -en alemán “*Rechtsstaat*”- y los primeros intentos deliberados de definirlo son imputables a una serie de autores alemanes del siglo XIX,

1 Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional, de la Universidad de la República.

2 Filósofo alemán (1859 – 1938). HUSSERL, planteaba la “*actitud fenomenológica*” como punto de partida para determinar con precisión un método científico para la filosofía, que luego completaba con lo que denominó como “*la reducción fenomenológica*”, aspecto al cual no es necesario ingresar a los efectos de este estudio.

3 HUSSERL, Edmund, “*Méditations cartésiennes - Meditaciones cartesianas*”. Edición de “El Colegio de México” – 1942, págs. 17 y siguientes. La edición original corresponde a 1931.

4 DÍAZ, Elías; “*Sociología y Filosofía del Derecho*”, 2ª edición, Madrid -1980, pág. 74.

5 DÍAZ, Elías; ob. cit., pág. 64.

existe un consenso general a nivel de la ciencia iuspublicista, de que ello no debe inducir al error de creer que allí se originó el concepto de “Estado de Derecho”.

El origen de los principios y conceptos que luego se iban a concentrar en la fórmula literal alemana Estado de Derecho, lo encontramos en las doctrinas anglo - francesas de la separación de poderes y de la tutela de los derechos individuales, consagrados luego en las Constituciones revolucionarias de EE.UU. y de Francia de fines del siglo XVIII⁶.

Las razones de estas afirmación son dos: una de tipo ideológico – jurídica y otra de tipo normativo – jurídica.

La razón ideológico – jurídica la encontramos en los desarrollos de varios autores del siglo XVIII, en particular LOCKE, ROUSSEAU y MONTESQUIEU.

Estos autores, se enmarcaron dentro de la corriente ideológica de la primera mitad del siglo XVIII, denominada originalmente como “*individualismo optimista*”, de exaltación del hombre, de sus derechos y de la plena y absoluta confianza en su razón, que derivó en la construcción de un modelo político de Estado, cuya finalidad suprema era la protección y tutela del individuo⁷.

Si bien la corriente a la que pertenecieron estos autores, así como sus construcciones, eran de tipo filosófico político, pueden identificarse dentro de sus desarrollos elementos típicamente jurídicos respecto al origen, fundamento, la organización y la finalidad asignada al Estado, que luego desembocarán en el concepto de Estado de Derecho.

Así, podemos señalar que para los citados autores: a) el Estado no es simplemente una forma política natural y espontánea, sino que el Estado es algo deseado y realizado conscientemente por un conjunto de individuos, por lo que su nacimiento parte de un determinado procedimiento o acto jurídico, en el cual intervienen los propios individuos que luego serán parte de ese Estado⁸; b) la soberanía radica en el pueblo y esa es la fuente de poder del gobierno que conduce el destino de un determinado Estado⁹; c) el Estado debe organizarse a partir de la separación de tres poderes o funciones fundamentales: legislativa, jurisdiccional, administrativa¹⁰; d) el poder de los gobernantes está sometido a límites, pesos y contrapesos: entre ellos, el necesario sometimiento a la Ley¹¹; e) y todo ello con una finalidad explícita: tutelar los derechos inherentes a la personalidad humana, los derechos del individuo¹².

Estos aspectos jurídicos, insertos dentro de la corriente filosófica política del Siglo XVIII, influenciaron fuertemente el contenido de las Constituciones y Declaraciones de Derechos de EE.UU. y Francia del siglo XVIII. En ellas, la organización del Estado se concebía según un plan de separación de poderes, tendiente a preservar los derechos del hombre, considerados como anteriores y superiores a la voluntad del Estado y un límite natural a su poder.

Estos documentos reconocieron y declararon los derechos referidos por parte del Estado, lo que implica que el Estado no crea estos derechos y, por tanto, que no puede suprimirlos ni retacearlos de forma abusiva, sólo puede regularlos por Ley, en aras del interés general.

La concreción de estos aspectos -pertenecientes inicialmente al plano de las ideas- dentro de determinadas normas jurídicas constitucionales, es lo que proporciona la razón normativa – jurídica a la afirmación realizada al iniciar este Capítulo. Profundicemos un poco en ello.

En EE.UU., la Declaración de Independencia de las 13 colonias rebeldes al Imperio Británico, del 4 de julio de 1776, redactada por Thomas Jefferson con la ayuda de John Adams y votada por el Congreso continental

6 REAL, Alberto Ramón, “El Estado de Derecho - Rechtsstaat” en “Estudios Jurídicos en Homenaje a Eduardo J. Couture”, Montevideo - 1957, pág. 589. A estos efectos, el autor se apoyó en los desarrollos de CARRÉ de MALBERG, Maurice HARIOU, MAYER, GNEIST, RANNELETTI, entre otros.

7 HARIOU, André, GICQUEL, Jean y GÉLARD, Patrice, “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Ed. Ariel – Biblioteca de Ciencia política, 2ª edición, año 1980, págs. 64 a 68.

8 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 156. Particularmente: a) en LOCKE, ese acto jurídico es un “contrato político”: “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, servicio de documentación en Historia de las Ideas, F.C.U., párrafos 95, 96, 97 y 123 a 131; b) en ROUSSEAU, ese acto jurídico es un “contrato social”: “El contrato social”, Ed. Altaya, Capítulo VI del Libro Primero, págs. 14 a 16.

9 LOCKE, ob. cit., Capítulos VIII y IX, entre otros. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulos VII del Libro Primero, así como I y II del Libro Segundo. MONTESQUIEU, “Del Espíritu de las Leyes”, Libro II del Tomo I, Versión castellana de Nicolás Estevanez, Editorial Garnier Hnos., París – 1926-.

10 LOCKE, ob. cit., Capítulos XI a XIII. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulos V a XII del Libro Segundo. MONTESQUIEU, ob. cit., Libro XI del Tomo I, Capítulos XIV y XVI a XVIII entre otros.

11 LOCKE, ob. cit., Capítulos XIII y XIV. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulos IV y siguiente del Libro Segundo. MONTESQUIEU, ob. cit., Libros II y V del Tomo I.

12 LOCKE, ob. cit., Capítulo IX. ROUSSEAU, ob. cit., Capítulo VI del Libro Primero, así como I y IX del Libro Tercero.

–Órgano de la Unión de las Colonias rebeldes, integrado por un representante de cada de ellas, al cual se había encargado la dirección de la guerra de la independencia contra Gran Bretaña- tradujo a la perfección los aspectos jurídicos del “individualismo optimista” del Siglo XVIII¹³.

Cabe citar un pasaje que habla por sí solo: *“Todos los hombres nacen iguales, están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre estos se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Los gobiernos son establecidos por los hombres para garantizar estos derechos y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados. Todas las veces que una forma de gobierno se convierta en destructiva de esta finalidad, el pueblo tiene derecho a cambiarla o abolirla”*¹⁴.

Lo mismo puede decirse respecto a la Constitución de norteamericana de Massachusetts de 1780. En ella se consagró una cláusula que representaba lo que hemos expuesto: *“to the end that it may be a government of laws, and not of men”*, es decir, la idea de que el gobierno es de las Leyes y no de los hombres, garantizado por la separación de poderes¹⁵.

Lo cual significaba que en ese Estado norteamericano emergente, todos los individuos estaban sometidos al imperio de la Ley, incluso los gobernantes, aspecto además que era garantizado por la propia Constitución, a través del sometimiento al Poder Judicial, de los incumplidores.

Por otro lado, en Francia, casi contemporáneamente ocurrió algo similar, pues en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se consagraron jurídicamente las mismas ideas, con una importante influencia de los precedentes norteamericanos¹⁶.

Así, el Artículo 2º de la Declaración disponía: *“el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión”*.

Y el Artículo 16: *“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”*.

Era el nacimiento del Estado Constitucional.

En síntesis, las ideas del “individualismo optimista” del siglo XVIII, así como su consagración en las Declaraciones de Derechos y las Constituciones norteamericanas y francesas, concebían al Estado como un ente cuyo origen, fundamento y organización jurídica estaba dirigida hacia una finalidad central: la tutela de los derechos individuales, aspecto que fue el motivo esencial de este movimiento.

Ello empujó, motivó y constituyó el embudo que derivó en las primeras elaboraciones intencionales del concepto de “Estado de Derecho”, por parte de los autores alemanes que sintetizaremos a continuación, quienes en definitiva fijaron la matriz genética del mismo.

2. Doctrina Germana del siglo XIX.

Durante todo el siglo XIX, el forjamiento de un Estado Alemán unificado, liberal e independiente tuvo un camino empedrado, pautado por regímenes monárquicos y dictatoriales, lo que constituyó el contexto histórico dentro del cual una serie de autores alemanes gestaron la expresión “Estado de Derecho” e intentaron definirla.

Ya en la Confederación Germánica -constituida en 1815 por 39 Estados, entre los que se encontraban Prusia y Austria-, se produjo entre 1834 y 1848 un movimiento incitado por la burguesía de los Estados confederados, con el fin de forjar un Estado Alemán unificado, liberal y democrático, que los liberara de los regímenes monárquicos imperantes. El movimiento fue aplastado por las distintas monarquías de los Estados confederados, en particular por el Rey de Prusia, quien luego de ciertos amagues liberales y unificadores, decidió pactar con la aristocracia y reprimir duramente a los gestores del movimiento.

Incluso, la unificación de Alemania se produjo a causa de la acción de Bismarck, el canciller de Prusia que gobernó de modo dictatorial entre 1862 y 1871, año en el cual Guillermo I fue proclamado emperador, siendo éste quien completó la mentada unificación del Imperio Alemán, bajo el formato de un Estado Federal Monárquico.

Finalmente, en 1888 fue proclamado Guillermo II, quien dimitió una vez culminada la 1º Guerra Mundial, en 1919. Recién en ese momento, el Estado Alemán dejó de ser un Imperio y fue proclamado República,

13 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., págs. 479 a 481. En este sentido: RODRÍGUEZ ARANDA, Luis en el preámbulo al “Ensayo sobre Gobierno Civil” de LOCKE, ob. cit., págs. 12 y 13.

14 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 482.

15 REAL, ob. cit., pág. 591.

16 REAL, ob. cit., págs. 613 y 614.

celebrándose -luego de varios intentos revolucionarios- elecciones en las que se erigió un presidente -el socialista Ebert-, elaborándose casi inmediatamente en la ciudad de Weimar, la Constitución identificada con el nombre homónimo.

En síntesis, durante el Siglo XIX y hasta entrado el Siglo XX, los alemanes estuvieron bajo regímenes absolutistas, policíacos, donde los gobernantes ejercieron el poder del Estado a de modo arbitrario, reglamentario, voluntarista.

Dentro de ese contexto es que debemos ubicar las obras de los autores alemanes que utilizaron por primera vez la expresión "Rechtsstaat - Estado de Derecho" y lo definieron intencionalmente, con la finalidad de impulsar la salida del Estado Alemán de la fase policíaca, hacia esa nueva forma propuesta.

Así, tomando el exhaustivo estudio de REAL¹⁷, debe mencionarse a VON MOHL, cuya obra "Ciencia de la Policía según los Principios del Estado de Derecho" data de 1832; STAHL, cuya obra "Teoría del Estado y del Derecho" data de 1847; BAHR, cuya obra "Del Estado de Derecho" data de 1864; y en menor medida a VON STEIN y GNEIST, cuyas obras datan de 1879.

Es VON MOHL quien introduce y define por primera vez la expresión "Rechtsstaat - Estado de Derecho", como tipología final de una serie de seis tipos históricos de Estado: Patriarcal, Teocrático, Clásico, Despótico, de Policía y de Derecho Moderno¹⁸.

Por los motivos explicados, el autor concibió al "Estado de Derecho" como el estadio de superación del "Estado de policía - Polizeistaat", entendiéndolo a este último como la fase en la cual si bien el Estado es dirigido con fines de bien público, el medio para su logro son normas arbitrarias y reglamentarias, en la medida que el gobernante tiene plena libertad para aplicar las medidas que considere necesarias, en aras del fin que persiga.

VON MOHL definió al "Estado de Derecho" como la Administración regida por la Ley, cuyo fin es al mismo tiempo la justicia y el bien público o, como expresó literalmente "el logro de los fines racionales de la comunidad entera"¹⁹.

Esta definición fue criticada desde la ciencia jurídica con razón, pues el autor centró la misma en el fin de fomento de los individuos, así como de las fuerzas colectivas, que debería tener el Estado, es decir, en definir la matriz intervencionista del Estado, aspecto que como se analizará en el punto 4 del Capítulo III, es meta jurídico.

Y si bien este es un elemento importante en el Estado, en tanto fenómeno complejo de la realidad, tal como indica REAL, este autor omite concretar la esencia técnico - jurídica del Estado de Derecho, en la medida que no incluye en su definición las características esenciales que lo deberían distinguir: los límites resultantes de las normas jurídicas, la organización, los procedimientos para emitir actos jurídicos, las acciones contra las arbitrariedades del Estado²⁰.

Posteriormente, STAHL postuló que el Estado moderno debía dejar de ser un "Estado de Policía" para transformarse en un "Estado de Derecho", para lo cual este debía determinar jurídicamente: a) dirección y límites de su acción, b) garantizar la libertad de los ciudadanos, c) no promover directamente, o sea, gubernativamente, ideas morales, d) no ejercer la coacción, sino sólo cuando tenga por finalidad la tutela de los derechos de los individuos²¹.

Con STAHL, el concepto de "Estado de Derecho" dejó de aludir a factores de tipo sustancial o meta jurídicos, como son los fines del Estado y se centró en los medios jurídicos para lograr los mismos, es decir, en los procedimientos y métodos jurídicos a través de los cuales el Estado debía actuar, para el logro de los fines que hubiese decidido perseguir, así como en la tutela de los derechos de los ciudadanos.

Finalmente, BAHR desarrolló el último aspecto que completó la noción de "Estado de Derecho" imputable a esta corriente.

Señalaba BAHR que para que el "Estado de Derecho" fuese una realidad, no bastaba con la existencia de normas jurídicas constitucionales y/o legales que reconocieran derechos a los individuos, así como los cometidos y el modo de proceder de los distintos Órganos del Estado. Era necesario que existiese una jurisdicción preparada, jueces preparados, con poder para juzgar en los casos en que el Derecho fuese violado

17 REAL, ob. cit., págs. 597 a 602.

18 REAL, ob. cit., pág. 598.

19 REAL, ob. cit., pág. 599.

20 REAL, ob. cit., pág. 599.

21 REAL, ob. cit., pág. 599.

por los gobernantes, con el fin de efectivizar la vigencia de la legalidad y eliminar de raíz el último refugio de la arbitrariedad soberana tradicional, es decir del “Estado de Policía”²².

Precisaba BAHR que esta jurisdicción preparada sería tal, en la medida que los jueces fuesen independientes y totalmente ajenos de la administración gobernante y existiesen un procedimientos judiciales legalmente regulados.

Concluía BAHR que la sumisión de los gobernantes a una jurisdicción, como corolario del principio de separación de los poderes de administrar y de juzgar originado en el “individualismo optimista” del Siglo XVIII, constituía una condición esencial del concepto de “Estado de Derecho” dado que: a) nadie y menos los gobernantes, pueden ser juez en su propia causa, b) los derechos de los individuos frente al Estado deben ser tutelados por éste y no pueden quedar al arbitrio de funcionarios directos de la administración gobernante²³.

A modo de síntesis: la doctrina germánica del siglo XIX, al intentar superar la fase histórica denominada “Estado de Policía” en la cual estaba Alemania, creó la expresión “Estado de Derecho” y estableció -bajo influencia de las ideas movimiento del siglo XVIII- una definición.

Dentro de esta definición, pueden identificarse una serie de elementos que constituyen la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Un elemento jurídico que constituye el núcleo de la definición: el Estado, en las relaciones con sus súbditos, se somete él mismo al régimen de Derecho que ha creado, dado que debe actuar sobre la base de dos categorías de reglas que deberá respetar obligatoriamente: a) las que determinan derechos reservados a los individuos, b) las que fijan de antemano las vías y medios que podrán ser empleadas por los gobernantes para realizar los fines del Estado.

Un elemento jurídico que puede calificarse como teleológico, pues refiere a la finalidad expresa de ese sometimiento: tutelar los derechos individuales.

Un elemento jurídico que constituye la garantía de eficacia de la referida subordinación del Estado al Derecho: sometimiento del Estado, del gobierno y de sus cuadros administrativos, a la jurisdicción de jueces independientes, en caso de incumplimiento de ese Orden Jurídico por el mismo producido.

A esta matriz genética deberían de ajustarse los desarrollos posteriores.

III. DESARROLLOS POSTERIORES A LA LUZ DE LA MATRIZ GENÉTICA.

1. Formalismo positivista.

En términos generales, puede decirse que la premisa fundamental de la corriente positivista de principios del siglo XX, era la siguiente: todo derecho es necesariamente establecido o “puesto” por el Estado -de ahí el término positivo, derivado del latín “positum”-, siendo entonces Derecho la propia voluntad del Estado, como expresión jurídica de una comunidad política independiente.

En del positivismo, pueden identificarse dos vertientes que desarrollaron el concepto de “Estado de Derecho”.

1.1. La autolimitación o auto obligación del Estado: JELLINEK, IHERING, WALINE, DICEY.

Esta corriente partía de una constatación en el plano de los hechos, que es incontrastable: *“el Estado es, primordialmente, un poder y todo poder siente la tentación de no soportar ninguna traba. El hecho de que el Estado esté representado en su actuación por hombres frecuentemente arrastrados a un exceso en el poder que encarnan, no facilita las cosas”*. Esto ha llevado a que en varias ocasiones, a lo largo de la historia, algunos gobernantes hayan considerado ser *“lege solutus”*, es decir, no estar obligados a la observancia de Leyes y tener la facultad de dispensar de la misma a los otros²⁴.

Como señalamos, para esta corriente era Derecho la propia voluntad del Estado, como expresión jurídica de una comunidad política. Pero, si bien el Estado era el dueño de la producción y de los contenidos del

22 REAL, ob. cit., págs. 600 y 601.

23 REAL, ob. cit., pág. 601.

24 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., págs. 180 y 181.

Derecho, ese Estado sería un Estado de Derecho sí y sólo si no se colocaba a sí mismo por sobre el Derecho, sino en el Derecho, dentro de los límites del Derecho que el mismo había creado²⁵.

Ello significaba, para esta corriente, que el Estado se subordina al Orden Jurídico que él mismo crea, o sea, se auto obliga y autolimita su actuación²⁶.

Esa autolimitación era consentida y querida por el Estado, considerando esta corriente que ello era interés del propio Estado²⁷, lo cual debe entenderse en dos sentidos.

Por un lado, como señala HARIOU, significa que “cuando el Estado se obliga a obedecer las reglas jurídicas que él ha establecido u homologado, está tomando precauciones contra sí mismo”²⁸ o más precisamente, contra la veleidad de los hombres de gobierno.

Por el otro, a los ojos de los individuos que integran una comunidad, el cumplimiento del Orden Jurídico sólo estará verdaderamente garantizado, en la medida que el propio Estado cumpla con lo que ha establecido.

Sintéticamente entonces, esta corriente postulaba que el único límite a la actuación de un Estado era el Derecho que él mismo había establecido, lo que descartaba toda limitación externa al Derecho, axiológica, política, ontológica u otra, por ser disciplinas ajenas al mismo, sin que ello implicase desconocer su existencia.

La “autolimitación” recibió críticas de autores como DUGUIT, quien sostenía que en definitiva, los límites de la actuación del Estado quedaban al libre arbitrio del propio Estado, pues bastaba que el Estado mediante el dictado de una norma jurídica de la jerarquía adecuada, removiera los límites que él mismo se había fijado con una norma jurídica anterior, para no violar la regla de la auto obligación o autolimitación²⁹.

De esa observación DUGUIT extrajo la razón a partir de la cual entendió que era necesario buscar un Derecho justo suprapositivo que constituyese un verdadero límite al soberano, lo que encontró en lo que llamó “la regla objetiva de derecho”: la prohibición de actuar de cualquier modo en que se perjudique la solidaridad social y el mandato de conducirse de manera que le favorezca³⁰.

Frente a esta crítica, autores como WALINE³¹, reaccionaron sosteniendo que desde el punto de vista estrictamente jurídico, son las limitaciones que emanan del Derecho positivo las únicas que tienen verdadero carácter jurídico y, en definitiva, son las únicas que los individuos tienen derecho a contar formalmente ante el Estado. Por lo tanto, los valores ideales que pueden servir de pauta para enjuiciar la justicia del Derecho positivo que limita al Estado, si no están contenidos en normas jurídicas, son tema de estimativa o axiología, pero no forman parte del sistema objetivo de limitaciones propiamente jurídicas.

En definitiva, señalaban, a la técnica jurídica no se le puede pedir más, aún cuando ello sea insatisfactorio. La seguridad completa que debería brindar un sistema de limitaciones a la actuación del Estado debería provenir de otro plano, uno no jurídico: el valor de las democracias, la moral de los gobernantes y del pueblo, entre otros³². Pero ello ya no ingresaba para el formalismo, dentro del concepto de raíz jurídica que es el de “Estado de Derecho”.

1.2. Teoría Pura del Derecho y del Estado: KELSEN.

En su “Teoría Pura”, KELSEN desarrolló los conceptos de Estado y de Derecho, estrictamente desde la ciencia jurídica, depurándolos absolutamente de todo ingrediente meta jurídico, sea sociológico, axiológico, político o moral.

Planteaba KELSEN que “el Estado depurado de todo elemento místico, ideológico o metafísico, solo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres”³³.

Siendo así, concebía al Estado como un sistema autárquico de normas jurídicas, es decir, al Estado como un Orden Jurídico, al cual se le imputan todas las normas que conforman el mismo³⁴. Si bien entendía que: “no todo Orden Jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento que establece ciertos Órganos espe-

25 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, “Teoría del Gobierno” Tomo I, reedición mimeográfica – 1974, F.C.U., pág. 66.

26 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 181; REAL, ob. cit., pág. 606.

27 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 181.

28 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 181.

29 REAL, ob. cit., pág. 607.

30 KORZENIAK, José, “Primer curso de DERECHO PÚBLICO – Derecho Constitucional”, 3ª edición – 2006, pág. 250.

31 REAL, ob. cit., pág. 608.

32 CARRÉ de MALBERG, citado por REAL, ob. cit., pág. 608.

33 KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, editorial Eudeba, 4ª edición – 1999, pág. 150.

34 KELSEN, “Teoría Pura del Derecho”, ob. cit., págs. 150 a 152.

cializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen”, siendo preciso “que haya alcanzado cierto grado de centralización”³⁵.

Por tanto, desde este punto de vista, el Estado, en tanto Orden Jurídico, era para KELSEN un sistema dinámico que debía contar con Órganos y procedimientos definidos para la creación de normas válidas, jerarquizadas en distintos niveles: desde actos jurídicos individuales, pasando por las Leyes, las Constituciones y finalmente, la Norma Hipotética Fundante³⁶.

No interesaba a KELSEN, a efectos de concebir al Estado en tal sentido, que el Derecho fuese creado a partir de mecanismos autárquicos, autoritarios o democráticos, pues en todos los casos estaríamos frente a la existencia de un Orden Jurídico, más allá de su calificación política. Creer que sólo es Derecho, el creado por el pueblo o en interés suyo, o sea, el creado democráticamente, implicaría una indebida restricción iusnaturalista del concepto de Derecho, que llevaría a afirmar indebidamente que sólo es Estado, aquél con mecanismos democráticos para su creación del Derecho³⁷.

En conclusión, en KELSEN se produce lo que Giuseppino TREVES ha llamado como la tautología kelseniana, pues acaece una identificación absoluta entre Estado, Orden Jurídico, Derecho y, en definitiva, Estado de Derecho³⁸. A punto tal, que si todo Estado es un Orden Jurídico –en los términos indicados-, todo Estado es un Estado de Derecho, por lo que desaparece el concepto de Estado de Derecho, al dejar de ser una nota singular de ciertos Estados.

Finalmente, para KELSEN, el Estado de Derecho no garantizaba a los individuos la libertad, sino la posibilidad de estos de pedir que los Órganos estatales aplicaran la Ley en su actividad, es decir, la seguridad en el campo del Derecho, lo que evitaba a su juicio las arbitrariedades del gobierno³⁹.

1.3. El formalismo positivista a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Varios autores, en nuestro país JMÉNEZ de ARÉCHAGA⁴⁰ y REAL⁴¹, entendieron que el formalismo positivista provocó la “desustancialización” del concepto “Estado de Derecho”, en tanto habría perdido postulados ontológicos y axiológicos que caracterizaban a la noción clásica de los alemanes.

Esta afirmación es correcta y equivocada a la vez.

Es correcta, pues, efectivamente, no existe un ajuste entre el concepto de “Estado de Derecho” de los alemanes y los desarrollos del formalismo.

Es equivocada, pues es desacertada la asignación de una sustancia axiológica y ontológica al concepto de “Estado de Derecho” de los alemanes, dado que, como se especificó, el mismo tiene una matriz genética de absoluto corte jurídico, que no está integrada por ningún factor extra o meta jurídico.

Por tanto, no es que haya existido un “proceso de desustancialización” del concepto, sino que lo que no existió es un pleno ajuste de los desarrollos de esta corriente a todos los elementos de la matriz genética jurídica del concepto.

Primero, a nivel macro, ambos desarrollos fueron elaborados desde la ciencia jurídica y sin incluir factores extra o meta jurídicos.

Segundo, respecto al elemento jurídico nuclear de la matriz genética del concepto, tanto la tesis de la “autolimitación” como la “tautología kelseniana”, hicieron hincapié, desarrollaron y profundizaron que el Estado se somete a sí mismo y a su actividad, al régimen de Derecho que ha creado.

Tercero, ambos desarrollos omitieron el elemento jurídico teleológico de la matriz genética del concepto, pues en ninguno hubo una referencia expresa a la finalidad hacia la cual debía estar dirigido el Derecho creado, así como la subordinación al mismo por el Estado: tutelar los derechos de los individuos.

Cuarto, aunque podría considerarse que está implícito en ellos, lo cierto es que ninguno de los dos desarrollos refieren, con la debida relevancia, a la garantía de eficacia de la subordinación del Estado y los gobernante al Orden Jurídico: el sometimiento a jueces independientes.

35 KELSEN, “Teoría Pura del Derecho”, ob. cit., pág. 150.

36 KELSEN, “Teoría Pura del Derecho”, ob. cit., págs. 111 a 126.

37 KELSEN en “Teoría General del Estado”, citado por REAL, ob. cit., pág. 609.

38 TREVES, Giuseppino, “Considerazioni sullo Stato di Diritto” en Revista Trimestrale di Diritto Público, Anno IX – 1959, pág. 408.

39 KELSEN en “Foundations of Democracy” in “Ethics”, citado por Giuseppino TREVES, ob. cit., pág. 408.

40 JMÉNEZ de ARÉCHAGA, Teoría General del Gobierno” Tomo I, ob. cit., págs. 66 y 67.

41 REAL, ob. cit., pág. 606.

2. Autoritarismo.

La exclusión del elemento jurídico teleológico y la no asignación de una relevancia debida a la garantía de eficacia de la subordinación del Estado al Orden Jurídico, que sufrió el concepto "Estado de Derecho" con los desarrollos del positivismo formalista, incidió o facilitó a que los teóricos de los regímenes o sistemas autoritarios - totalitarios, utilizaran una versión deformada de este concepto, a conveniencia de sus propias elaboraciones.

Así, es posible identificar, por un lado, desde comienzos del siglo XX hasta su primera mitad, a los teóricos favorables al nazismo y al fascismo de los Estados de Alemania e Italia y por el otro, desde comienzos del siglo XX, hasta mediados de la década de 1980, a los teóricos del Estado soviético.

2.1. Teóricos de los Estados nazi – fascistas.

Estos teóricos redujeron el concepto "Estado de Derecho" a una mínima expresión. Bastaba con que dentro de un Estado existiesen normas jurídicas que disciplinaran la conducta de los individuos, que consagrasen derechos a los mismos y que éstas hubiesen sido aprobadas por procedimientos jurídicos preestablecidos, para que pudiese ser calificado como Estado de Derecho⁴².

Particularmente, Carl SCHMITT consideraba que la única clasificación admisible de los Estados, era la que distinguía en Gubernativos, Legislativos, Jurisdiccionales y Administradores, debiendo "*prescindirse de la expresión "Estado de Derecho", porque todos los tipos de Estado pueden hacerse pasar por Estados de Derecho, a condición de que cada uno se proponga cumplir o realizar el Derecho que dicta*"⁴³.

2.2. Teóricos del Estado soviético.

Los teóricos del Estado soviético atravesaron varias etapas respecto al concepto de "Estado de Derecho".

En una primera etapa, la idea de "Estado de Derecho" aparecía como el último refugio burgués para justificar el predominio de su clase sobre las otras, en la medida que el Estado en sí era concebido como un instrumento para el dominio de una clase sobre las demás⁴⁴.

Posteriormente, bajo el influjo de la idea de que si bien el "Estado de Derecho" había sido una victoria de la clase burguesa, ésta se había logrado contra el Estado absolutista y había brindado ventajas para todos -incluso a la clase trabajadora-, estos teóricos reconsideraron el concepto de "Estado de Derecho", pero bajo otros nombres y con otro alcance, entre ellos: "legalidad socialista" o "legalidad revolucionaria"⁴⁵.

Así, la "legalidad socialista" fue concebida como la estrecha observancia por parte de Órganos estatales, funcionarios y ciudadanos, de la Constitución soviética y de las Leyes, en tanto instrumento para la salvaguardia del sistema social y político soviético, así como para la construcción de una nueva forma de organización social: el comunismo⁴⁶.

2.3. El autoritarismo a la luz de la matriz genética del concepto "Estado de Derecho".

Si bien un Estado con un régimen autoritario – totalitario produce normas y puede llegar a tutelar efectivamente ciertos derechos de los ciudadanos, el mismo no es compatible con el concepto "Estado de Derecho", en virtud de que no se ajusta en absoluto a su matriz jurídica genética.

Primero, el autoritarismo sólo se ajusta parcialmente al elemento jurídico nuclear de la matriz, por lo siguiente.

Si bien el Estado autoritario - totalitario era concebido como un Estado productor de normas jurídicas, éstas no eran concebidas como un límite a su actuación, a la cual debían someterse los gobernantes, sino como un medio o instrumento para el logro de los fines supraindividuales del Estado.

42 En este sentido: KOELLREUTER, SCHWEINICHEN y LANGE, citados por JIMÉNEZ de ARÉCHAGA en "Teoría del Gobierno" Tomo I, ob. cit., pág. 67; BODDA, citado por REAL, ob. cit., pág. 596; TREVES, Giuseppino, ob. cit., pág. 402.

43 SCHMITT, citado por REAL, ob. cit., pág. 597; también citado en términos similares por JIMÉNEZ de ARÉCHAGA en "Teoría del Gobierno" Tomo I, págs. 66 y 67.

44 TREVES, Giuseppino, ob. cit., pág. 414.

45 TREVES, ob. cit., pág. 414.

46 GOLUNSKII, STROGOVICH y la ACADEMIA de CIENCIAS DE LA U.R.S.S. "CHKHIKVADZE", citados por TREVES, ob. cit., págs. 415 y 416.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que además de esta “legalidad” o más precisamente “juridicidad endeble” de los Estados autoritarios, coexistía paralelamente, una organización distinta y ajena a éste, que de hecho interfería en su funcionamiento jurídico normal: la del partido de gobierno –en Alemania, el Nacional Socialista, en Italia el Fascista y en la U.R.S.S., el Comunista-, que ciertamente subyugaba a la organización estatal⁴⁷.

Por tal razón, existían al margen de la propia “legalidad o juridicidad endeble” de estos Estados, mecanismos fácticos de afirmación del poder, como eran las policías políticas que perseguían y controlaban el alineamiento de los ciudadanos para con el partido de gobierno, las cuales actuaban fuera de todo control jurisdiccional o parlamentario.

Segundo, los autoritaristas eludieron expresamente el elemento jurídico teleológico de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”. A su juicio, los derechos de los individuos estaban subordinados y eran funcionales al fin transpersonal y superior del Estado. A su vez, el Derecho era un instrumento para el logro tal fin. Por tanto, la finalidad de la aplicación del Derecho no era tutelar los derechos de los individuos, sino alcanzar el fin superior del Estado.

Tercero, en cuanto al último elemento de la matriz genética, aunque existiese algún resquicio de subordinación sería del Estado al Orden Jurídico, tampoco existía en los Estados autoritarios garantías que aseguraran con cierta razonabilidad la eficacia de ese sometimiento.

Por un lado, no existían jueces independientes, en tanto los mismos eran controlados por el aparato ejecutivo central de dichos Estados, que a la vez estaban controlados por el partido de gobierno.

Por el otro, no se consagraban jurídicamente a favor de los individuos, mecanismos efectivos para accionar contra el Estado y sus gobernantes, no siendo cuestionable la juridicidad de sus actos ante jurisdicción independiente.

Ambos aspectos fueron burdos y manifiestos en la génesis de dichos Estados. Sin embargo, con el paso de los años, particularmente en el Estado soviético, los mismos alcanzaron cierto grado de refinamiento, manteniéndose incólumes, aunque bajo un velo de aparente garantía para los ciudadanos.

Cabe citar el ejemplo de la Constitución de la U.R.S.S. de 1977, que en su Artículo 58 consagraba el “*derecho de queja de los ciudadanos, a recurrir las acciones de los funcionarios y de los Órganos estatales y sociales, que supongan infracciones a la Ley o abuso de autoridad*”, lo que sería resuelto por un juez perteneciente a un sistema judicial declarado como independiente, en el Artículo 155⁴⁸. Sin embargo, la propia Constitución consagraba la figura del “*Ministerio fiscal*”, cuyos cometidos –Artículo 164-, entre otros, eran: controlar la legalidad de las quejas y demás acciones judiciales, controlar la legalidad de la función de los jueces, incluyendo el control de la legalidad y fundamentación, elevando su juicio al “*Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S.*”, que era el Órgano máximo del Estado soviético bajo el control del Partido Comunista⁴⁹.

Es decir, la garantía consagrada se desvanecía en un espejismo.

3. Democraticismo: la posición de Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA.

Frente al autoritarismo y como una reacción directa contra la posibilidad de calificar a un Estado autoritario –totalitario como “Estado de Derecho”, en las décadas de 1930 y 1940 un conjunto de autores procuraron cimentar el concepto de “Estado de Derecho” en pilares políticos y sociales que fueran más allá de la autolimitación jurídica del Estado.

Esta reacción se produjo pues, a criterio de esta serie de autores, la autolimitación del poder del Estado propuesta por el formalismo positivista era insuficiente⁵⁰ –como indicáramos al desarrollar la crítica a este movimiento-, lo que habría quedado demostrado en lo que habían sido las realidades de los Estados autoritarios -totalitarios.

Así, autores como DELVECCHIO, SAMPAY, LEGAZ Y LACAMBRA, entre otros, sostuvieron, con loable intención, una identificación necesaria entre Estado de Derecho y sistema democrático. El Estado de Derecho era aquel que tenía un régimen de gobierno democrático porque, para estos autores, éste era el régimen

47 TREVES, Giuseppino, ob. cit., págs. 402 y 403. HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., respecto a los Estados fascista y nacional socialista: págs. 904, 905 y 909; respecto a la U.R.S.S., efectuando estos autores un interesante y recomendable análisis relativo al Estado soviético: págs. 813, 814 y 831 a 836.

48 DOLGOPÓLOV, Yuri y GRIGORIÁN, Levón, “Fundamentos del Derecho estatal soviético”, editorial Progreso – Moscú, año 1979, págs. 294, 295 y 487.

49 DOLGOPÓLOV y GRIGORIÁN, ob. cit., págs. 411 y 490 a 494.

50 REAL, ob. cit., pág. 614.

político que otorgaba las máximas garantías, no solo jurídicas, sino políticas y sociales, a los individuos para la protección de sus derechos⁵¹.

3.1. La posición de Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA.

En nuestro país, el principal exponente de este movimiento fue Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, a partir del concepto de “Estado de Derecho” que desarrolló en su obra “Teoría de Gobierno”⁵². Esta obra fue publicada en 1944 y recogía sus clases de Derecho Constitucional dictadas en la década de 1940, en plena 2ª guerra mundial y vigencia de los Estados autoritarios – totalitarios, por lo que su concepción constituyó una intensa, vehemente, directa y hasta emocionante reacción a ello, dentro de cuyo contexto debemos entenderla y valorarla debidamente.

Partía de una premisa: si como sostienen los formalistas, el Derecho es simplemente “*la voluntad de la soberanía manifestada en artículos el Estado de Derecho podría servir como expresión de cualquier realidad*”, en la medida que “*Derecho podría ser cualquier cosa*”. Sin embargo, sostenía, “Derecho” y “Estado de Derecho”, son nociones que hacen referencia a una realidad más densa y más honda, e incluso más limitada.

Decía entonces, que si se reacciona contra esta concepción formalista y se afirma que para que un precepto fuese realmente una norma jurídica debe contener una regla para la convivencia que fuese conforme a ciertos ideales o principios superiores a la voluntad del Estado, entonces la posibilidad de empleo abusivo de la expresión “Estado de Derecho” queda limitada.

Para ello, ubicaba al Estado de Derecho como la forma propia de lo que denominaba como “gobiernos de opinión” o más precisamente, indicaba que el gobierno de opinión era el gobierno propio del Estado de Derecho, a cuyo concepto cabe referirse a efectos de comprender cabalmente su posición.

JIMÉNEZ de ARÉCHAGA distinguía “gobiernos de opinión” y “gobiernos de fuerza”, como dos modos de reacción distinta que tuvieron las comunidades humanas ante lo que identificaba como la “*crisis de seguridad*” padecida por las mismas entre los siglos XIX y XX⁵³.

Planteaba que determinadas comunidades habían elegido los gobiernos de fuerza. Partían de la idea de “poder” y de que para superar esa contingencia histórica era necesario levantar por encima de los individuos, un ente místico, supraindividual y transpersonalista, que era el Estado, a cuyas necesidades de imperio debían sacrificarse.

Dentro de ese Estado, un grupo determinado, una raza, clase o partido, monopolizaba el poder y lo ejercía subordinando los destinos individuales –incluida la libertad– en aras de los fines superiores de ese Estado. Motivo por el cual, el gobierno –a cargo del grupo, raza, clase o partido– era administrador de un poder sin fronteras, siendo el Derecho nada más que una apariencia formal bajo la cual se presentaba y ejercía la violencia ilimitada por el gobernante.

Otras comunidades habían elegido los gobiernos de opinión. Partían de la idea de “consentimiento” y de que si bien era necesario restringir los poderes de autodeterminación de los individuos para mantener la armonía en un grupo, había un dogma insalvable: el hombre era la medida de todas las cosas.

Así, concebían a la sociedad como una “agregación de individuos”, todo lo estrechamente vinculados que se quiera, pero de individuos al fin. Por lo que para estas comunidades: a) el Estado era una estructura destinada a regular, a través del Derecho, las relaciones entre los individuos, defendiendo la libertad civil e integridad de cada miembro; b) el gobierno era un sistema orgánico de autoridades, al que se le confería la función de aplicar y garantizar la vigencia del Orden Jurídico; c) el Derecho era una convención entre los hombres para regular sus vidas, cuya autoridad emanaba del consentimiento de los hombres.

Para el autor, el gobierno de opinión era, por sus características, la forma de gobierno propia del sistema democrático, siéndolo también del Estado de Derecho. Por lo que el Estado de Derecho era necesariamente democrático.

Aclarado esto, el autor perfilaba los caracteres del Estado de Derecho.

En primer lugar, lo caracterizaba como limitado en cuanto a sus fines.

A tal efecto, separaba los conceptos de Estado y Sociedad, indicando que el Estado operaba sobre lo social, ordenándolo, aunque no sobre todo lo social, pues la actividad de los hombres en sus relaciones

51 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno”, ob. cit., pág. 66.

52 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno”, ob. cit., particularmente en páginas 30 a 32 y 67 a 73.

53 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno” Tomo I, ob. cit., pág. 31: es curiosa, por lo actual, la descripción de la “crisis de seguridad” que efectúa, indicando que los males semejantes sufridos por las comunidades habían sido: 1) la explotación capitalista, 2) el pavoroso problema de la desocupación, 3) una psicosis de temor frente al vecino, 4) sobre todo, un sentimiento de desesperanza, en cuanto a la posibilidad de alcanzar un mundo cuya paz pueda ser asegurada por el derecho.

interindividuales con otros hombres era ajena a él y por tanto, escapaba a su objeto y fin. Esto significaba, a su criterio, que el Estado no podía monopolizar ni imponer una determinada religión o un modo único de cultura a los hombres.

En segundo lugar, indicaba que la libertad individual era un dogma en el Estado de Derecho, que no necesitaba ser demostrado para ser lícitamente reclamado por los individuos. Esto derivaba, según el autor, de la base de la teoría democrática, en la cual hay dogmas insalvables, siendo el de la libertad individual el más importante e inconvencible de todos. En este aspecto vemos, nuevamente, la identificación entre Estado de Derecho y democracia.

En tercer lugar, señalaba que el Estado de Derecho se caracterizaba por estar limitado en su competencia y en sus modos de actuación, por el Derecho que él mismo hubiese creado.

Finalizaba el autor indicado que todos estos caracteres del Estado de Derecho derivaban de la Constitución, la cual podría ser reformada a través de sus mecanismos. Sin embargo, planteaba: ¿podría ser reformada en cualquier sentido? e incluso más, ¿podría el Derecho contener cualquier contenido?

A ambas cuestiones daba una respuesta negativa, por dos razones.

Por un lado, porque el Derecho es producto de la voluntad del soberano, entendida como comunidad humana. Las comunidades están compuestas por hombres y su voluntad es racional. Por tanto, el Derecho es producto de la voluntad racional del hombre y su contenido debe ser necesariamente racional, lo que excluye la posibilidad de que sea arbitrario u omnipotente.

Por el otro, porque la fuente de donde extrae su autoridad el Estado de Derecho, en tanto gobierno de opinión, es el consentimiento de la comunidad. Aunque no cualquier consentimiento, sino el de una comunidad que actúa en el campo de la libertad.

3.2. El democraticismo a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

Como perfilamos desde un comienzo, el concepto de “Estado de Derecho” proviene de la ciencia jurídica, como una respuesta jurídica a los Estados con regímenes absolutistas, personalistas y policíacos, que implica no solamente la identificación de los límites jurídicos de su actuación, a los cuales éstos deben subordinarse, sino también que esos límites tienen una finalidad determinada, así como garantías que aseguran razonablemente dicha subordinación.

Ello, sin perjuicio de otras respuestas elaboradas desde planos políticos, ontológicos y axiológicos, a los Estados que tenían dichos regímenes.

Como primer aspecto, cabe señalar que esta corriente tuvo un aporte muy importante: persuadir respecto al peligro que implicaba identificar Estado de Derecho, simplemente, con un Estado productor de normas jurídicas a las que se auto subordina, lo que por sí solo era insuficiente para caracterizarlo.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta corriente tuvo un error metodológico de carácter innecesario.

El error metodológico consistió en que al identificar Estado de Derecho y sistema democrático, ante la incuestionable insuficiencia del concepto positivo formal de Estado de Derecho, esta corriente quitó dicho concepto de la órbita de la ciencia jurídica a la que pertenece, por la siguiente razón.

Ya desde la antigua Grecia –en el siglo V antes de Cristo–, a partir de HERODOTO, pasando por PLATÓN y luego ARISTÓTELES, la democracia fue concebida como una forma de gobierno determinada, es decir, como una de las formas en que podía ejercerse el poder dentro de las polis griegas, que en su caso, era la forma de gobierno de las mayorías.

A su vez, a partir del “individualismo optimista” del siglo XVIII evocado al inicio de este estudio, la democracia fue retomada como forma de gobierno, de un modo tal que proyectó lo que sería su contemporáneo carácter político liberal. Así, fue concebida como un modelo político de gobierno para el libre desarrollo del pueblo, pues del conjunto de derechos reconocidos al individuo, la libertad individual era el valor primordial, dado que aparecía como el que permitía el logro de las aspiraciones, la felicidad e incluso la igualdad⁵⁴.

Se planteaba que la democracia era el sistema político más eficaz para la protección del ejercicio de la libertad, dado que permitía reflejar la diversidad de opiniones emitidas libremente en el seno de sociedad, en el gobierno de la gestión de las políticas públicas, lo que implicaba la existencia de formaciones políticas que se alternaran en el poder para la ejecución de dichas políticas y la existencia de un parlamento, con mayorías y minorías, para el auto control político⁵⁵.

54 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 378.

55 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., págs. 378 y 379.

Esta idea político gubernativa primigenia de democracia ha permanecido en el tiempo⁵⁶, por más que el concepto haya evolucionado hacia nociones más complejas como ser “estructura gubernamental”⁵⁷, “sistema de gobierno”⁵⁸ o “sistema de instituciones”⁵⁹. El origen y el carácter político gubernativo de la democracia como concepto, instituto o sistema es entonces innegable, por más que luego haya sido recogida por gran parte de los Estados occidentales en sus Órdenes Jurídicos, en particular en sus Constituciones.

Véase entonces que si bien el concepto contemporáneo de democracia y el de “Estado de Derecho” tuvieron un punto de origen histórico común, constituyeron reacciones desde ángulos distintos a los modelos personalistas, absolutistas o policíacos de ejercicio del poder estatal, apuntando a aspectos ligados pero diferentes: a) en un plano político, la democracia, como una forma de gobierno donde el poder pasa a residir en los individuos que integran una sociedad; b) en un plano jurídico, el Estado de Derecho, como modelo de organización jurídica del Estado a partir del cual era posible limitar, desde el Derecho, el ejercicio del poder estatal, de modo jurídicamente efectivo.

Ambas reacciones fueron sin dudas paralelas, se retroalimentaron y de cierta forma se yuxtapusieron, pero pertenecen a planos diferentes.

Por tal motivo, en la medida que esta corriente recurrió a un elemento de carácter político, como factor esencial para definir un concepto que pertenece a la ciencia jurídica como es el Estado de Derecho, excedió los límites científicos de la teoría jurídica, lo que no aparece, desde este punto de vista, como lo más recomendable, pues la ciencia jurídica no se encarga de los aspectos políticos, axiológicos o de otra índole de los fenómenos existentes en la realidad⁶⁰.

A su vez, en términos generales, si para definir un concepto propio de la ciencia jurídica –como es el “Estado de Derecho”– se recurre a aspectos de tipo político, axiológico u otros ajenos a esta ciencia, de cuya verosimilitud esté convencido un grupo de hombres en una época determinada, se corre el riesgo de perpetuar –en actitud chauvinista– aspectos meta jurídicos dentro de una noción que no los contiene necesariamente, si bien, eventualmente, éstos podrían ajustarse al concepto jurídico.

A nuestro juicio, es lo que ocurre en la relación entre Estado de Derecho y democracia, pues si bien el concepto jurídico “Estado de Derecho” no la incluye necesariamente, la misma se ajusta perfectamente a los contornos y rasgos jurídicos de dicho concepto.

Por otro lado, como se mencionó al comienzo de este punto, el indicado error metodológico era innecesario, por la razón que se explica a continuación.

La identificación entre Estado de Derecho y sistema democrático que efectuó esta corriente derivó de la indudable insuficiencia del desarrollo positivo formal del concepto, como respuesta ante los pseudos “Estados autoritarios –totalitarios de Derecho”, con la plausible finalidad de brindar garantías políticas y sociales a los individuos, que completaran las muy escasas brindadas por el concepto formal de “Estado de Derecho”.

Sin embargo, no era menester efectuar dicha operación, pues bastaba con recurrir a la matriz genética jurídica del concepto de “Estado de Derecho”, cristalizada por los autores alemanes del siglo XIX, más extensa y garantista que la restringida noción positivista formal.

Esto pues, como se ha expuesto, la matriz genética jurídica del concepto de “Estado de Derecho” no se restringía a la autolimitación del Estado por las normas jurídicas que dicta –como sostenía el positivismo formalista–, sino que además hacía hincapié en la finalidad de la subordinación del Estado al Orden Jurídico –protección de los derechos de los individuos–, así como en la garantía de efectividad de dicha sumisión, factores que son más que suficientes para impedir la calificación de los Estados autoritarios –totalitarios como Estados de Derecho, como ya se analizó.

Como conclusión, cabe señalar que si bien la democracia se ajusta al concepto jurídico del “Estado de Derecho” y a su matriz genética, esta noción y su matriz podrían admitir otras formas políticas de gobierno, lo que no implica en absoluto que contemplen formas autoritarias de gobierno, como fue indicado y demostrado en el parágrafo anterior y en el punto 2.3 del Capítulo II.

56 Véase por ejemplo la definición que hizo Abraham LINCOLN de democracia, en un discurso pronunciado en Gettysburg el 19 de noviembre de 1863: “La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”, fórmula que a su vez fue recogida textualmente en el Artículo 2º de las Constituciones francesas de 1946 y 1958. Fuente: HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 377.

57 HARIOU, GICQUEL, y GÉLARD, ob. cit., pág. 377.

58 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, “Teoría del Gobierno” Tomo I, ob. cit., págs. 151 y 152: lo define como “sistema democrático representativo de gobierno”, dentro del cual identifica una serie de institutos propios.

59 Dardo REGULES, citado por CAGNONI, José Aníbal, “Democracia y Estado de Derecho” publicado en “Estudios sobre el Estado de Democrático y Social de Derecho”, Montevideo – 1989, págs. 15 y 16.

60 WALINE citado por REAL, ob. cit., 615.

4. Estado de Derecho y Estados de bienestar y social.

El origen del Estado de bienestar y luego del Estado social, se encuentra ya en la Prusia de Bismark, hacia fines del siglo XIX, a partir de una serie de medidas adoptadas por el Estado, como un impulso para frenar los problemas de miseria económica y marginalidad social que amenazaban la estabilidad del naciente Imperio Alemán, despuntando así un nuevo fin del Estado: el social⁶¹.

Paulatinamente, como ocurrió con la Constitución de Weimar de 1919 y otras posteriores –en Uruguay, Constitución de 1934-, se inauguró la práctica de incluir en la parte dogmática de las Cartas Magnas, el reconocimiento de derechos económicos y sociales a los individuos –conocidos como derechos de segunda generación-, así como planes de acción social para el Estado.

Paralelamente, los anglosajones desarrollaron hacia 1930 la idea de lo que denominaron “Estado de bienestar, providente o prestacional”, como aquel que extiende deliberadamente sus actividades hacia el logro de un determinado fin: el bienestar social⁶².

Estos aspectos confluyeron en el desarrollo del llamado “Estado social”, también orientado hacia el fin de lograr el bienestar social, pero no ya desde la perspectiva asistencialista del “Estado de bienestar”, sino impregnando de ese fin social al Derecho y a las estructuras de la organización del Estado, lo que se reproduce en una ampliación de los cometidos para su consecución⁶³. Este modelo fue recogido por la Constitución de Bonn de 1949, la italiana de 1947, la española de 1978, entre otras, siendo el vigente en Uruguay.

En síntesis, el “Estado de bienestar” y el “Estado social” perfilaron su característica común en no haberse limitado solamente a cumplir con el fin primario del “Estado gendarme”, de controlar, prevenir y reprimir invasiones a los derechos individuales, sino por haber extendido sus fines hacia el logro del bien socio económico común de los individuos que integran la sociedad, a través de una actitud activa e intervencionista del Estado en la misma.

En atención a estos nuevos fines, ambos modelos estatales incorporaron un nuevo principio regulador de la relación entre el Estado y la sociedad: el de “*subsidiariedad*”, que implica básicamente que el Estado es un ente orientado hacia la satisfacción del interés general, con un deber de ayuda para el logro de intereses específicos particulares en tanto convergentes al interés general⁶⁴.

La diferencia entre “Estado de bienestar” y “Estado social” radica en que mientras el primero se quedó con un carácter asistencialista y “nodrizo”, el segundo alineó hacia el logro de sus fines, al aparato estatal, al Derecho, así como a sus cometidos, funciones y actividades jurídicas y materiales, en aras de transformar las condiciones socio económicas de la vida humana⁶⁵.

4.1. La visión de los Estados de bienestar y social, como modelos evolucionados del Estado de Derecho.

Algunos autores han planteado que los Estados de bienestar y social son modelos que se han desprendido y han desarrollado el de Estado de Derecho e incluso, hasta pretendieron ver cierta dicotomía entre ellos.

Quienes efectuaron este planteo, partían del concepto positivo formal de “Estado de Derecho”, identificándolo a su vez con el Estado “gendarme” o liberal clásico, en cuanto a sus fines⁶⁶.

Señalaban así, que el Estado de Derecho era un concepto por el cual se restringía el rol del Estado al dictado de normas jurídicas por las cuales auto limitaba su actuación y su poder, con el fin de defender las libertades de los individuos, sin otro tipo de intervención en la sociedad, dejando hacer y pasar.

61 CEA EGAÑA, José Luis, “Presente y futuro del Estado social de Derecho” en Revista de Derecho de la Universidad Católica Tomo VII, pág. 209.

62 CAGNONI, José Aníbal, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad” publicado en “Estudios sobre el Estado de Democrático y Social de Derecho”, Montevideo – 1989, pág. 46. En igual sentido: CEA EGAÑA, ob. cit., pág. 210, el cual refiere a una definición de Fritz NEUMANN, a partir de la cual define al Estado de bienestar como “*aquel orientado a procurar la existencia digna de todos los habitantes en su territorio, cubriendo los derechos a la educación y enseñanza, a la protección de la salud y a la higiene pública, a la vivienda, al descanso y a la seguridad social frente a las situaciones de necesidad colectiva*”.

63 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., págs. 46 y 47. En similar sentido: CEA EGAÑA, ob. cit., pág. 208.

64 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 54.

65 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 46.

66 TREVES, Giuseppino, ob. cit., págs. 409 y 410. En este sentido: REAL, ob. cit., pág. 604, quien con suma lucidez indicaba: “*a menudo la confusión de estos conceptos ha sido utilizada por los enemigos, en potencia, del Estado de derecho para desacreditarlo, llamándole Estado burgués de derecho*”.

Por lo tanto, indicaban que, mientras el Estado de Derecho así entendido se regía por el Principio de legalidad o juridicidad, de estricto apego a la norma jurídica, el Estado de bienestar o social pasa a regirse por el referido Principio de subsidiariedad, de intervención positiva en la sociedad para el logro del bien socio económico común⁶⁷.

Así, concluían, el Estado de bienestar o social, constituía una evolución, un desarrollo del Estado de Derecho⁶⁸, partiendo de que éste tenía el sentido restringido indicado.

4.2. Análisis de la referida visión, a la luz de la matriz genética del concepto “Estado de Derecho”.

En primer lugar, al igual que los democraticistas, quienes aportaron esta visión partieron de una concepción restringida de Estado de Derecho –la del formalismo positivista-, que es incompleta en virtud de que no contempla todos los aspectos pautados por la matriz jurídico genética del mismo, la cual ha sido desarrollada a lo largo de este estudio.

En segundo lugar, sostener que los Estados de bienestar y social son modelos desarrollados y desprendidos del Estado de Derecho, implica cometer un error metodológico en el análisis del fenómeno Estado, por lo siguiente.

Como se señaló en el Capítulo I, el Estado aparece como un fenómeno heterogéneo, complejo, que presenta diversas aristas particulares, las cuales requieren ser tratadas desde distintos ángulos o planos, que pueden y deben ser complementarios, pero que son diferentes al fin, lo que implica que cada uno tiene coordenadas analíticas autónomas que deben ser respetadas.

Así, por los motivos explicados, la noción de “Estado de Derecho” pertenece a la ciencia jurídica, es decir, constituye el análisis del fenómeno Estado, desde el punto de vista objeto de esta ciencia, pudiendo un Estado ser “de Derecho”, en la medida que se ajuste a su matriz genética.

En cambio, la calificación de un Estado como “gendarme” o como “de bienestar” o “social”, apunta a otro plano de análisis del fenómeno Estado en la realidad: a la de la relación de ese Estado con la sociedad en su conjunto, al grado de intervención de éste en la misma, que puede variar en cada caso⁶⁹.

Se trata entonces de la definición de los fines del Estado en relación a la sociedad, concepto en sí mismo meta jurídico⁷⁰, por las razones expuestas en los dos párrafos anteriores, por más que luego los fines definidos por ese Estado se vean reflejados de forma diversa en su Constitución.

Dicho esto, queda claro que no es correcto plantear que los Estados de bienestar o social son modelos desarrollados del Estado de Derecho, en la medida que se está analizando al fenómeno Estado desde dos planos distintos.

Un Estado, en tanto cumpla con todos los aspectos propios de la matriz genética del concepto de “Estado de Derecho”, podrá ser calificado como tal y a la vez, según los fines que hubiese definido respecto a la sociedad, podrá ser calificado como “gendarme” o “benefactor” o “social” u otra categoría atinente a sus fines, que pudiese idearse.

En síntesis, “Estado de Derecho” y “Estado benefactor” o “social”, no son excluyentes, sino dos formas en las que puede ser calificado un mismo Estado, en atención a perspectivas diferentes.

Más aún, si en virtud de lo expuesto, un Estado es calificado como “de Derecho” y a su vez, como “social”, la propia matriz genético jurídica de dicho Estado estará orientada a tutelar el fin de bienestar social elegido el mismo, pues: a) las normas jurídicas que definan los límites de la actuación del Estado, estarán inficionadas por el fin elegido, dado que los cometidos, las funciones y actividades establecidas por tales normas para su logro, estarán alineadas y ordenadas hacia la consecución de dicho fin; b) la finalidad de dicho Estado de Derecho, será la de tutelar los derechos de los individuos, lo que incluye, en virtud del fin social asumido, no solamente a los derechos políticos de primera generación, sino también a los socio económicos de segunda generación; c) por último, la garantía de efectividad de la subordinación del Estado a un Orden Jurídico con tales características, así como con la finalidad señalada, asegura razonablemente su cumplimiento.

67 TREVES, ob. cit., pág. 410. CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 45, señala en este sentido: “*tampoco tiene razón de ser el Principio de subsidiariedad, en el denominado Estado de Derecho, en su versión o etapa originaria imbuida por el espíritu liberal clásico, individualista*”.

68 TREVES, ob. cit., pág. 411; CEA EGAÑA, ob. cit., pág. 213.

69 En este sentido ver: WEBER, Max, “Economía y Sociedad”, Fondo de Cultura Económica – México, 8ª reimpresión de la 2ª edición en español, págs. 44 y 1055.

70 CAGNONI, “Estado y Sociedad – El principio de subsidiariedad”, ob. cit., pág. 48.

5. Finalismo: la posición de Alberto Ramón REAL.

El finalismo fue un movimiento general de reacción contra la concepción positivo formalista del Derecho y del Estado de Derecho -analizada en el punto 1 del Capítulo I-, que concebía a tales conceptos como un “algo para”, es decir, como realidades ordenadas hacia la conquista de una finalidad, de un “telos”⁷¹.

En ese marco, REAL forjó con lucidez su posición respecto al concepto de “Estado de Derecho”, denominándola como “finalismo personalista”.

Para afirmar el carácter “finalista” del Estado de Derecho, citó y adoptó la posición de CARRÉ de MALBERG, en los siguientes términos: “*el fin del Estado de Derecho*” es “*la garantía del estatuto individual*”, agregando “*que el régimen del Estado de derecho es concebido en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades éticas*”⁷².

Es decir, afirmaba REAL, la noción de “Estado de Derecho” supone, en su esencia jurídico conceptual abstracta, una finalidad y esta es la de “*tutelar los derechos humanos*”⁷³.

Con esta afirmación comprendió, acertadamente, la protección de todos los derechos propios del ser humano reconocidos o declarados por el Orden Jurídico de cada Estado, así como aquellos expresamente consagrados a los individuos –a nivel de la Constitución-, lo cual engloba: a) a los derechos civiles y políticos de primera generación; b) pero también, según la realidad jurídico constitucional concreta de cada Estado, a los derechos económicos y sociales de segunda generación e incluso, a los derechos de tercera generación, como es el derecho a la protección del medio ambiente.

A partir de este concepto, REAL analizó la realidad jurídico constitucional concreta del Estado uruguayo, constatando que en la misma se consagra, por un lado, un sistema democrático republicano de gobierno de tipo personalista –refiriendo a los Artículos 72 “*derechos inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno*” y 82 “*la Nación adopta para su Gobierno la forma democrático republicana*”, de nuestra Constitución-; por el otro, un Estado que tiene, en virtud de sus fines, carácter social –citando los Artículos 40 a 71 de la Constitución-⁷⁴.

Como consecuencia de ello, concluía que dentro del Estado de Derecho uruguayo, los individuos eran titulares de derechos civiles y políticos inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno, así como de derechos económicos y sociales, cuya protección debía ser el fin de nuestro Estado, así como el fin de la sumisión del mismo al Orden Jurídico.

Finalmente, por lo expuesto, cabe señalar que el “finalismo personalista” de REAL se ajusta perfectamente a la matriz genético jurídica del concepto de “Estado de Derecho”, pues hizo un debido hincapié en uno de los elementos de dicha matriz: el teleológico.

A su vez, su operación metodológica fue, a nuestro juicio, la adecuada, pues, en primer término, efectuó el análisis abstracto del concepto “Estado de Derecho” o más precisamente de su finalidad, desde un plano estrictamente jurídico, para recién luego aplicar su concepción a la realidad constitucional particular del Estado uruguayo.

IV. PROPUESTA.

Efectuado este recorrido histórico dogmático sobre el concepto “Estado de Derecho”, nos queda en la retina la reflexión que hacía Justino JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, como punto de partida para definir dicha noción.

¿Cualquier Estado puede ser calificado como Estado de Derecho, en tanto produzca normas jurídicas? La respuesta es claramente negativa.

Ahora, debemos cuestionarnos, cómo podemos delimitar el concepto de “Estado de Derecho”, sin caer en el error de tipo metodológico de identificarlo con aspectos meta jurídicos y a su vez, sin que el concepto quede abierto de forma tal, que se corra el riesgo de que pueda ser utilizado para la calificación de Estados que no son realmente tales, como ocurrió con los autoritarios.

A estos efectos, plantearemos dos premisas desprendidas del análisis evolutivo realizado, para luego desembocar en una propuesta de definición del concepto de “Estado de Derecho”.

71 JIMÉNEZ de ARÉCHAGA, Justino, “La Constitución Nacional” Tomo I, págs. 134 a 137.

72 REAL, ob. cit., pág. 603.

73 REAL, ob. cit., pág. 604.

74 REAL, ob. cit., págs. 604 y 605.

1. Premisas.

1.1. Primer premisa: el concepto de “Estado de Derecho” pertenece a la ciencia jurídica.

A partir de los fundamentos expuestos, es posible afirmar que la creación de la expresión “Estado de Derecho” y la elaboración intencional de su concepto, se forjó desde la ciencia jurídica, con los autores germanos del siglo XIX –sustentados en las razones ideológico jurídicas y normativo jurídicas, que el movimiento del siglo XVIII aportó–, como una respuesta desde el Derecho, a los modelos personalistas, absolutistas, policíacos y arbitrarios de ejercicio del poder estatal.

El “Estado de Derecho” fue ideado por estos autores, como un modelo de organización jurídica del Estado, a partir del cual era posible limitar desde el Derecho, el ejercicio del poder estatal, de modo jurídicamente efectivo.

Por tanto, el concepto de “Estado de Derecho”, implica necesariamente considerar al complejo fenómeno “Estado”, en una de las distintas perspectivas a partir de las cuales se lo puede analizar: la jurídica, lo que ineludiblemente lo integra como objeto de estudio de la ciencia homónima, como se señaló en el Capítulo I.

Como tal, la expresión refiere sólo a uno de los aspectos del fenómeno “Estado” –el jurídico–, lo cual no significa negar que el Estado, como fenómeno complejo que es, se nutre además de aspectos políticos, sociales, económicos, religiosos u otros. Sino que sólo significa admitir que el concepto de “Estado de Derecho”, define al Estado únicamente en uno de sus manifestaciones como fenómeno que existe en la realidad.

Por tal motivo, metodológicamente, el concepto de “Estado de Derecho” no debe definirse a partir de un determinado sistema político de gobierno, así como a partir de ningún otro elemento meta jurídico, como pueden ser sus fines o la adopción de una religión determinada –por citar un ejemplo–, aún cuando éstos hubiesen sido adoptados jurídicamente por el Estado, en su Constitución.

En consecuencia y por las razones expuestas, es la ciencia jurídica la que debe perfilar los rasgos y caracteres jurídicos que identifiquen al Estado de Derecho, con el sentido garantista con que fue ideado en su origen.

Será recién a partir de esa noción jurídica de “Estado de Derecho”, que se estará en una adecuada posición para analizar en cada caso concreto, si un Estado puede ser calificado o no, como Estado de Derecho.

Así, por ejemplo, si un Estado determinado ha consagrado –entre otros aspectos– un sistema político de gobierno en su Constitución que se ajusta a los caracteres jurídicos del concepto de “Estado de Derecho”, estaremos ante uno, en caso contrario no.

Con esto queremos significar que si bien el sistema de gobierno de tipo democrático, en virtud de sus características, se ajusta a la perfección a los caracteres del concepto de “Estado de Derecho”, ello no quita que un Estado, actual o futuro, que consagre en su Constitución otra forma de gobierno, cuyas características se ajusten al modelo jurídico del Estado de Derecho, pueda ser calificado como tal. Con humildad intelectual, pero con estricto rigor técnico, habrá que analizar el caso concreto de cada Estado, a la luz de este concepto.

1.2. Segunda premisa: las características jurídicas del concepto de “Estado de Derecho” se extraen de su matriz genética.

Dentro del concepto de “Estado de Derecho”, acuñado por los autores germanos del siglo XIX, es posible identificar una serie de pautas jurídicas que constituyen la matriz genética del mismo, como ya se ha indicado.

Esta matriz es imposible de soslayar, pues refleja el motivo, la finalidad y el modo en que fue pensado el concepto de “Estado de Derecho”, por lo que sus características se deberán perfilar y profundizar a partir de la misma.

Además, la matriz permite conformar un concepto complejo de “Estado de Derecho”, que no lo limita a una noción jurídica formal, a una mera estructura formal vacía, como sucedió con los desarrollos del positivismo formalista.

Sino que como ya analizamos, la misma es jurídicamente sustancial, pues contiene dentro de sí un núcleo conceptual definido, una finalidad determinada y una garantía de eficacia que cierra herméticamente el concepto, todo lo cual elimina el riesgo de que el mismo pueda ser utilizado para la calificación de Estados que no son realmente tales, como los totalitarios –autoritarios–.

Finalmente, los desarrollos conceptuales posteriores a la fijación de esta matriz genética, deben ser tomados en cuenta para la definición del concepto de “Estado de Derecho”, en tanto se ajusten, enriquezcan y profundicen sus elementos.

2. Definición.

Partiendo de la matriz genética del concepto de “Estado de Derecho”, su definición debe construirse y estructurarse sobre la base de tres elementos que deberán coexistir simultáneamente dentro de un Estado: uno jurídico nuclear, otro jurídico teleológico y finalmente, uno jurídico garantista o consecuencial.

1°. *El elemento jurídico nuclear.* El Estado de Derecho es un Estado que se somete a sí mismo a un régimen de Derecho, a un conjunto de normas que el mismo ha dictado y que conforman un Orden Jurídico. Ello implica que en esta clase de Estados, el Orden Jurídico vigente no solamente subordina a la actividad de los “gobernados”, sino también a la del Estado y a la de quienes expresan su voluntad, o sea, los gobernantes y los funcionarios estatales que integran sus cuadros administrativos.

Estas normas de Derecho a las que debe subordinarse el Estado -así como gobernantes y funcionarios estatales- pueden dividirse en dos categorías.

En primer lugar, las normas jurídicas que le atribuyen sus cometidos, así como las que establecen las funciones que éste puede realizar de acuerdo a dichos cometidos y las potestades o poderes jurídicos para la ejecución de los cometidos atribuidos.

Esto significa que el Estado, así como los gobernantes y los funcionarios en el ejercicio de sus funciones como tales, solo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido por el Orden jurídico, a través de los poderes, funciones y demás medios establecidos previamente por reglas de Derecho, sin perjuicio de aquellos poderes o medios no expresamente previstos, pero que se ajusten y sean de estricta necesidad para la ejecución de un cometido.

Este concepto ha sido encapsulado dentro de lo que se ha denominado como “Principio de especialidad”⁷⁵ o “Principio de legalidad”⁷⁶, al cual por razones de precisión técnico jurídica, es preferible denominar “Principio de juridicidad”, dado que refiere al necesario ajuste de la actuación del Estado a todo el Orden Jurídico vigente, es decir, no sólo a la Ley, sino también a las normas de Derecho Internacional, la Constitución y otras de menor jerarquía.

Por lo que, todo acto que realice el Estado -a través de las personas que expresan su voluntad-, vulnerando esta categoría de normas jurídicas, deberá ser considerado antijurídico.

En segundo lugar, como se ha adelantado a lo largo de este estudio y se profundizará a continuación, la finalidad por la cual el Estado se somete a este régimen de Derecho es la de tutelar y proteger los derechos fundamentales de los individuos. Por tanto, la otra categoría de normas jurídica que el Estado debe respetar obligatoriamente en su actuación, es la que contiene al conjunto de reglas que reconocen o declaran derechos fundamentales al individuo, así como aquellas que los consagran.

Dentro de ellas quedan comprendidas tanto las que reconozcan, declaren o consagren derechos fundamentales civiles y políticos -primera generación-, como las que reconozcan, declaren o consagren los económicos y sociales -de segunda generación- y de tercera generación u otros que puedan concebirse, dependiendo de la realidad jurídico constitucional de cada Estado.

2°. *El elemento jurídico teleológico.* La referida subordinación del Estado al Orden Jurídico no es una mera exigencia legalista formal, sino que tiene una razón de ser esencial, una finalidad hacia la cual debe estar orientada: tutelar y proteger los derechos fundamentales de los seres humanos, cualquiera sea su naturaleza o contenido -civiles y políticos, económicos y sociales, de tercera generación u otros que puedan concebirse-.

Para el Estado, la protección del conjunto de derechos fundamentales no solamente implica el respeto, sino también la garantía de los mismos, así como brindar seguridad respecto a un armónico y razonable relacionamiento de éstos entre sí, para su efectivo goce por los individuos.

Esta finalidad estaba insita en la creación de la expresión “Estado de Derecho” y en la elaboración intencional de su concepto por los alemanes del siglo XIX, pues, como se ha analizado, el Estado de Derecho no fue concebido como un ente al servicio de sí mismo, sino de los ciudadanos, de los individuos, cuya misión era la de preservarlos y defenderlos contra las arbitrariedades de las autoridades de gobierno que ejercieran el poder del Estado.

75 En este sentido: SAYAGUÉS LASO, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I, 8ª edición, Montevideo - año 2002, págs. 183 y siguientes; MÉNDEZ MANFREDINI, Aparicio; “Teoría del Órgano”, edición definitiva, Montevideo - año 1971, págs. 123 y 129. Respecto a los “poderes implícitos”: RISSO FERRAND, Martín, “Derecho Constitucional” Tomo III, Montevideo - 1998, pág. 72; KORZENIAK, José, “Derecho Constitucional 2º”, F.C.U., Montevideo - 1987, págs. 79 y 80.

76 En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón, “Curso de Derecho Administrativo” Tomo I, reimpresión de la 8ª edición, editorial Civitas, Madrid - 1998, págs. 413 y 414.

En síntesis, el Estado de Derecho es un Estado que existe al servicio de los individuos y de sus derechos fundamentales.

3°. *El elemento jurídico garantista o consecuencial.* Finalmente, para que un Estado de Derecho cuaje, se configure como tal, es necesario que dentro del Orden Jurídico hayan sido expresamente consagrados, medios jurídicos eficaces que aseguren con certeza y razonabilidad, que el Estado se someterá a las reglas de Derecho con la finalidad indicada y que en caso de no hacerlo, esta situación podrá ser corregida.

Es decir, que los actos realizados en ejercicio del poder estatal, no se excederán del cauce delimitado por los dos elementos anteriores: el jurídico nuclear y el jurídico teleológico y que en su caso, podrán ser reencauzados.

Este elemento es una consecuencia necesaria, para que los otros dos elementos tengan sentido, pues, sin esta garantía, el Estado de Derecho y todo lo que éste implica, se desvanece en el aire.

Estas garantías son las siguientes.

En primer lugar, la existencia de un sistema complejo de responsabilidad que comprenda la del Estado, los gobernantes y los funcionarios estatales, sea ésta de naturaleza civil, penal, administrativa y política, según el caso, ante la violación del Orden Jurídico en su actuación.

En segundo lugar, existencia de procedimientos jurídicos, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, a partir de los cuales se puedan corregir los actos dictados por el Estado en violación de las reglas de Derecho, a los cuales puedan acceder todos los sujetos de derecho, personas físicas o jurídicas.

En tercer lugar, la existencia de jueces independientes con jurisdicción o poder para juzgar aquellos casos planteados por cualquier sujeto de derecho que se sienta dañado por un acto, hecho u omisión del Estado, en donde esté en juego su responsabilidad, así como aquellos casos planteados por cualquier sujeto que entienda que ha sido lesionado por un acto dictado por el Estado, en contravención del Orden Jurídico a cuyo cumplimiento está obligado.

Esta garantía sólo estará debidamente asegurada, si la realidad jurídico constitucional del Estado cuenta con un adecuado régimen de separación de los poderes o las funciones de administrar y de juzgar, así como de legislar.

En cuarto y último lugar, la existencia de controles propios del Estado, que sean activados por él mismo, previstos para fiscalizar la juridicidad de los actos o actividades realizados por sus Órganos, sean controles internos o externos a dichos Órganos. Cabe indicar que el control de juridicidad incluye a la eficacia y eficiencia, como principios jurídicos para evaluar la gestión administrativa, dado que actualmente se los debe considerar inscriptos en los Ordenes Jurídicos.

Esta enumeración no excluye otras garantías que pudiesen idearse, en tanto estén alineadas con los conceptos vertidos.

3. Conclusión.

El análisis de cada Estado, a la luz de los tres elementos considerados de forma conjunta, permitirá calificarlo o no como un "Estado de Derecho".

Estos elementos jurídicos deben ser conceptualmente visualizados como tres círculos concéntricos: a) el primero y más pequeño determinado por el elemento nuclear; b) el segundo conteniendo al primero, por el teleológico; c) el tercero, asegurando todo el concepto, por el consecuencial o garantista.

Estos tres círculos concéntricos dan la medida del contorno jurídico que define a un Estado que es de Derecho, como barreras que el Derecho pone al poder estatal al perpetuo servicio de los individuos, para su defensa frente a abusos, arbitrariedades y comportamientos omisos del Estado.

Desde este punto de vista, el Estado de Derecho representa el continente de los factores políticos, sociales u otros de tipo meta jurídico, que nutren al complejo fenómeno "Estado" en la realidad y constituyen su contenido. Dicho continente es flexible, dado que puede ajustarse a las diversas formas que asuma ese contenido, siempre éste que no exceda los círculos de su contorno.

DELITO EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO¹

MARTÍN PECOY TAQUE²

1. INTRODUCCIÓN.

La compra y venta de productos o de servicios a través de medios electrónicos, ha sido desarrollado tremendamente en la última década, al punto de que principalmente se concentra en las ventas a través de Internet.

Mucho ha recorrido esta metodología desde aquellas primeras ventas por catálogo del siglo XIX, disminuyéndose los costos y prescindiéndose de intermediarios.

Acompañando estos avances técnicos, la delincuencia ha adoptado esta herramienta tecnológica, utilizándola como medio y objeto de actos ilícitos. Así, son básicamente cuatro conductas las que los Estados pretenden punir a nivel comparado: 1) estafa informática, 2) falsificación de documentos electrónicos, 3) publicidad engañosa, y 4) sustracción de datos personales.

2. ESTAFA INFORMÁTICA.

2.1. Incumplimientos contractuales y delito de estafa.

Cuando transcurren los plazos razonables, luego de que el consumidor pagó el precio, pero no recibió producto que compró, entonces se comienza a pensar en el ámbito penal.

Si se utilizan artilugios informáticos como herramientas para inducir en error a los internautas, cómodamente estos artificios se pueden interpretar como estratagemas, usados para inducir en error al usuario, y de esa manera el reato se percibe como estafa.

Los ejemplos más frecuentes en la red son los siguientes:

- Felicitaciones usted es el visitante 1.000.000. Haga click aquí para cobrar su premio.
- Usted ha ganado el nuevo Iphone 4 en nuestro sorteo mensual. Haga click aquí para cobrar su premio.

Pero existen modalidades en que el engaño no recae sobre la persona física, por lo que la estafa es inaplicable. Tal es el caso de la Denegación de Servicio de Nombres de Dominio, porque es al sistema al que se le hace caer en error. El sujeto ha modificado de tal manera los códigos del sitio web, que logra desviar al internauta a un sitio web distinto de aquel que tecleó.

Pero atención en este punto, porque nos ponemos de acuerdo en castigar estos engaños en páginas web, y, sin embargo, ni se nos pasa por la cabeza cómo calificaremos la conducta de las empresas que con ataques de saturación bloquean un sitio web, como supuesta defensa válida ante aquellas páginas donde se publican obras protegidas por derechos de autor.

¿Allí no hay afectación de bien jurídico? ¿No se asemeja esa conducta a una justicia por la propia mano³ porque “puede recurrir a la autoridad”? El Uruguay se debe este debate.

1 Fragmento de la Ponencia presentada en las 12as. Jornadas Académicas del Instituto de Derecho Informático, “Comercio Electrónico”, el día 16 de junio de 2011, en el Salón de Actos Torre Ejecutiva, Presidencia de la República, Plaza Independencia, con el apoyo de la Fundación de Cultura Universitaria.

2 Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Montevideo. Profesor de Postgrado en Derecho Penal Económico en la Universidad de Montevideo.

3 Artículo 198 Código Penal: “El que, con el fin de ejercitar un derecho real o presunto, se hiciera justicia por su mano, con violencia en las personas o las cosas, en los casos en que puede recurrir a la autoridad, será castigado con 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 800 U.R. (ochocientas unidades reajustables) de multa.

Concorre la violencia en las cosas, cuando se daña, se transforma o se cambia su destino.”

2.2. Phishing o simulación de identidad online.

Se trata de adquirir información confidencial en forma fraudulenta, duplicando la apariencia de sitios web para hacerse pasar por una entidad de confianza, y así solicitar al cliente la actualización de su información.

Se han observado tres formas de phishing que podrían describirse de esta manera:

1. Copia idéntica de un sitio web y solicitud de autenticación o actualización de datos (cambio de nombres del sitio original para que sean similares, o uso de rutinas de *javascript* para que se apliquen al abrir el sitio original, sobrescribiendo la dirección real en la del sitio web simulado).
2. *Spoofing* o ataque homógrafo (el nombre de dominio es muy similar al original, por ejemplo cambiando la letra "I" por el número "1", una diferencia casi imperceptible para el usuario).
3. Lavado de dinero a través de ofertas de trabajo en casa con alta rentabilidad (se ofrece en Internet grandes sumas de dinero a quien identifique su número de cuenta para el pago).

Muchas de estas conductas pueden ser perfeccionadas utilizando virus informáticos, que generen ventanas de autenticación ficticias, a partir de las cuales se engaña al usuario para que revele su información.

Nótese aquí que resultaría aplicable en parte el tipo del artículo 297 del Código Penal uruguayo⁴, siempre que se obstruya una comunicación vía mail⁵, con la utilización de los virus (o incluso spam), en cuyo caso se habrá incurrido en el delito por utilizar los virus como "artificio" (todo lo cual es un desarrollo en aplicación de la interpretación extensiva del tipo⁶).

Doctrina, doctrina y más doctrina, pero el castigo penal sólo se justifica cuando una ley previa, estricta y escrita prevé la conducta como delito.

La tipificación de estas conductas es necesaria para algunos, y de hecho varias jurisdicciones proceden en tal sentido, pero preferimos mantener una postura restrictiva, conforme la cual ello no es recomendable, porque contar con la información sin hacer uso de ella es un acto preparatorio, o, según el caso, un acto ilícito pero completamente atípico para el Derecho Penal (no delictivo).

3. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

La doctrina comparada entiende que existen hipótesis de falsificación que se traducen en suplantación de identidad, aún cuando ni siquiera se han presentado físicamente los documentos, ya que alcanza con la mera introducción de números en un formulario, y se destaca que, por ejemplo, la utilización -en Estados Unidos- del número de seguro social como documento de identificación, dá lugar a que quien tenga ese número y el nombre de la persona a que corresponde, entonces podría conseguir un provecho económico en perjuicio ajeno.⁷ En buen romance, eso significa que comprar por Internet indicando el número de seguro social ajeno, sería una falsificación.

4 "Artículo 297 (Interceptación de noticia, telegráfica o telefónica). El que, valiéndose de artificios, intercepta una comunicación telegráfica o telefónica, la impide o la interrumpe, será castigado con multa de 20 U.R. (veinte unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables)."

5 Así lo ha entendido LANGON. Ver LANGON CUÑARRO, Miguel "Código Penal y Leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay", Tomo II, volumen II, Editorial Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, año 2005, página 191.

6 Que según CAIROLI "permite extender la palabra de la ley a situaciones que en principio parecen no estar comprendidas. Se trata de ampliar la palabra de la ley para captar su sentido, pero teniendo precaución de no franquear los límites y penetrar en la analogía, lo que sí estaría prohibido." Ver CAIROLI MARTINEZ, Milton. «Es posible proteger penalmente el software». Publicado en "Protección jurídica del Software" Ciclo de conferencias organizado por el Instituto de Investigación jurídica "Centro Interamericano de Estudios Miradores". Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, página 31.

7 Ver FARALDO CABANA, Patricia. "Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico". Publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, 3^a. Época, N° 3 (2010). Ver página 75: "el hecho de que en los Estados Unidos se utilice como dato identificativo fundamental el número de la seguridad social (SSN, Social Security number), que no nació con dicho propósito, sino para mantener un adecuado registro de las ganancias, careciendo de sistemas de seguridad adecuados, da lugar a que sea relativamente fácil hacerse pasar por otro simplemente contando con ese número. Por ej., acompañado de la fecha de nacimiento propia y de la madre basta para abrir una cuenta bancaria que se puede usar para blanquear cheques."

En nuestro país, y dado que el documento electrónico tiene la misma validez que el formato papel (ver Ley 18.600 y el reenvío que realiza el inciso segundo de su artículo 48), se puede aplicar sin inconvenientes a los casos de falsedades cometidas en el comercio electrónico, los tipos penales de falsificación de documentos regulados en el Código Penal uruguayo, en sus artículos 236 a 245.

Ahora bien, al igual que sucede en otros países, “La presentación de un documento de identidad, sea material o electrónico, auténtico pero perteneciente a otra persona para hacerse pasar por ella en el tráfico jurídico-económico no recibe sanción en nuestro Ordenamiento jurídico.”⁹

El Código Penal uruguayo cuenta con la figura de Uso de un documento o de un certificado falso, público o privado (artículo 243¹⁰), pero se trata de un delito que resulta aplicable cuando se verifica el presupuesto de la falsificación, por lo que no es una conducta delictiva introducir el número de documento de identidad ajeno en un formulario web, puesto que no es un actuar precedido de una contrafacción.

4. PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

Existen jurisdicciones que punen algunas formas de publicidad engañosa como una modalidad de competencia desleal, tal es el caso de la Ley federal contra la competencia desleal en Suiza, que en su artículo 23 castiga con pena de reclusión o de multa a quien realiza alegaciones falsas o susceptibles a inducir a error sobre su empresa, denominación comercial, artículos, productos o prestaciones, la cantidad disponible o sus relaciones comerciales, o favorece de modo análogo a terceros en la competencia.¹¹

Países como Brasil¹² y Japón¹³, o Argentina¹⁴ y Canadá¹⁵, castigan los actos anticompetitivos incluso con penas de reclusión. Otros, como Estados Unidos¹⁶, castigan a las empresas con multa y a las personas físicas con prisión

¿Qué es la publicidad engañosa? Para poner negro sobre blanco podemos decir que es hablar mal de la competencia, injuriarla. Hablar mal de la competencia no es, entre nosotros, un nuevo delito informático si se lo hace en la página web desde la que se desarrolla el comercio electrónico, sino que se trata de injurias, puras y simples injurias, castigadas por el artículo 334¹⁷ del Código Penal uruguayo.

Uruguay no prevé un delito de publicidad engañosa, rigiendo la disposición del artículo 24 de la Ley 17.250 que prohíbe la publicidad engañosa, pero no establece un delito para su persecución, dejándose en manos del Área Defensa del Consumidor la potestad sancionatoria en esta materia (artículo 45).

8 “Artículo 4. (Efectos legales de los documentos electrónicos).- Los documentos electrónicos satisfacen el requerimiento de escritura y tendrán el mismo valor y efectos jurídicos que los documentos escritos, salvo las excepciones legalmente consagradas.

El que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento electrónico, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 245 del Código Penal, según corresponda.”

9 FARALDO CABANA, Patricia. Ob. Cit. “Suplantación de identidad...” página 38.

10 Artículo 243 (*Uso de un documento o de un certificado falso, público o privado*). “El que, sin haber participado en la falsificación, hiciere uso de un documento o de un certificado, público o privado, será castigado con la cuarta parte a la mitad de la pena establecida para el respectivo delito.”

11 JAVATO MARTÍN, Antonio Ma. “La tutela penal del consumidor en el comercio electrónico en el derecho suizo.” Publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, página 5.

12 Ley 8884/1994 prevé sanciones de multa (artículos 20, 21, 23 y 24). Ver el texto de la ley en el sitio web del Sistema de Información sobre Comercio Exterior de OEA: <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Brazil/8884.asp>.

13 Ley 47/1993 y 116/1994 (artículo 13), que establece el castigo con multas y prisión con máximo tres años de reclusión. Ver el texto de la ley en el sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=128343.

14 Ley 25.156/1999 determina penas de multa e inhabilitación para ejercer el comercio (artículos 46 a 51). Ver el texto de la ley en el sitio web del Sistema de Información sobre Comercio Exterior de OEA: <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Argent/25156.asp>.

15 Competition Act de 1985 (Capítulo 34 Parte VI), que establece el castigo con prisión desde un año hasta cinco de reclusión, para una gran gama de conductas que van desde conspiración hasta doble facturación. Ver el texto de la ley en el sitio web del Sistema de Información sobre Comercio Exterior de OEA: <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Canada/cpact4.asp#PART VI>.

16 Ley Sherman Antitrust Act (15 U.S.C. Secciones 1-7), **modificada por la Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act de 2004.**

17 Artículo 334 (Injurias). “El que fuera de los casos previstos en el artículo precedente, ofendiere de cualquier manera, con palabras, escritos o hechos, el honor, la rectitud o el decoro de una persona, será castigado con pena de tres a dieciocho meses de prisión o multa de 60 U.R. (sesenta unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables).”

No obstante, en nuestro país, al igual que en otros regímenes jurídicos¹⁸, la protección del consumidor respecto de la publicidad engañosa, se traduce en normas que reprimen el uso fraudulento de las marcas registradas (tal como ocurre con el artículo 83 de la Ley 17.011, que castiga la fabricación, almacenamiento, distribución o comercialización de mercaderías con marcas falsificadas).

5. SUSTRACCIÓN DE DATOS PERSONALES.

En este punto, podemos decir que el descuido de los usuarios propicia gran parte de las conductas reprobadas, ya que los usuarios de Internet no suelen utilizar prácticas de navegación segura, como el bloqueo “*in private*”, o la verificación de que siempre acceden a direcciones precedidas de las letras “http”.

Aquí, la brecha digital resulta una gran fuente de vulnerabilidad en el comercio electrónico, porque ha sido explosiva la generación de nuevas tecnologías, y exponencial el desarrollo de las prestaciones que brinda la electrónica.

No resulta extraño entonces que la conducta más común, en cuanto a la protección de datos en el comercio electrónico, sea el robo de identidad.

Para la doctrina comparada no resulta dificultoso el encuadre de esa conducta como delito de estafa, ya que luego de obtenidos los datos personales de un individuo, se procede a realizar toda clase de operaciones para provecho del victimario, fingiendo ser la persona a la que se le extrajo su información sensible.

Sin embargo, otra es la consideración jurisprudencial que se observa en Derecho comparado, aún en los regímenes jurídicos que cuentan con una tipificación específica de la estafa informática. Tal es el caso de España, el artículo 248-2 de su Código Penal y la Sentencia del Juez del Juzgado de Lo Penal número 3 de Málaga (19 de diciembre de 2005),¹⁹ en que se absuelve a quienes realizaron una compra por Internet indicando, como medio de pago, un número de tarjeta de crédito ajena, porque no se verifica una “alteración, supresión u ocultación de datos existentes en el sistema”, ni tampoco “manipulaciones efectuadas no en los datos sino en la configuración del programa”, y principalmente porque “al ser inidóneo el engaño no cabe hablar de delito de estafa.”

Ahora bien, si el actuar del sujeto activo comporta dar a conocer datos personales ajenos contenidos en bases de datos a las que por su empleo tiene acceso, entonces por expreso mandato legal la figura aplicable es la revelación de secreto profesional (artículo 11 inciso 2°20 de la Ley 18.331).

Las nuevas tecnologías aplicadas a Internet permiten hoy, en 2011, que pequeños archivos, llamados *cookies* o galletas informáticas, guarden información temporal sobre los sitios web que un determinado usuario del computador ha visitado, y, en algunos casos, existen empresas que comercializan estos archivos, ya que constituyen información muy codiciada sobre la popularidad de los emprendimientos comerciales.²¹

Esto significa una clara vulneración a la intimidad de las personas, que ningún Estado se encuentra en condiciones de perseguir, dada la globalizada economía que gobierna estas cuestiones.

Pero cuidado: esta situación de emergencia no habilita a ampliar el poder punitivo porque ello equivale a volver a soluciones del medioevo (ampliar las facultades investigativas, facilitar el proceso penal a costo de garantías del imputado).

18 Ver MUSCO, Enzo. “Perfiles penales de la publicidad engañosa”, página 4, artículo publicado en el sitio <http://www.cienciaspenales.net> (descarga efectuada el día 24 de mayo de 2011).

19 Publicada en el sitio web <http://www.bufetalmeida.com/155/compra-por-internet-mediante-tarjeta-de-credito-ajena-inexistencia-de-delito.html> (descarga efectuada el día 2 de mayo de 2010).

20 “Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de orden de la Justicia competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular.”.

21 Ver RUIZ MIGUEL, Carlos. “Protección de datos personales y comercio electrónico”, página 4, publicado en el sitio http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/e-com.pdf de la Universidad de Santiago de Compostela. Al respecto el autor señala: “En efecto, la utilización de la red para la realización de una operación de comercio electrónico permite obtener ciertas informaciones del sujeto sin su consentimiento y sin que esté acreditada su necesidad y proporcionalidad. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la posibilidad de introducir unos archivos llamados “cookies” o galletas informáticas al visitar un determinado sitio. La función de estos archivos es registrar cada visita a un determinado sitio en la red; si una misma empresa se encarga de transferir “cookies” a los visitantes de las páginas de diversas empresas, la misma puede recolectar una información valiosa acerca de qué páginas son más visitadas por ese usuario, dándose la posibilidad de crear perfiles de los usuarios de la red.”

Simple conductas del internauta pueden invalidar todo intento de robo de datos, verbigracia la acción de borrar los *cookies* y archivos temporales del navegador o programa informático que se utilice para acceder a Internet.

Por tanto, este es otro terreno en el que no resulta necesaria la creación de nuevos delitos, porque con adecuada prevención e información se logran evitar las conductas reprochadas.

6. CONCLUSIONES.

Nadie explica la realidad en palabras simples, nadie muestra cómo prevenirse. A nadie parece serle rentable aclarar que existen programas informáticos gratuitos disponibles, para prevenirse de casi todos los abusos en Internet (en el portal español INTECO²² -Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación S.A.- se pueden descargar -sin costo- herramientas Antiespías, Anti-Keylogger, Antiphishing, Anti-spam, Antivirus, de Control Parental, Cortafuegos y Gestor de contraseñas, entre otros).

Vencer los ataques cibernéticos es un trabajo del ciudadano, antes que un asunto necesitado de modificaciones legales o jurídico-penales.

Uno de los principales motivos para ello, entiendo que es la enorme cifra negra de la criminalidad informática, porque las estadísticas usualmente son equívocas, y los estudios existentes carecen de rigor científico²³:

- No se conoce la frecuencia real de delitos, porque no interesa y no se mide (los números que se comunican provienen de integrantes del sistema penal, y por tanto tienen una visión compartimentada de la realidad a la que le falta objetividad).
- No existen muchos estudios criminológicos serios en este sentido, sino datos de agencias que intentan justificar las tendencias del momento, pero cuidándose de no afectar los intereses de las poderosas empresas, las cuales, a su vez, temen denunciar los delitos porque se perjudicaría su buen nombre al conocerse que fueron víctimas.
- La mayoría de los números provienen de empresas privadas que se dedican al negocio del monitoreo e investigación digital.

Estoy convencido de que el fundamento del Derecho Penal es constitucional.

Entonces debemos tener siempre en mente las disposiciones constitucionales para interpretar los casos, porque el modelo de país que pautaron los constituyentes es el de una nación liberal. No en vano, el artículo 10 de la Carta Magna expresa que "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

La situación concreta del Comercio Electrónico exige revisar la Constitución, para controlar que no existan supuestos prohibidos de prisión por deudas (artículo 52 inc. 2 de la Constitución²⁴), o hipótesis de prisión por incumplimiento de obligación contractual (artículo 11²⁵ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley 13.751/1969, y artículo 7 N° 7²⁶ del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Ley 15.737/1985).

²² Sitio web www.inteco.es.

²³ Ver SAN JUAN, César; VOZMEDIANO, Laura y VERGARA, Anabel, "Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana", publicado en la revista del Instituto Vasco de Criminología, <http://www.ivac.ehu.es> (descarga efectuada el día 19 de abril de 2011). En la página 13 los autores expresan a este respecto que "pocos investigadores se han ocupado del estudio científico del temor a los ciber-delitos. Sí se han realizado trabajos sobre las estimaciones de riesgo de ser víctimas de un delito al realizar compras por Internet, que principalmente han visto la luz en revistas de comunicaciones y tecnologías de la información. Trabajos similares, orientados a cuantificar los efectos de las percepciones de los usuarios en los negocios realizados a través de Internet, han sido llevados a cabo por parte de empresas consultoras o bien por empresas que trabajan directamente en la venta on-line. Los resultados de estos trabajos se divulgan principalmente en prensa o portales especializados, pero a menudo no es posible acceder al trabajo completo para conocer los detalles del estudio, como podríamos hacer en una publicación científica."

²⁴ "Nadie podrá ser privado de su libertad por deudas."

²⁵ "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual."

²⁶ "Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios."

BIBLIOGRAFÍA:

- CAIROLI MARTINEZ, Milton. "Es posible proteger penalmente el software". Publicado en "Protección jurídica del Software" Ciclo de conferencias organizado por el Instituto de Investigación jurídica "Centro Interamericano de Estudios Miradores". Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.
- FARALDO CABANA, Patricia. "Suplantación de identidad y uso de nombre supuesto en el comercio tradicional y electrónico". Publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª. Época, N° 3, 2010.
- JAVATO MARTÍN, Antonio Ma. "La tutela penal del consumidor en el comercio electrónico en el derecho suizo." Publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005.
- LANGON CUÑARRO, Miguel "Código Penal y Leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay", Tomo II, volumen II, Editorial Universidad de Montevideo, Montevideo, Uruguay, 2005.
- MONTANO, Pedro. "Documento Informático. ¿Falsificaciones electrónicas?". Publicado en Revista del INUDEP, año VIII, N° 10, editorial Amario Fernández AMF, 1989.
- MUSCO, Enzo. "Perfiles penales de la publicidad engañosa", artículo publicado en el sitio <http://www.cienciaspenales.net>, Revista N° 12, 2009 (descarga efectuada el día 24 de mayo de 2011).
- RUIZ MIGUEL, Carlos. "Protección de datos personales y comercio electrónico", artículo publicado en el sitio http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/e~com.pdf de la Universidad de Santiago de Compostela (descarga efectuada el día 15 de junio de 2011).
- SAN JUAN, César; VOZMEDIANO, Laura y VERGARA, Anabel, "Miedo al delito en contextos digitales: un estudio con población urbana", publicado en la revista del Instituto Vasco de Criminología, Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, ISSN 0210-9700, N°. 23, 2009, <http://www.ivac.ehu.es> (descarga efectuada el día 19 de abril de 2011).

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

NICOLÁS PEREYRA.

1. INTRODUCCIÓN

En nombre de la protección de bienes jurídicos supra individuales (valores que afectan al denominado conglomerado social) se ha sancionando legislación de emergencia¹ la cual cumple compromisos internacionales en la materia que el Estado ha asumido con organismos internacionales.² Es así que algunos autores -como Adriasola- hablan de un nuevo derecho penal cuyo principal elemento es la información, es preventivo e incluye agentes privados en el control social.

En el marco del combate al delito de lavado de activos se ha impuesto la obligación de reportar operaciones sospechosas a determinados sujetos³ 4. Así se han impuesto a sujetos cuyo fin es la realización de operaciones de intermediación financiera de forma profesional y habitual, cargas o tareas que en principio tradicionalmente corresponden al sujeto Estado, como la de control y prevención del delito del Lavado de Activos. Cabe resaltar que dicha asignación de cargas de policía y obligaciones a dichos sujetos les ha generado costos extraordinarios y que no son compartidos por el Estado, ni siquiera con exoneraciones tributarias.

En el seno de estas entidades que se encuentran obligadas a prevenir e informar el Lavado de Activos, se encuentra la posición, rango, rol, categoría o cargo que se ha denominado Oficial de Cumplimiento o en los países anglosajones *Compliance Officer*. En este trabajo, analizaremos las tareas que efectúa dentro del marco legal y reglamentario correspondiente, así como también su posible responsabilidad penal dentro del marco de sus competencias.

2. CONCEPTO DE OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

La ley designa como sujetos obligados a informar de operaciones y actividades sospechosas a determinados sujetos, estos son las personas físicas o jurídicas, sometidas al control del Banco Central del Uruguay, el elenco es el siguiente: Bancos, Instituciones Financieras Externas (Bancos Off Shore), Casas de Cambio, Bancos de Inversión, Oficinas de representación, Empresas de Servicios Financieros, Asesores de Inversión, Empresas de transferencia de fondos, Empresas administradoras de crédito y Administradoras de Grupos de Ahorro Previo.

1 Técnica legislativa muy criticada por la doctrina y que responde en la mayoría de los casos a la máxima de que todos los problemas de la sociedad se resuelven con nuevas leyes penales o agravando los tipos existentes, respondiendo al clamor de la sociedad en busca de éxito electoral. Ya lo dijo Tácito: *Pesima respublica, plurimae leges*, citado por Jesús María Silva-Sánchez, en *“La Expansión del Derecho Penal”*. Segunda Edición, año 2001. Editorial Civitas.

En cambio otros autores –como Adriasola- señalan que el derecho penal tradicional o clásico no es idóneo para la tutela de bienes jurídicos colectivos, siendo necesaria la consagración de un nuevo derecho penal, el cual es preventivo en sus fines, una especie de derecho penal administrativo sancionatorio, que evada los canones y garantías del derecho penal clásico, el cual quedaría reservado a la tutela de bienes jurídicos clásicos o individuales como la vida, propiedad, libertad. Así citando a Hassemer: *“para combatir las formas modernas de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales, pero que este orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de derecho de intervención así configurado podría integrar formas de imputación objetiva”*. Citado por Adriasola en Serie de Documentos del International Center of Economic Penal Studies America Latina, Raúl Cervini, Gabriel Adriasola y Luis Flavio Gomes. Carlos Álvarez Editor, Noviembre de 2002.

2 40 Recomendaciones GAFI (14 y 15), Naciones Unidas, OEA, Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, etc.

3 Artículo 1° de la ley 17835 del 23 de setiembre de 2004. A su vez dicha nómina de sujetos fue ampliada por la ley 18494 del 5 de junio de 2009. Antes la Circular N° 1722 de la Superintendencia de Instituciones Financieras del Banco Central del Uruguay del 21 de diciembre de 2000.

4 La Evolución histórica de dichas cargas puede consultarse en *“Lavado de Activos y Secreto Profesional”*. Págs. 23 y 24. Serie de Documentos del International Center of Economic Penal Studies America Latina, Raúl Cervini, Gabriel Adriasola y Luis Flavio Gomes. Carlos Álvarez Editor, Noviembre de 2002.

Dentro de la organización de roles y funciones dentro de las diversas entidades -mencionadas a modo enunciativo-, el encargado de ejecutar la obligación de reportar las operaciones y actividades sospechosas, es el denominado Oficial de Cumplimiento.

El Oficial de Cumplimiento, no solo cumple con la obligación de reporte de operaciones y actividades sospechosas a la Unidad de Análisis e Información Financiera del Banco Central del Uruguay, sino que es el responsable de la Política Global de la entidad de que se trate en toda la materia de Cumplimiento, esto significa que es el encargado de que la empresa cumpla con las normas. ¿Qué normas? Todo el haz obligacional establecido por instrumentos internacionales, leyes, reglamentos, circulares de la Superintendencia de Servicios Financieros (antes Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera) del Banco Central del Uruguay. El Dr. Raúl Cervini nos habla de obligaciones pro-activas⁵, esto quiere decir que su obligación va más allá de lo ordinario, de lo estándar. Vulgarmente se podría decir que el Oficial de Cumplimiento es el encargado de la prevención de la utilización del Lavado de Activos en cada Institución supervisada por el Banco Central del Uruguay.

El Oficial de Cumplimiento es una pieza fundamental dentro de la Política de combate al Lavado de Activos en nuestro derecho. Pues es en la práctica, es la persona encargada de ejercer el control que el Estado ha desplazado a los particulares.

2.1. Normas Aplicables.

Ni la ley 17835, ni la 18494 se han referido explícitamente a tal importante posición dentro de una institución regulada por el BCU, sin embargo si ha sido objeto de abundante referencia en la “codificación” de circulares de diversas Superintendencias del BCU, que se ha denominado en la práctica Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

Así encontramos referencia al Oficial de Cumplimiento en varios artículos de la Recopilación: 3.4.1 el cual establece la obligación de la entidad que aspire a inscribirse como Institución de Intermediación Financiera de describir el sistema adoptado para evitar ser utilizados en lavado de activos (el Manual de Políticas y Procedimientos) y comunicación de la persona designada como Oficial de Cumplimiento, 34.1 que lo incluye como parte de la Alta Gerencia de una Institución, 35.4 que incluye dentro de las tareas del directorio de controlar a la Alta Gerencia, aprobar su plan; el Capítulo IV de la Recopilación referido íntegramente a su posición: 35.6 que establece la obligación de las Instituciones de Intermediación Financieras de contar con un Oficial de Cumplimiento el cual será considerado Personal Superior, debe ser capacitado, tener jerarquía, disponer de recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar su tarea en forma autónoma y eficiente, 35.7 que lo califica como responsable por el adecuado funcionamiento de las políticas procedimientos y mecanismos de control en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y además debe actualizar permanentemente las políticas y procedimientos aplicados por la institución y servirá de enlace con los organismos pertinentes (Banco Central del Uruguay, Unidad de Análisis e Información Financiera, Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal que requieran información); 36.2 el cual lo obliga a realizar informes anuales, en los cuales, debe evaluar la eficacia de los mecanismos implementados para detectar operaciones sospechosas⁶, y el 39.19.1 mediante el cual se lo obliga a efectuar un procedimiento interno de reporte de transacciones sospechosas o inusuales.

Aparece mencionado por primera vez en la Circular N° 1713 de la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera del Banco Central del Uruguay, en la cual se establece la obligación para las empresas de intermediación financiera la obligación de implantación de un sistema de prevención del Lavado de Activos y como componente fundamental de dicho sistema se ubica el Oficial de Cumplimiento, el cual será el responsable de la implantación, seguimiento y control del adecuado funcionamiento de dicho sistema y además será el enlace de la institución con los organismos competentes en la materia.

5 Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel y Gómez, Luis Flavio. “Lavado de activos y Secreto Profesional”, Serie de Documentos ICEPS para América Latina, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2002.

6 Sobre este ítem, podemos decir que actualmente existen “Auditorías externas” o firmas de profesionales que fiscalizan el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo de cada institución, su actividad la regula el Banco Central del Uruguay, habiéndose creado un Registro a tales efectos. Lo regulan las Circulares N° 2004 y 2064 de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay.

2.2. Rol y Competencias.

Así, del informativo normativo del párrafo anterior surge que el Oficial de Cumplimiento es un empleado de la Institución que es considerado como Personal Superior, Integra la Alta Gerencia, se debe informar su nombre al Banco Central del Uruguay, debe contar con recursos necesarios como para poder ejercer su función de forma diligente.

También el oficial de cumplimiento debe cerciorarse de establecer la identidad del cliente ⁷, dentro del umbral operaciones que estén en determinado margen según el monto de las mismas, debe establecer y controlar que los fondos con los cuales opera su institución no sean de origen ilícito ⁸, debe controlar la calidad de personas políticamente expuestas de los clientes de su institución, debe controlar si quien realiza la operación es efectivamente el Beneficiario Final de la misma, además de la obligación de identificar al cliente debe controlar si el mismo posee el “aurea de ilegalidad”, esto es si su nombre se encuentra inscripto dentro de determinadas “listas negras”, listados de personas que han elaborado la DEA, el FBI, OFAC, Naciones Unidas, de quienes “se sospecha” que el dinero que porten es de origen ilegal o son considerados como de “alto riesgo” en momentos de realizar una operación de intermediación financiera. ⁹ A su vez, son diferentes los requisitos de documentación de identidad necesarios para las personas físicas de las jurídicas, siendo estas exigencias más severas que las anteriores.

Algunos sujetos, que intervienen en el mercado internacional actual dificultan por la propia esencia y naturaleza jurídica, la tarea del Oficial de Cumplimiento de identificación del cliente, basta nombrar la Banca Corresponsal ¹⁰ por ejemplo, en la cual se segmenta la tarea de cumplimiento, los denominados Shell Banks, ¹¹ generalmente se rechazan las transferencias que provengan de dichos bancos, Shell Companies, ¹² en este caso se deben extremar aun mas los cuidados, etc.

Asimismo, luego de recabar información sobre el cliente y “cruzar” la misma en las diferentes listas, debe clasificar los clientes de acuerdo al volumen operacional de los mismos, así tendrá -para mencionar un ejemplo- a clientes habituales y clientes ocasionales. Así podrá establecer el llamado Perfil del cliente y si este realiza operaciones que se encuentren fuera de dichos parámetros el Oficial de Cumplimiento deberá seguir más de cerca su operativa, dicha actividad se denomina monitoreo del cliente, si el cliente no lo justifica adecuadamente puede activarse el mecanismo del Reporte de Operaciones Sospechosas.

Así también, el Oficial de Cumplimiento elaborará con toda la información que recaude, la matriz de riesgo operacional, una verdadera sistematización del riesgo o alea que puede generar para la Institución la aceptación de determinado cliente que cumpla con determinados parámetros. Así determinados clientes ofrecen más riesgo operacional que otros, siendo el riesgo analizado desde un punto de vista de la utilización de la Institución Financiera como un instrumento para la comisión del delito de Lavado de Activos. Instituciones de mucho volumen operativo como Bancos Transnacionales, se ha automatizado el análisis del riesgo mediante el uso de ordenadores y analistas de información.

También el Oficial de Cumplimiento debe elaborar procedimientos tendientes a conocer e identificar detalladamente a sus empleados, además de instruirlos y capacitarlos adecuadamente para que el modelo de combate al Lavado de Activos funcione correctamente, dentro de la división de tareas típica de las Instituciones Financieras. Asimismo debe vigilarlos y controlarlos, estando alerta a cualquier actividad sospechosa,

7 Esto se implementa mediante un llenado de formularios estándar, exigencia de documentación que acredite la identidad –la cual varía según la nacionalidad del cliente-, domicilio, ingresos, ocupación. Toda la información que se recaude debe conservarse por plazos que varían y son determinados por la autoridad competente.

8 Esto generalmente se implementa mediante declaración jurada y búsqueda del nombre del cliente en diversas listas o bases de datos elaboradas previamente tanto por autoridades como por operadores privados...

9 Inclusive la UIAF se ha tomado el trabajo de efectuar anualmente la célebre “Guía de Operaciones de Riesgo o sospechosas y señales de alerta”. Verdaderas guías similares a un vademécum para el Oficial de Cumplimiento en las cuales se le recomienda no realizar operaciones con personas provenientes de determinados países o las denominadas “Personas Políticamente Expuestas”, generalmente son personas que ocuparon un cargo público de cierta jerarquía y que dentro del ámbito del Compliance se consideran verdaderos “parias” para las Instituciones financieras. ¿Acaso estas clase de personas no puede operar bajo su nombre en los mercados financieros? ¿O debemos incrementar los controles con respecto a ellos? La realidad indica que generalmente se los rechaza como clientes por la mayoría de las Instituciones.

10 Banca Corresponsal: se da cuando una Institución Financiera necesita prestar un servicio en un tercer país, en el que no tienen presencia física. Para ello contacta a otra Institución en dicho país y ofrece operaciones con ella.

11 Shell Banks: bancos sin presencia física donde atender a sus clientes, o presencia física en jurisdicciones con regulación muy poco exigentes, generalmente calificadas como paraísos fiscales. A veces son Bancos únicamente con presencia en Internet.

12 Shell Companies: sociedades que no tienen actividad comercial, generalmente constituidas en Panamá, Belice, países en los cuales la actividad extraterritorialidad total de sociedades es admitida.

evitando la participación de los mismos en posibles actividades delictivas o de lo contrario denunciando la situación a las autoridades.

También será el enlace de la institución con los organismos pertinentes, como por ejemplo la Unidad de Información y Análisis Financiera del Banco Central del Uruguay o la Secretaría Anti lavado de Activos de la Presidencia de la República o los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal que requieran información, generalmente cuando se requiere por parte de estos cooperación en casos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

No es el objeto de este análisis pero el Oficial de Cumplimiento debe reportar toda actividad u operación que considere –bajo determinadas circunstancias preestablecidas– sospechosa. Es decir que dichas transacciones son las que según los usos y costumbres de la actividad financiera resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente, o planteen una complejidad inusitada o injustificada. Una vez efectuado el reporte goza de ciertas prerrogativas como la no revelación de su identidad y exoneración de responsabilidad civil y penal por la revelación de secreto. En el Reino Unido por ejemplo existe un funcionario que tiene esta función específica, separado del Oficial de Cumplimiento, el Money Laundering Reporting Officer.

En otro orden, de competencias podemos decir que el Oficial de Cumplimiento tiene la obligación de actualización constante en lo que tiene que ver con su capacitación, así como el seguimiento en el cambio de la normativa aplicable, debiendo implementar dichos cambios en el Manual de Políticas y Procedimientos y en la práctica de la Institución.

En resumen, el Oficial de Cumplimiento es una pieza fundamental para las “nuevas” responsabilidades que las empresas financieras deben cumplir. Son de tal importancia que deciden si una operación se lleva a cabo o no, así por ejemplo actualmente se habla en la interna de estas empresas, de una especie de polarización entre la parte “comercial” o de negocios y la parte de cumplimiento, siendo esta última parte considerada como un obstáculo para la consecución de dichos negocios. Recuerdo como Oficial de Cumplimiento la visita de un Alcalde de un país del altiplano a las oficinas de un broker de divisas online, la persona estaba interesada en invertir un millón de dólares en la empresa, bastó una simple búsqueda en Google para rechazar rotundamente su ingreso, resulta que había estado investigado en su país por corrupción, era una oportunidad de negocios atractiva para la empresa, sin embargo el Oficial de Cumplimiento a través de su dictamen no hizo posible que se llevara a cabo.

A su vez la posición del Oficial de Cumplimiento varía según qué entidad se trate. No es lo mismo ejercer la función de cumplimiento en un Banco con numerosas sucursales en todo el país que en una Casa de Cambio con una sucursal, pues en algunas entidades la designación simplemente ha recaído en un Oficial de Cumplimiento a mero título formal, es decir, personas que previamente cumplían otra función, o mismo el presidente del directorio. En esos casos la preparación del sistema de cumplimiento puede estar en los hechos tercerizada a través de firmas que se han especializado en la materia, en nuestra plaza de servicios legales es un área en pleno crecimiento.

2.3. Valoración crítica de los Deberes y cargas del Oficial de Cumplimiento.

Toda la legislación y práctica comentada nos orienta a afirmar que el rol del Oficial de Cumplimiento es la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y que es central dentro del modelo.

Sin pretender adelantarnos al capítulo siguiente, nos preguntamos si su obligación es de medios o de resultados.

Pero antes de dar una conclusión, efectuare una crítica dentro del modelo de prevención que no es de creación original vernácula, sino que viene predeterminado como ya fue comentado en la Introducción.

En primer lugar afirmo que dentro del elenco de deberes y cargas del Oficial de Cumplimiento encontramos algunas que son razonables y que se adaptan perfectamente al fin propuesto, a tal efecto reconocemos que es saludable y deseable la práctica de conocer al cliente, así como requerirle de información, pero considero que no cumple con dicho fin, por ejemplo las cargas de elaborar matrices de riesgo, el hecho de rechazar personas que integren las listas negras, el hecho de estandarizar, automatizar y generalizar como si se tratara de “blanco o negro”, mediante dicha forma de controlar nuestras Instituciones Financieras se convertirán en blanco fácil para el Lavado de Dinero, quien sabrá de antemano las reglas del juego y abusará fácilmente de los mecanismos superiores de la economía para su propósito: el alejar lo más posible el origen ilícito de sus fondos.

A efectos de ser exitosos en el combate al Lavado de Activos debemos adoptar un abordaje metodológico acorde a efectos de evitar la impunidad de los delincuentes económicos, en particular de los lavadores de dinero.

Es obvio que el legislador, no cuenta con una formación suficiente como para legislar efectivamente en la materia complejísima que viene a regular. Por dicho motivo pasa a ocupar un lugar central en su estrategia el método que utilizará para abordar este tipo de delincuencia.

Cervini, traza un paralelismo con los métodos médicos, el clínico - sintomatológico y el tomográfico como forma de abordar la macro delincuencia económica, pero aquí podemos aplicarlo al delito de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. El primero resulta idóneo para visualizar en conjunto la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal y el segundo resulta ideal para detectar a partir de un conocimiento adecuado el objeto y detectar los abusos que se produzcan de un modo preventivo.

Así, el método clínico, nos permitirá apreciar el proceso del delito de lavado en su conjunto, y ver de qué forma el control que se efectúa para su prevención es eficiente. Así tenemos que el proceso de lavado de activos es transnacional pues trasciende las fronteras de los países, su daño en la sociedad se ha sobredimensionado a medida que pasan los años, es perpetrado con apariencia lícita, cambia frecuentemente, el carácter difuso de la víctima, entre otras notas.

Pero por otro lado el abordaje tomográfico, nos indica que debemos adentrarnos dentro del fenómeno del Lavado de Activos para poder reprimirlo y prevenirlo adecuada y eficientemente. Supone penetrar gradualmente dicho fenómeno económico desde sus instancias macro a manifestaciones micro, analizando científicamente sus componentes. Así el primer paso a dar, sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen el sector de la actividad económica del país analizado, así será la Actividad de Intermediación Financiera.

Segundo dentro de esta actividad corresponde definir, el nicho o cancha o capa a analizar, por ejemplo, la actividad bancaria, de cambios, de transferencia, bursátil, etc.

Luego tendremos que definir a los diferentes integrantes dentro de esa actividad y su relacionamiento entre sí.¹³

En definitiva lo que me pregunto es ¿si es conveniente la regulación mediante estándares o matrices de riesgo o es más conveniente regular a través del conocimiento particularizado de los mecanismos económico financieros involucrados en cada caso?

A mi modo de ver conviene mucho más al fin de la Prevención del Lavado, la regulación mediante el abordaje tomográfico, sin descuidar el sintomático, en orden a la complementariedad de dichos métodos. Y esto se debe principalmente a que en el mundo globalizado en el que vivimos la realidad cambia cada vez con más velocidad, por lo cual no es saludable aferrarse a métodos estandarizados sino conocer la realidad lo más posible y lo más detallado que se pueda para así poder contar con elementos de control y prevención suficientes y eficientes.

Me consta que hasta el momento no se ha aplicado ninguna metodología sino que unilateralmente el regulador ha adoptado modelos extranjeros y que pocas veces ha entablado diálogos con los actores del mercado a efectos de conocer la realidad que regula.

3. RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Como se vio en los párrafos anteriores la figura del Oficial de Cumplimiento es central dentro del sistema de prevención de Lavado de Activos de cada institución y dentro del modelo global y es desde esta perspectiva que se analizará su responsabilidad penal.

El delito que se podría imputar al Oficial de Cumplimiento, dentro del marco del análisis del Derecho Penal Económico y a los efectos del presente análisis, sería el de Lavado de Activos, omitiremos toda otra mención a demás figuras delictivas. Particularmente nos interesa que sucede con el Oficial de Cumplimiento desde el punto de vista de la responsabilidad penal, una vez que una Institución Financiera es utilizada como medio en una operación de Lavado de Activos.

Por lo pronto, si el Oficial de Cumplimiento actúa en concierto con organizaciones delictivas en la conducta delictiva del Lavado de Activos su responsabilidad penal será la clásica, tal como lo diferencian los Doctores *Adriasola* y *Cervini* en su monumental trabajo "*Responsabilidad Penal de los Profesionales Legales*", así por ejemplo será autor, coautor, cómplice, quienes cumplan con los requisitos de los artículos 60 y siguientes del Código Penal.

13 Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel. "*Derecho Penal de la Empresa*". Pág. 2 y siguientes. Editorial B de F. 2005.

Nos preguntamos si es posible otra forma de comisión de delitos además de la del dolo directo, por ejemplo a título de dolo eventual o culpa.

3.1. Comisión por omisión y posición de garante del Oficial de Cumplimiento. Justificación de su inclusión.

En efecto, las leyes 17835 y 18494, establecen la obligación de la Institución financiera a la cual pertenezca el Oficial de Cumplimiento, de reportar las operaciones y actividades sospechosas, inusuales, sin justificación económica o legal evidente, inusitadamente complejas e injustificadas. El Reporte debe efectuarse ante la UIAF y las leyes mencionadas junto con abundante normativa bancocentralista ofrecen regulación exhaustiva de dicho procedimiento. El incumplimiento de tal obligación solo acarrea sanciones de carácter administrativo para la Institución, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso 3° de la ley 17016.¹⁴

Lo anterior, hace que el Oficial de Cumplimiento cumpla una función que se podría asimilar a la del garante dentro de la Institución financiera, pues por su importancia en el sistema de combate al Lavado de Activos tiene obligación de prevenir el resultado delictivo, y por lo tanto podría ser responsabilizado por delitos bajo la modalidad de la comisión por omisión, los establecidos en el artículo 3° del Código Penal patrio.

Ya el multicitado, *Cervini*, en su *Derecho Penal de la Empresa*, analizando las diferentes nuevas modalidades autorales dentro del Derecho Penal Económico y particularmente dentro de las organizaciones empresariales, refiere a la comisión por omisión como uno de los mecanismos de imputación delictual.¹⁵ En efecto, existe una situación de peligro del bien jurídico (riesgo inherente a toda Institución Financiera) tutelado por las normas de combate al lavado de activos las cuales fueron mencionadas, frente al cual el Oficial de Cumplimiento –a nuestro criterio– tiene una posición de garante, dando garantía de que el peligro de la comisión del delito no se concrete en la producción de un resultado lesivo, siendo obligación para él actuar para evitar ese resultado delictivo. Quien asume la posición de Oficial de Cumplimiento dentro de una Institución Financiera se constituye en una especie de barrera para evitar que la Institución financiera sea utilizada como instrumento para legitimar activos provenientes de actividades ilícitas, y si, pudiéndolo hacer, no evita la comisión del delito –a sabiendas– es como si hubiera cometido la conducta misma. La evitación de este resultado debe estar dentro de la esfera de dominio del sujeto, y lo está efectivamente. No olvidemos la posición del Oficial de Cumplimiento dentro de la Institución financiera, es tenido en cuenta dentro de la nómina de Personal Superior e incluso tiene dentro de sus atribuciones operativas la de impedir cualquier operación con apariencia sospechosa mediante su recomendación u orden.

Cervini, al analizar la modalidad de la imputación de la comisión por omisión, menciona tres ejemplos operativos dentro de la empresa, dentro de los cuales se podría dar la comisión por omisión, ellos son la Sindicatura dentro de una Sociedad Anónima, las Calificadoras de Riesgo y las Auditorías Externas, ellos son claves en la organización empresarial y sus soportes físicos están colocados como barreras entre el peligro y el bien jurídico. Me atrevo a agregar al Oficial de Cumplimiento dentro de dicha nómina particularmente en las empresas de intermediación financiera.

El concepto de la comisión por omisión, no fue definido legalmente en el Código Penal, *Viana Reyes*, afirma que los comentaristas del Código Italiano redactado por *Rocco* (refiriéndose a su artículo 40 inciso 2°, el cual fue recogido idénticamente por *Irureta Goyena* en el Código Patrio), la conciben como los delitos que consisten en no evitar impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar. La doctrina alemana posteriormente introdujo la noción de garante, el cual sería el obligado a evitar el resultado y se requiere que tenga una especial relación con el bien jurídico que se propone tutelar. El ejemplo clásico de esta modalidad,

14 ARTICULO 71.- Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, los Bancos regulados por la Ley N° 16.131, de 12 de setiembre de 1990, las Casas de Cambio a que refiere el artículo 56 de la Ley N° 16.696, de 30 de marzo de 1995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley. Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrán determinar, según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley N° 16.327, de 11 de noviembre de 1992.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del Juez de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera haber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero.

15 Op. Cit. Pág. 10. Págs. 176 y siguientes.

sería el del salvavidas que no auxilia a un bañista y este último se ahoga, cometerá el delito de homicidio por comisión por omisión el salvavidas, otro ejemplo citado por *Viana Reyes*, es el de la madre que presencié la muerte de su menor hijo a manos de su concubino y no evitó el resultado de muerte.¹⁶

El artículo 3 inciso 2° del Código Penal Uruguayo dice: “Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.”

Como lo afirman *Adriasola* y *Cervini* (comentando sobre los Escribanos Públicos)¹⁷ en a los efectos de considerar la posición del Oficial de Cumplimiento como garante, debemos justificarlo técnicamente. Por lo pronto el Oficial de Cumplimiento integra el cuadro dirigente de la empresa de Intermediación Financiera. Ya que como vimos es considerado como Personal Superior. Será de todas formas empleado de la empresa, a veces Directivo o Accionista mayoritario si coinciden estas calidades. Tiene deber de actuar, pues a su cargo se pone toda la política de prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo dentro de la Institución, tal como lo dispone la normativa bancocentralista reseñada. Además también una relación vinculación estrecha al bien jurídico, lo cual también se cumple puesto que es el que está capacitado en la materia, puede contar con un equipo de trabajo que facilite su tarea, pero la responsabilidad principal recae sobre el Oficial de Cumplimiento. Como afirman *Adriasola* y *Cervini* en su última publicación, “no basta con determinar la fuente del deber de actuar, tampoco si éste se estatuye en la ley, el contrato o en un hacer precedente, sino primordialmente de ubicar por qué a un determinado sujeto se lo coloca en la posición de garante. No se trata de un mero problema legislativo, que se solucione simplemente por identificar la norma fuente del mandato de acción dirigida a un sujeto en razón de su rol y de ahí derivar su condición de garante tal y como se tratara de un silogismo. La designación de una persona como garante, pasa por establecer si es lícito, si es dogmáticamente admisible, colocar normativamente a un sujeto en posición de garante para la vigilancia de un bien jurídico y ello se determina en función de la natural estrechez entre dicha persona y la tutela al bien jurídico. Esa estrechez debe ser, como se dijo natural, pero es inadmisibles que el rol de garante se convierta en una posición ficticia que obedezca a una caprichosa disposición legal.”¹⁸

En efecto y conociendo la función que cumple el Oficial de Cumplimiento dentro del sistema de Prevención del Lavado de Activos la conclusión no puede ser otra que la de que el Oficial de Cumplimiento es un garante, debe hacer todo lo que este a su alcance para evitar la utilización de la Institución Financiera en la que revista como instrumento utilizado para el Lavado de Activos.

Su obligación de evitar el resultado deriva de normativa administrativa bancocentralista: circulares de las diferentes Superintendencias del Banco Central. Su obligación es derivada de la de la Institución a la que pertenece. A su vez se encuentra ligado a la Institución financiera mediante un contrato de trabajo.

En países como por ejemplo Chile, donde se ha consagrado legalmente la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (para delitos de Cohecho y Lavado de Activos), se ha consagrado la obligación de todas las personas jurídicas de designar a un “Encargado de Prevención” y se habla de prevención de delitos en general y no de algunos delitos como en nuestra legislación, ley 20393 del 2 de diciembre de 2009. Dentro de ese marco legislativo la persona jurídica tiene un deber de cumplimiento de evitar que en el seno de ella se cometan toda clase de delitos.

Ahora, veamos cual es el bien jurídico tutelado en la figura de Lavado de Activos, para poder discernir si el Oficial de Cumplimiento tiene una vinculación estrecha con su tutela. Para *Adriasola*, se trata de una conducta pluriofensiva que lesiona varios bienes jurídicos, la economía, la administración de la justicia. Otros como *Langón*, sostienen que es el orden socioeconómico el que se lesiona mediante su conducta. Por último, *Cervini*, nos enseña que el bien jurídico tutelado se trata del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía.¹⁹ Es siguiendo esta última posición que nos parece que el Oficial de Cumplimiento se encuentra inserto dentro de entidades que son clave en el funcionamiento de los mecanismos superiores o resortes de la economía: Bancos, Casas de Cambio, Mercado de Valores, etc. Dentro de cada Institución su posición es clave a efectos de evitar que sean utilizados como medios para insertar en la plaza financiera colocaciones cuyo origen es ilícito. Por lo cual considero que la relación con el Bien Jurídico es íntima, cercana, fundamental, a mi modo de ver se justifica técnicamente con amplitud que sea considerado un garante.

16 Viana Reyes, Enrique. “Los Delitos Impropios de Omisión y el Principio de Legalidad”. La Justicia Uruguaya. Tomo 101.

17 Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel. “Responsabilidad Penal de los Profesionales Jurídicos. Los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal”. Pág. 240. Editorial La Ley, 2010.

18 Idem nota anterior.

19 Fleitas, Sandra. “Individualización del Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Lavado de Activos”. Ponencia realizada en el Universitario de Punta del Este, Sede Rivera.

Distinta es la opinión de *Adriasola*, quien –con la salvedad de que analiza la conducta del sujeto obligado en colectivo, es decir la Institución- no reconoce una estrechez íntima entre la institución financiera y el bien jurídico tutelado que fundamente su consideración como garante. Citando a *Stordhal* y *Blovich*, afirma que la mera existencia de obligaciones de actuar en la cabeza de los soportes institucionales financieros no puede, por sí misma, confundirse con el tema de la determinación de la figura del garante. No se puede decir que la institución tenga una estrechez tal con el bien jurídico que le imponga evitar la lesión de este, tal cual como si fuera un agente monopólico de las agencias de control social, el Estado.²⁰

3.2. ¿Puede cometer delito de lavado bajo la modalidad de comisión por omisión del artículo 3° del Código Penal?

Por lo tanto, ya establecido si el Oficial de Cumplimiento puede ser considerado como un garante, nos queda ahora analizar si puede ser responsabilizado por delitos bajo la modalidad de comisión por omisión y si es jurídicamente viable en nuestro sistema jurídico tal modo de imputación.

Se ha dicho sobre esta clase de imputación de delitos, que son de dudosa constitucionalidad, que violentan flagrantemente el principio de legalidad, principio –para mí- sagrado dentro de la dogmática de la parte general de Derecho Penal. Pues se estaría imputando conductas omisivas a sujetos no determinados expresamente en la ley penal, en el tipo penal. En efecto son manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en nuestra propia legislación penal, tales como la utilización de tipos penales en blanco o extremadamente abiertos en los cuales aumenta la discrecionalidad de los jueces en su aplicación, legislación penal de emergencia, generalmente aumentando el poder punitivo del Estado.

Por lo tanto, el Oficial de Cumplimiento que en su posición de garante no impida un resultado delictivo dentro de su competencia, responderá –por no haber evitado el resultado- como si hubiera tenido intención de cometer el delito de Lavado de Activos, bajo la modalidad del artículo 3° del Código Penal. En esta clase de delitos, los jueces derivarían en la creación jurisprudencial de equivalencias llevando a una especie de responsabilidad penal objetiva.

Nullum crime sine lege, el principio de legalidad implica que a la ley y solo a la ley le compete establecer los delitos y las penas, ley en sentido formal, no hay delito ni pena, sin ley escrita, estricta, previa y cierta que los establezca. No es admisible que un tipo penal construido judicialmente, cumpla la regla de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni tampoco que la omisión de tal autor, establecida por la interpretación judicial, haya sido expresamente prevista por la ley.

El principio de legalidad, como bien lo remarca *Cervini*, tiene varias consecuencias o derivaciones del mismo, por ejemplo el principio de taxatividad o ley cierta, mediante el cual se exige una certeza dada por el detalle en la descripción de los delitos, no nos olvidemos del artículo 10 de la Constitución, debemos conocer lo que está prohibido con detalle y dicha tarea corresponde al legislador, evitando así toda arbitrariedad judicial marcada por la excesiva libertad interpretativa de los jueces. Es notorio el desconocimiento de este principio por parte de dicho mecanismo de imputación.

Lo enseña Gastón Chaves con meridiana claridad: “*En consecuencia, las leyes deben ser suficientemente claras, completas y plenas como para impedir que, a pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador, que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es.*”

Cuando la Constitución dispone que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, al mismo tiempo que afirma la competencia exclusiva del legislador de restringir la libertad en razón de hechos lesivos, prohíbe que ella se traslade a otro magistrado, ya sea de modo directo o indirecto.

Es una competencia que no sólo debe defenderse de los caprichos del tirano o de los impulsos del juez, sino, también y ante todo, del propio legislador, a quien se veda la abdicación, la delegación de esa su competencia privativa, que es regular la libertad en función de principios de interés general.

*En consecuencia, las descripciones legales de los comportamientos que constituyen delito deben hacerse con el propósito (no siempre logrado) de describir la conducta delictuosa del modo más objetivo y nítido posible, aunque no siempre el resultado sea acorde con el propósito.”*²¹

20 *Adriasola, Gabriel. “El Lavado de Dinero como expresión del Crimen Organizado. Perspectivas de Prevención y Represión desde el sector público y privado”. Derecho Penal Económico. Ponencias del Curso de Posgrado 2008. Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo.*

21 *Chaves, Gastón. “El Derecho Penal y el Derecho Constitucional. Principios constitucionales que regulan la creación, aplicación e interpretación de las leyes penales.”*

Por otro lado admitir la comisión por omisión en la actuación del Oficial de Cumplimiento, importaría el riesgo de llegar a la responsabilidad objetiva borrando la distinción entre dolo y culpa e ingresando en el funcionalismo de Jakobs.

La respuesta no puede ser otra que la negativa, por los fundamentos expresados, el Oficial de Cumplimiento no podrá ser responsabilizado penalmente por comisión por omisión.

3.3. Recomendaciones de los Organismos Internacionales y los delitos de Mera desobediencia.

No debemos olvidar en este análisis, que la CICAD (Organismo creado en el seno de la OEA, Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas) en su reglamento modelo, en su artículo 14 establece una eventual responsabilidad penal de la institución que no cumpla con las obligaciones establecidas en dicho reglamento, consagrando un delito de omisión impropia.

En este marco se deben incumplir intencionalmente las obligaciones establecidas en el reglamento modelo de la CICAD para la configuración de una conducta omisiva como delito. El Catedrático Grado 5, Dr. Miguel Langón, ha puntualizado que las conductas delictivas dentro de este marco podrán ser: mantener cuentas innominadas, anónimas o bajo nombre ficticio; no verificar la identidad de los clientes; no mantener registros por al plazo legal; no brindar información a la autoridad; no guardar secreto sobre informaciones solicitadas por la autoridad; no comunicar operaciones sospechosas y no cumplir con las normas bancocentralistas establecidas.

Aquí tenemos obligaciones legales que no se cumplen y por lo tanto generan un resultado delictivo, de haberse cumplido con las obligaciones legales el resultado delictivo no se hubiera verificado, a su vez las instituciones asumen el papel de garantes con respecto al bien jurídico. Vemos aquí un delito de mera desobediencia, de peligro abstracto. Por otra parte, Langón destaca que algunos países como España y Alemania han castigado la mera culpa en esta clase de delitos, Luxemburgo la comisión del delito por “desconocimiento de las obligaciones profesionales”, y que solo Paraguay castiga explícitamente el delito de lavado por “imprudencia o culpa”.²²

Adriasola, por su parte, menciona en este sentido el artículo 6.3 del Convenio Europeo sobre Blanqueo de Capitales suscrito el 8 de noviembre de 1990²³. Critica la solución alegando que la política criminal que la inspira esta mas enfocada sobre el sujeto obligado en vez de focalizarse sobre el lavador y por lo tanto deviene dogmáticamente inaceptable, similar a la crítica que efectuamos al regulador ut supra. Consagrarlo como delito, sería sancionar una conducta que ya tiene sanciones administrativas severas, se extiende desmesuradamente el tipo penal, ni siquiera la Convención de Viena de 1988 recomendó tipificar el lavado imprudente.

Cabe agregar que el proyecto que culminó con la sanción de la ley 17016 contenía en su artículo 55²⁴ una solución similar que luego fue rechazada en el seno del parlamento.²⁵ Dicha solución a su vez fue inspirada en el Código Penal Federal Suizo.²⁶ *Cervini* –citado por *Adriasola* en trabajo de la nota anterior- opina que se pena una mera omisión formal reglamentaria, sancionando el mero defecto de vigilancia en forma abstracta, desvinculado totalmente al bien jurídico. Discrepamos rotundamente con dicha una política criminal que consagre un tipo de lavado por mera desobediencia a obligaciones de control.

Habiendo descartado el recurso a la comisión por omisión ante la omisión intencional del Oficial de Cumplimiento en reportar una operación sospechosa que finalmente derivo en blanqueo de capital, dejamos planteada la idea de que se podría tipificar su conducta omisiva directamente, siempre que haya dolo directo. No debemos olvidar como bien lo remarca *Adriasola*, que el lavado de activos está tipificado como un tipo clásico activo doloso, siendo sus verbos convertir, transferir, adquirir, poseer, utilizar, tener en su poder, realizar, ocultar, suprimir, alterar, impedir, asistir y prestar cualquier ayuda. En tal sentido, conviene

22 Langon Cuñarro, Miguel. “*Lavado de Dinero y Política Criminal en el Uruguay*”. En Estudios de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo. 2008.

23 Idem. Cita Pág. 16.

24 El que estando legalmente obligado, omitiere cumplir la normativa establecida por el Banco Central del Uruguay referida a los delitos tipificados en el presente capítulo de esta Ley o delitos conexos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

Lo cual reforzaría la teoría del Oficial de Cumplimiento como garante.

25 Op. Cit. Pág. 9.

26 El que profesionalmente haya aceptado, conservado, ayudado a colocar o a transferir valores patrimoniales de un tercero y que haya omitido verificar, conforme a la vigilancia requerida por las circunstancias, la identidad del titular de un derecho económico...

mencionar el artículo 71 inciso tercero de la ley 17016, el cual dispone que si el sujeto obligado no cumple con las directivas, reglamentaciones, etc., del Banco Central o del Poder Ejecutivo de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, se aplicara una sanción administrativa, sin perjuicio de que el magistrado que entienda en la causa podrá analizar la eventual responsabilidad penal de directores, síndicos, gerentes, administradores, mandatarios y obviamente el Oficial de Cumplimiento, pero nunca desde el punto de vista culposo.

3.4. Del Oficial de Cumplimiento que omite controles en concierto con los lavadores.

Pero recordando que el Oficial de Cumplimiento tiene obligación de reporte de operaciones y actividades sospechosas, cabe preguntarnos los casos de su participación por omisión deliberada y culposa por negligencia en el ejercicio de la función o a título de dolo eventual. Tal situación ha sido legislada expresamente en Colombia mediante el artículo 325 del Código Penal Colombiano *“Omisión de control. El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Veamos, si el Oficial de Cumplimiento está obligado a reportar Actividades sospechosas y Operaciones sospechosas, y en concierto con los lavadores, omite el reporte. Aquí podría el Oficial de Cumplimiento ser responsable mediante los dispositivos de los artículos 61 y 62 del CP? La respuesta sigue siendo negativa pues ambos artículos en sus modalidades exigen una acción y no una omisión. Sin embargo la solución mencionada dos párrafos supra nos abre la posibilidad de dudas. En definitiva dependerá del caso concreto y el grado de connivencia del Oficial de Cumplimiento con los lavadores.

Y la Complicidad mediante acciones neutrales? Aquí el sujeto obligado es fundamental en la consumación del delito, pues tiene obligación de reportar y si no efectúa un ROS o RAS, el lavado de activos queda impune. ¿Puede considerársele como un cómplice? Aquí la respuesta debe basarse necesariamente en la intensidad del dolo del Oficial de Cumplimiento en concierto con los lavadores.

Pero supongamos ahora, el caso de que una persona se presenta en la Entidad Financiera, una persona interesada en efectuar operaciones, y respecto de la cual efectuados todos los controles sobre su identificación, origen de fondos, y al final del proceso, una vez aceptado el cliente y luego de que el mismo haya operado, resulta que sus fondos eran de origen ilícito los cuales se introdujeron en el sistema financiero nacional sorteando todos los controles. A nuestro modo de entender y manifestando nuevamente nuestra radical oposición al modelo de la responsabilidad objetiva, entiendo que dicha situación no genera ninguna responsabilidad para el Oficial de Cumplimiento, así como tampoco responsabilidad administrativa de la Institución.

4. CRITICA DEL MODELO PROPUESTO POR OEA Y GAFI. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Volviendo sobre el tema del modelo propuesto por la CICAD en el seno de la OEA y apoyado por GAFI, mediante el cual la mera desobediencia a mandatos destinados a la Prevención del Lavado de Activos se convierte en delito. Nos preguntamos que similitudes tiene a la concepción de un Derecho Penal del Enemigo, las respuestas lamentablemente son afirmativas.

En efecto, el modelo descripto cumple muchas de las características definitorias de tal concepción. En primer lugar notamos un adelantamiento de la protección penal, el derecho penal se centra en lo que viene, en el hecho futuro más que en el que vendrá que en el hecho pasado, aumento desproporcionado de las penas, ampliación del alcance de la responsabilidad objetiva, creación de unidades de inteligencia financiera.

El avance que está teniendo esta nueva corriente, que nos viene impuesta desde afuera y que contradice las bases de nuestro Derecho Penal, es francamente preocupante. Cada vez mas tiene menos valor la Parte General del Derecho Penal, la parte General del Código Penal, donde están establecidos los principios y reglas generales que nos otorgan las garantías a todos.

5. CONCLUSIONES.

- Dentro de las Instituciones Financieras existe la posición del Oficial de Cumplimiento, la cual por su importancia central en el sistema de Prevención del Lavado de Activos y su cercanía con el bien jurídico tutelado podemos afirmar que es un garante.
- Las tareas propias del Oficial de Cumplimiento serán idóneas para llegar al fin propuesto, siempre y cuando se utilice una metodología acorde y no simplemente la que viene predeterminada de los organismos internacionales.
- A pesar de ser considerado como Garante el Oficial de Cumplimiento no podrá ser responsabilizado mediante hipótesis de comisión por omisión, debido a la colisión con el principio de legalidad que tiene este instituto el cual no tiene cabida en nuestro sistema jurídico.
- Es preocupante el avance de las teorías de generar delitos por mera desobediencia de los controles exigidos en los modelos que vienen impuestos por organismos internacionales y que ante ello la doctrina penal nacional se debe alzar con radical dureza a efectos de que nuestro sistema penal no se vea "infectado" por concepciones típicas de Estados totalitarios como el Derecho Penal del Enemigo elaborada por Gunther Jakobs.

CONTENCIOSO DE REPARACIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES ADICIONALES EN TORNO A LA JURISPRUDENCIA ACTUAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SOBRE EL ART. 312 DE LA CONSTITUCIÓN, BASADAS EN LOS PRINCIPIOS Y MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

VIVIANA PÉREZ BENECH

I.- LA REFORMA DEL ART. 312 DE LA CONSTITUCIÓN.

La reforma constitucional sancionada por Ley Constitucional del 15 de octubre de 1996 y aprobada por decisión plebiscitaria el 8 de diciembre de 1996 (promulgada por el presidente de la Asamblea General el 14-I-1997), introdujo, como es sabido, una modificación sustancial en el art. 312 de la Constitución. En lo medular, se trató de la eliminación de la condición existente en el texto sancionado en 1967 para la acción reparatoria de los daños causados por un acto administrativo, que consistía en la previa declaración de nulidad del acto o reserva de la acción reparatoria, en ambos casos por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El inciso segundo del nuevo texto concede en forma expresa al administrado la posibilidad de optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado. La opción que efectúe tendrá consecuencias sobre las posibilidades futuras del administrado, ya que de acuerdo al inciso tercero del mismo artículo, si ha optado por pedir la anulación del acto, la obtención de una sentencia favorable (o en su defecto la declaración de que se encuentra suficientemente justificada la causal de nulidad invocada), deviene en condición necesaria para demandar la reparación ante la sede correspondiente; y a su vez, si en cambio ha optado primero por la acción reparatoria, ya no podrá pedir la anulación del acto, cualquiera fuere el contenido de la sentencia obtenida.

De modo que no existen dudas respecto de la existencia de una opción con la que antes no contaba el administrado: solicitar la nulidad del acto o la reparación de los daños producidos por el mismo. Pero la redacción del inciso primero del artículo 312 ha planteado una discusión (que dio lugar a diversas posiciones tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial) sobre cuál es el momento en que jurídicamente se produce la opción de acudir a la vía reparatoria: si puede demandarse la reparación patrimonial una vez dictado el acto administrativo, o debe previamente obtenerse el agotamiento de la vía administrativa a su respecto, mediante la interposición de los recursos procedentes conforme al artículo 317 de la Constitución. En otras palabras, si el agotamiento de la vía administrativa constituye un requisito de prejudicialidad para contencioso de reparación patrimonial.

La génesis de esta discusión radica en la remisión que realiza el artículo 312 al artículo 309 de la Constitución¹ para definir los actos administrativos susceptibles de la acción de reparación de daños y perjuicios: el artículo 309 refiere a los actos administrativos “definitivos”, siendo definidos éstos por el art. 24 del Decreto-Ley 15.524 de 9 de enero de 1984 como aquéllos a cuyo “*respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre el o los recursos que correspondan*”.

Veremos a continuación, en primer lugar, los argumentos que se han desarrollado a nivel doctrinario y jurisprudencial sobre el punto, teniendo especialmente en cuenta el cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Luego continuaremos el análisis de tales argumentos desde un punto de vista sobre el cual entendemos se puede continuar avanzando, cual es el de los métodos y formas de interpretación de la Constitución conforme el desarrollo elaborado por la doctrina constitucionalista.

1 El inciso primero del art. 312 dispone: “*La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.*”

Es importante puntualizar que la cuestión de prejudicialidad planteada refiere únicamente a la acción reparatoria de los perjuicios causados por actos administrativos que se reputan ilegítimos, pues no se plantea esta problemática en relación a la reparación de los daños causados por hechos u omisiones de la Administración, ni tampoco respecto de los perjuicios causados por actos administrativos legítimos.

II.- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA POSTERIORES A LA REFORMA.

II.1.- Doctrina.

Desde el punto de vista doctrinario, la tendencia ampliamente mayoritaria ha sido el rechazo de la interpretación del artículo 312 de la Constitución que impone el agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto procesal para accionar la reparatoria patrimonial de los daños causados por el acto presuntamente ilegítimo², manteniéndose prácticamente en forma aislada la posición contraria³, es decir, la que sostiene que la remisión al art. 309 de la Constitución implica la necesidad de agotar la vía administrativa como requisito previo de la acción reparatoria.

Veremos sintéticamente los principales argumentos sostenidos por una y otra posición doctrinaria, comenzando por la última de las mencionadas.

II.1.1.- Posición doctrinaria favorable a la imposición constitucional del presupuesto procesal para la acción reparatoria.

Como venimos de señalar, esta posición es sostenida en forma prácticamente aislada en nuestra doctrina por el Dr. Carlos LABAURE⁴.

En el trabajo citado, dicho autor comienza contestando algunos de los argumentos en que se funda la tesis que llama "negativa" (porque deniega la existencia del señalado presupuesto procesal para la acción reparatoria).

Sostiene que si bien el requisito del previo agotamiento de la vía administrativa resulta explícito en la Constitución para la acción de nulidad en el art. 319 (lo cual no sucede para la acción reparatoria), ello no obsta a que pueda resultar implícitamente del contexto normativo para la reparatoria.⁵ Esto constituye una base argumental relevante, sobre la que volveremos más adelante: admitir la posibilidad de que se imponga una restricción (la obligación de cumplir un requisito prejudicial) a la libertad de accionar el derecho consagrado en el art. 24 de la Constitución, en forma no explícita, sino a través del mecanismo de una remisión a otra norma.

2 En respaldo de esta posición se han pronunciado, entre otros, CAJARVILLE ("*La Reforma Constitucional de 1997, los recursos administrativos y la acción reparatoria*" en LJU, T. 121, págs. D 53 y ss); DELPIAZZO ("*Estudios sobre la Responsabilidad de la Administración*", Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, pág. 27 y 28, y "*Responsabilidad de la Administración en Uruguay*", en Revista Iberoamericana de Administración Pública, Madrid, 2003, No. 10, pág. 43 y ss); VAZQUEZ, Cristina ("*Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo introducidas en virtud de la reforma de 1997*" en "*La Reforma Constitucional de 1997*", FCU, Mont. 1997, pág. 165 y ss); BENGUA VILLAMIL, Ricardo ("*Acción reparatoria y acción anulatoria*", págs. 44 y ss.); BERRO, Federico ("*Competencia del Poder Judicial para decidir sobre actos administrativos ilegales. Comentarios sobre el nuevo texto del art. 312 de la Constitución*" en Revista Tributaria, Tomo XXIV, No. 140, pág. 583); CASSINELLI, Horacio ("*Acción de Reparación Patrimonial en la Reforma Constitucional*", en "*Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*", FCU, Mont. 1998, pág. 119 y ss); MARTINS, Daniel Hugo ("*Algunos aspectos del reparatorio patrimonial*", en "*Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996*", FCU, Mont. 1998, pág. 127 y ss); SAETONE, Mariela ("*La acción reparatoria y la prejudicialidad*", en "*La Reforma constitucional*", UCUDAL, Mont. 1997, pág. 171).

3 Esta posición ha sido sostenida por LABAURE ALISERIS, Carlos, "*El agotamiento de la vía administrativa y la nueva redacción del art. 312 de la Constitución*", en Revista de Derecho Público, Número 13, año 1998, pag. 41 y ss.

4 Op. cit.

5 Op. cit., pág. 43.

Luego destaca los dos argumentos que considera fundamentales a favor de la exigencia del previo agotamiento de la vía administrativa⁶:

- a) la referencia del artículo 312 a los actos “definitivos”, los cuales, dice, “*se ha entendido que son aquellos respecto a los que se ha agotado la vía administrativa, siendo ésta la solución del art. 24 del Decreto-Ley 15.524 y 9° de la Ley 15.869*”; y
- b) la consagración de una opción entre la acción reparatoria y la anulatoria en el inciso 2° del art. 312, cuando para el ejercicio de esta última se exige expresamente el agotamiento de la vía administrativa por el art. 319, y por lo tanto el administrado no podría estar aún frente a la “opción” antes de haberse producido tal agotamiento.

También cita en su respaldo los antecedentes que surgen de la Exposición de Motivos de lo que fuera el proyecto denominado “Maxirreforma”, con texto similar al actual art. 312, pues extrae de allí un argumento basado en la “ratio legis” de la señalada prejudicialidad, que consiste en la necesidad de habilitar una revisión del acto administrativo en vía administrativa previamente a la vía jurisdiccional, lo que se justifica especialmente en el caso de autoridades sometidas a jerarquía.

Pero en definitiva, no puede soslayarse que el argumento medular de la tesis “afirmativa” de este autor, es el contenido que le otorga al concepto de “acto definitivo” al que refiere el art. 309 de la Constitución: sostiene que se trata de aquél acto respecto del cual se agotó la vía administrativa, porque así “se ha entendido” y así lo dispone el art. 24 del DL 15.524. Tanto es así, que el propio autor afirma que “*distinta sería la solución de aceptarse la opinión de Méndez, para el que acto definitivo es sinónimo de acto dictado, el que será ejecutorio cuando produzca todos sus efectos, en cuyo caso la referencia del art. 312 al 309 no implicaría la necesidad de agotar la vía administrativa.*”⁷

También interesa destacar (a los efectos del análisis posterior), que según LABAURE la cuestión planteada entre las dos tesis interpretativas es “*en última instancia un dilema entre libertad y autoridad*”, y que se trata de resolver entre adoptar una posición garantista del **interés del particular** y el **interés de la Administración**.⁸

II.1.2.- Posición doctrinaria contraria a la existencia de un presupuesto procesal para la acción reparatoria.

Por otro lado, la enorme mayoría de la doctrina nacional se ha inclinado por esta posición interpretativa del art. 312 de la Constitución. Sintetizaremos a continuación los principales argumentos en que se ha basado, de acuerdo al desarrollo efectuado por diversos autores.

CASSINELLI MUÑOZ⁹ fundamenta su análisis en la búsqueda de una interpretación que haga armónico el artículo 312 con el resto de las normas y Principios constitucionales. Parte de la base de que el art. 24 contiene el principio general de la responsabilidad del Estado, el que no es limitado por el art. 312, sino que esta última norma viene a resolver el tema de la relación entre la acción anulatoria y la reparatoria (estableciendo una opción al actor) pero en un ámbito de aplicación acotado a los actos comprendidos en el art. 309, es decir, los actos definitivos, cuyos perjuicios se reclaman como una consecuencia lógica de la acción de nulidad (por eso se remite al art. 309, que regula la acción de nulidad). Pero ello no impide que en los restantes casos se aplique en su plenitud el art. 24 de la Constitución: si se trata de una acción de reparación de daños causados por un acto administrativo no comprendido en el art. 309 (no definitivo), no hay ningún problema de “opción” a resolver por el art. 312, y por consiguiente se puede entablar la acción de reparación con total independencia de las otras acciones. Sostiene, en consecuencia, que las acciones de reparación que no tengan su fundamento en la ilegitimidad de un acto administrativo (pues se trata de un acto legítimo), y aún cuando el acto administrativo de que se trate pueda haber sido un acto administrativo ilegítimo, pero tal ilegitimidad no se alega como base para el pedimento, no hay ninguna “opción” que resolver por el art.

6 Op. cit., pág. 44.

7 Op. cit., pág. 44, citando a MENDEZ, Aparicio, “*El contencioso de anulación en el Derecho uruguayo*”, Mont. 1952, pág. 131.

8 Op. cit., pág. 43.

9 Op. cit., págs. 119 y ss.

312, y por tanto podrá siempre accionarse la reparatoria en virtud del principio general consagrado en el art. 24 de la Constitución.

Esta posición de CASSINELLI fue acompañada por MARTINS¹⁰, quien afirma que la vía administrativa debe agotarse solamente en el caso de la acción de nulidad, porque no fue establecido en la Constitución ni en ninguna ley que haya que agotar previamente la vía administrativa para poder promover la acción reparatoria¹¹. Como puede apreciarse, este autor hace énfasis en la inexistencia de una norma *expresa* que imponga el requisito de prejudicialidad para la acción reparatoria, como sí sucede con la acción anulatoria (art. 319 de la Constitución).

CAJARVILLE sigue similar línea de razonamiento que la de CASSINELLI¹², y asumiendo que el acto definitivo referido por el art. 309 es aquél respecto del cual se ha agotado la vía administrativa, sostiene que el ámbito de aplicación del art. 312 de la Constitución sólo comprende la acción de reparación de los daños causados por tales actos administrativos definitivos, pero ninguna solución contiene para la hipótesis en que los daños fueron causados por actos respecto a los cuales no se ha agotado la vía administrativa. Por tanto, la reparación de los daños causados por actos administrativos no definitivos, sobre los cuales el nuevo art. 312 nada dispone, se rige por el principio general, que no es otro que el contenido en el art. 24 de la Constitución: la responsabilidad del Estado por el daño causado a terceros puede exigirse judicialmente, sin el requisito previo del agotamiento de la vía administrativa, pues ninguna norma establece la exigencia para ese caso. Así, tanto los actos legítimos como los no definitivos, están fuera de la "opción" del art. 312, no porque estén excluidos de la acción reparatoria, sino porque no procede a su respecto la vía anulatoria en virtud de los art. 309 y 319. Invoca como fundamento de su posición, el art 319 de la Constitución: el previo agotamiento de la vía administrativa no se encuentra establecido como principio general con respecto a cualquier acción jurisdiccional contra las entidades estatales, sino exclusivamente como requisito previo al ejercicio de la acción de nulidad en el art. 319, y "*ninguna otra disposición constitucional ni legal exige el agotamiento de la vía administrativa como requisito para promover una acción reparatoria.*"¹³

El Dr. DELPIAZZO¹⁴, dentro del estudio sobre los problemas actuales de la responsabilidad administrativa, aborda también la problemática interpretativa generada por la nueva redacción del art. 312 de la Constitución en lo que refiere a la responsabilidad derivada de los actos administrativos. Se pronuncia en forma contraria a la posibilidad de aceptar con carácter general la postura de interpretar que dicha norma establece la necesidad de interponer los recursos administrativos que correspondan como requisito previo a acudir al reparatorio patrimonial. Funda su posición en similar argumentación a la que viene de analizarse, basándose en que el artículo 24 de la Constitución consagra la responsabilidad de las entidades estatales por los daños causados a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección, y ninguna norma establece que para ese caso se requiera el agotamiento previo de la vía administrativa, por lo que no cabe sostener la existencia de tal exigencia por vía interpretativa. En consecuencia, la reparación de los daños causados por actos administrativos no definitivos, sobre los cuales el art. 312 nada dispone, se rige por el principio general. La misma posición fue sostenida por dicho autor en publicaciones extranjeras especializadas.¹⁵

En el mismo sentido, Cristina VAZQUEZ¹⁶ sostiene que, sin perjuicio de la particular hipótesis comprendida en el art. 312 de la Constitución (la de un sujeto titular de un derecho subjetivo o un interés directo, personal y legítimo, lesionado por un acto administrativo definitivo, cumplido por la Administración en ejercicio de sus funciones, contrario a una regla de Derecho o con desviación de poder), rige el principio general del art. 24 de la Carta, en virtud del cual puede accionarse contra el Estado para hacer efectiva su responsabilidad, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa. Según la autora, precisamente

10 Op. cit., pág. 129.

11 En el texto dice "acción de nulidad" en vez de "acción reparatoria", lo cual, de acuerdo al contexto, seguramente es un error de imprenta.

12 Op. cit., pág. D-53.

13 Op. cit., pág. D.54.

14 DELPIAZZO, Carlos, en "*Estudios...*" cit., pág. 27-28.

15 DELPIAZZO, "*Responsabilidad de la Administración...*" cit. en Revista Iberoamericana de Administración Pública, pág. 43y 44.

16 Op. cit., págs. 174 y 175.

el ámbito de aplicación del art. 312 se ve acotado al caso previsto en el art. 309, porque sólo el sujeto colocado en esa particular situación (haber agotado la vía administrativa) podrá tener la “opción” entre la acción de nulidad y la reparatoria, ya que de no contar con un acto definitivo no podría promover la acción anulatoria. El sentido de la nueva redacción del art. 312 es pues, para esta autora, poner fin a la tan cuestionada prejudicialidad de la *acción anulatoria* respecto de la reparatoria, pero en modo alguno impone un requisito de prejudicialidad para esta última.

Por su parte, Federico BERRO¹⁷ apela a la “intencio juris” de la reforma –que había sido destacada asimismo por el Dr. CAGNONI¹⁸-, que no consistía en mantener sino en eliminar la exigencia de interponer los recursos administrativos como condicionamiento de la acción de reparación. Como argumento de texto, sostiene que si el propósito hubiere sido establecer un requisito formal de tal envergadura se lo habría impuesto a texto expreso o al menos mediante una referencia al art. 319 de la Constitución, que lo dispone en forma específica para la acción de nulidad.

II.2.- Jurisprudencia.-

Hasta aquí una breve reseña de la posición de la doctrina. La jurisprudencia, por su parte, no ha sido uniforme desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional, y la amplitud del lapso transcurrido hasta el presente, nos permite una mejor perspectiva de las diversas posiciones asumidas por los distintos tribunales de justicia.

Podría distinguirse un primer período se extiende desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional hasta el dictado de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 148 de 6 de setiembre de 2006. En general este período se caracteriza por la existencia de pronunciamientos judiciales “opuestos” al fenómeno de la doctrina: salvo casos aislados (que se verificaban fundamentalmente en primera instancia), primaba en forma ampliamente mayoritaria la tesis proclive a interpretar que el art. 312 de la Constitución en su nueva redacción impone el requisito de prejudicialidad en cuestión para la acción reparatoria. En dicho período se consolidó la jurisprudencia de la totalidad de los Tribunales de Apelaciones afín a esta posición, a la que se sumó finalmente la Suprema Corte de Justicia, en pronunciamientos como la Sentencia No. 126 de 6 de junio de 2005.

Un segundo período se inicia claramente con la citada Sentencia No. 148 de la Suprema Corte de Justicia, que modifica radicalmente su posición anterior, desestimando el excepcionamiento basado en la prejudicialidad del agotamiento de la vía administrativa respecto de la acción reparatoria patrimonial contra las entidades estatales. Si bien los Tribunales de Apelaciones no han modificado su posición, la trascendencia de esta nueva posición de la Suprema Corte de Justicia es indudable, no sólo por las consecuencias jurídicas que tiene en los procesos jurisdiccionales que se someten a su jurisdicción, sino por el proceso de consolidación de los fundamentos jurídicos en los fallos más recientes, que han ido avanzando en el terreno de la aplicación de principios y métodos propios de interpretación de la Constitución, como en el caso de la Sentencia No. 315 de 31-VIII-2009. Veremos a continuación una breve reseña de los principales argumentos esgrimidos por estas distintas tendencias jurisprudenciales.

II.2.1.- Jurisprudencia de los Tribunales de Apelaciones y la SCJ hasta el dictado de la Sentencia No. 148/2006.

Respecto de los argumentos sostenidos por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, resulta ilustrativo el desarrollo efectuado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno en Sent. No. 18 de 24 de febrero de 2003¹⁹. Allí se consideraba que la remisión del art. 312 al art. 309 resulta definitiva de la cuestión, pues por obra de dicha remisión se impone la necesidad de contar con un “acto definitivo” como requisito previo

17 Op. cit., pág. 583.

18 CAGNONI, Aníbal, “Primeras consideraciones acerca de las reformas a la Constitución”, en Rev. De Derecho Público, Año 1997, No. 10, pág. 44 y ss.

19 En LJU, Tomo 128, setiembre-octubre de 2003, pág. J-158 y ss.

a la acción reparatoria, es decir, haber agotado a su respecto la vía administrativa. Por ello la “opción” a que alude el art. 312 solo puede ejercerse una vez que se cuenta con dicho acto definitivo.²⁰

Pero más allá de este argumento “de texto” basado en el contenido de la norma constitucional, el Tribunal acudía a dos argumentos que denomina “lógicos” y “jurídicamente coherentes” (aunque no los extrae del texto constitucional sino de su propia construcción jurídica), uno de ellos relacionado con la Administración y el otro con el administrado, a saber:

- a) Por un lado, a la “ratio legis” de la vía recursiva, que otorga a la Administración la oportunidad de corregir su propio error antes de ser responsabilizada patrimonialmente por el mismo (lo cual revisite especial relevancia en el caso de los órganos sometidos a jerarquía o los entes sometidos a tutela administrativa).²¹
- b) Por otro lado, desde el punto de vista del administrado, considera que a la luz de la “teoría de los actos propios”, la no impugnación en vía administrativa equivaldría a consentir el acto, siendo la vía recursiva una instancia de “autotutela” de su derecho necesariamente previa a acudir a los mecanismos de “heterotutela” representados por la vía jurisdiccional.²²

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno adoptó la misma posición en la Sentencia No. 140 de 11 de octubre de 2000²³ fundándose expresamente en el concepto de acto “definitivo” contenido en el art. 24 del Decreto-Ley 15.524, por lo que la remisión al art. 309 impone, a entender de dicho cuerpo, el agotamiento de la vía administrativa como requisito previo a la acción reparatoria. Cita en su respaldo el trabajo del Dr. Labaure.²⁴

20 Expresa en tal sentido el mencionado Tribunal: “En opinión del Tribunal, el art. 312 de la Constitución está regulando si la opción en caso de actos definitivos, pero porque presupone que se llegó hasta ese estado, esto es, hace nacer la opción porque parte de la base de que con anterioridad, el damnificado utilizó los medios a su alcance para obtener solución ante la propia Administración, a través del agotamiento de la vía administrativa. Ninguna necesidad habría tenido de aludirse a actos definitivos si la opción se pudiese ejercitar antes (es decir, ante el solo dictado del acto). La opción se establece recién en el momento en que el acto es definitivo, porque el art. 312 está refiriendo a dos vías jurisdiccionales de contralor (anulatoria y reparatoria), y no a la previa de contralor administrativo, que reglamentó mediante otra norma, el art. 317.” Y más adelante expresa: “Si el administrado no impugna en vía administrativa, no alcanza el momento en el cual se le abre la opción por la impugnación jurisdiccional. No es cierto que el art. 312 de la Carta únicamente regule la impugnación anulatoria, también contempla la reparatoria, y para ambas exige la definitividad del acto, que no se obtiene si no se agotó la vía administrativa. La solución apuntada se corrobora cuando se observa que el art. 312 exige a texto expreso, como legitimación para el proceso reparatorio, la misma que para demandar la anulación; que precisamente es el agotamiento de la vía recursiva administrativa, por imperio a la alusión a “actos definitivos” contenida en el art. 309”

21 Manifiesta al respecto que “En esencia, todo el régimen recursivo administrativo perdería gran parte de su utilidad si pudiese acudirse directamente a la reparación; no se brindaría a la Administración la oportunidad de corregir su propio error, de controlar la actividad de sus subordinados jerárquicos o de los entes sometidos a tutela. Y lo que es más grave: en no recurrir, el administrado estaría plegando su voluntad al proceder administrativo que luego cuestiona, incidiendo así de modo directo en la eventual causalidad de los daños que alega. Parece más lógico y jurídicamente coherente habilitar el reclamo jurisdiccional reparatorio cuando se cuenta con voluntad definitiva de la Administración, con la última palabra de ésta, que no opera sino con el agotamiento de la vía administrativa...”

22 Sobre este punto, expresa el Tribunal textualmente: “...no agotar la vía administrativa equivale a consentir el acto, y por simple aplicación de la teoría de los actos propios, ello perjudica el interés del reclamante... Existe un orden o secuencia natural entre los distintos modos de protección que puede ejercitarse ante la invocada violación de un derecho: primeramente, la autotutela... luego la autocomposición... y recién luego de la imposibilidad o fracaso de los modos precedentes, aparece la heterotutela como búsqueda de protección ante un tercero, sistema que admite la heterotutela administrativa (por vía recursiva) o jurisdiccional. El acudir al proceso jurisdiccional no configura sino la última garantía que el ordenamiento jurídico acuerda al titular presuntamente lesionado, pero la existencia de otras puede incluso disponerse de modo que resulten de previo seguimiento... En consecuencia, si el interesado no utilizó los mecanismos directos puestos a su disposición, no se verifica cumplimiento de la cuestión previa, y no puede válidamente instaurarse el proceso reparatorio, en virtud de lo establecido por el art. 305 del Código General del Proceso, que no hace sino recoger las soluciones de la doctrina procesal en materia de procesos y cuestiones precedentes (previos y prejudiciales)... En el caso de la recurrencia en vía administrativa como cuestión previa, si no se la dedujo y el plazo para incoarla ya transcurrió, corresponderá la clausura definitiva del proceso reparatorio.”

23 En LJU T. 123, enero-febrero de 2001, Suma No. 123025, pág. S-10.

24 Concretamente, sostiene el mencionado Tribunal que “el art. 312 de la Constitución en su inc. 1 habilita el accionamiento reparatorio para los perjuicios causados “...por actos administrativos a que se refiere el art. 309”, esto es, “actos administrativos definitivos”, concepto que según el art. 24 inc. 1 del Dec. Ley No. 15.524 debe reservarse a aquéllos actos respecto de los cuales “se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre el o los recursos que correspondan. Si no se cumplió con ello existe ausencia de un presupuesto procesal.”

En igual línea de razonamiento, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno ha entendido que la normativa vigente impone *“la necesidad de agotamiento de la vía administrativa para la promoción útil de acción reparatoria por responsabilidad del Estado por acto administrativo ilícito y no reconoce acción ante actos ilegítimos firmes, que han sido consentidos, no definitivos”* citando también entre los fundamentos el trabajo del Dr. Labaure.

Hasta aquí algunos de los fundamentos más relevantes de la posición que fueron desarrollando los Tribunales de Apelaciones en lo Civil, favorable a la existencia del presupuesto procesal señalado.²⁵

Por su parte, la posición que en el mismo sentido adoptó en dicho período la Suprema Corte de Justicia puede apreciarse claramente en su Sentencia No. 126 de 6 de junio de 2005, que constituyó el primer pronunciamiento posterior a la reforma constitucional sobre la cuestión de prejudicialidad del art. 312.²⁶ Allí, en fallo dictado por mayoría²⁷, se expide en sentido análogo al sustentado hasta el momento por los Tribunales de Apelaciones, es decir, considerar que la acción reparatoria contra los daños causados por un acto administrativo posee un requisito de prejudicialidad, cual es el agotamiento de la vía administrativa.

La discordia²⁸ invoca como fundamento la doctrina ya citada en el capítulo anterior, entendiéndose que no es admisible la prejudicialidad tanto por razones de texto como de *“ratio legis”* del art. 312 de la Constitución. Sostiene, citando a CASSINELLI y MARTINS, que no se encuentra establecida ni en la Constitución ni en ninguna ley, la necesidad de agotar previamente la vía administrativa para poder acudir a la acción reparatoria, y la prueba es que no puede haber tal agotamiento en los casos de reclamarse la responsabilidad del Estado por hechos o por omisión. A su vez, citando al Dr. Federico BERRO, la discordia desarrolla también el argumento de la *“intentio juris”*, pues entiende que mantener la exigencia de los recursos para la vía reparatoria sería contradictorio con la intención de la reforma constitucional. En definitiva, se afirma en la referida discordia, que la opción del art. 312 la hará el actor según sus legítimos intereses, y si opta por la acción reparatoria resulta innecesario cumplir con el requisito de prejudicialidad. Esta fundamentación de la discordia constituirá más adelante el eje argumental de la nueva jurisprudencia de la SCJ que se inicia a partir de la Sentencia No. 148/2006, en que los discordes pasan a integrar la mayoría, como veremos enseguida.

El fallo en mayoría de la Sentencia No 126/2005, en cambio, desarrolla su argumentación según el siguiente esquema: el artículo 312 inciso primero habilita la acción reparatoria por los actos administrativos relacionados en el art. 309 de la Carta, que se refiere a los actos *“definitivos”*, por lo cual considera que *“la cuestión finca en definir cuáles son actos administrativos definitivos”*. Y al respecto afirma que *“definitivos”* son aquellos actos respecto de los cuales se ha agotado la serie procesal de recursos ante la propia Administración, citando en respaldo de esta afirmación (al final de la parte expositiva), el art. 24 inc. 1ero. del Decreto-Ley 15.524. Considera que por existir una expresa remisión de clara estirpe constitucional al art. 309, no puede hablarse de *“ambigüedades”* o *“supuestos descuidos”* del texto, que den lugar a una *“elección”* del intérprete.

En definitiva, en lo medular, el fundamento de la Suprema Corte de Justicia en el citado fallo consistía en que habiendo una remisión en el art. 312 al art. 309 de la Constitución, que refiere a los actos administrativos

25 Otro ejemplo ilustrativo es la Sentencia No. 475 de 7 de agosto de 2002 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno (en Revista de Derecho Público N° 21-22, Año 2002, pàg. 220), de la que cabe destacar siguiente fragmento: *“No debe confundirse la noción del acto definitivo (impugnado por recursos luego rechazados) con el acto firme (no sólo aquel contra el cual se rechazaron los recursos, sino también aquél contra el cual no fueron interpuestos) (...) No es cierto que el art. 312 de la Carta únicamente regule la impugnación anulatoria, también contempla la reparatoria y para ambas exige la definitividad del acto, que no se obtiene si no se agotó la vía administrativa. (. . .) La conclusión que se propicia por la Sala, en nada implica interpretación a contrario sensu, o violatoria del art. 24 de la Constitución: para hacer valer la responsabilidad consagrada por éste se exige alcanzar la vía anulatoria primero (opción por anulación o reserva de reparación) o la vía reparatoria (opción directa), pero en ambos casos, luego del agotamiento de la vía administrativa porque el requerimiento de este presupuesto no se desprende a contrario sensu del texto, sino implícitamente del mismo y de los demás contenidos en la Sección, sin que ello signifique alterar el principio establecido en el art. 24 (. . .) Por otra parte, no agotar la vía administrativa equivale a consentir el acto, y por simple aplicación de la teoría de los actos propios, ello perjudica el interés del reclamante. No puede ignorarse que en la causalidad del presunto daño que se invoque, incidirá tanto el proceder estatal como el del damnificado, si éste no utilizó los remedios a su alcance para evitar el acto lesivo”*.

26 dictada en autos caratulados *“GATICA GONZALEZ, Miguel c/Administración de las Obras Sanitarias del Estado (O.S.E.) – Resp0onsabilidad Administrativa – Casación”*, Ficha No. 5-284/2003.

27 La mayoría fue integrada por los Ministros Dres. Daniel Gutierrez Proto, Hipólito Rodríguez Caorsi y Pablo Torise Rossi.

28 Suscrita por los Dres. Parga Lista y Van Rompaey.

“definitivos”, la cuestión radica en la interpretación de cuál es el concepto de acto definitivo, para lo cual acude a la Ley.

II.2.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia a partir de la Sentencia No. 148 de 6 de setiembre de 2006.

El cambio de integración de la Suprema Corte de Justicia dio lugar al trascendente cambio en la jurisprudencia sobre el tema analizado, que se mantiene hasta el presente, y que se inició con el dictado de la Sentencia No. 148 en el año 2006.

Interesa destacar que si bien inicialmente estos fallos en mayoría se limitaron a adoptar prácticamente los fundamentos que sostenía hasta el momento la posición disidente que ya hemos reseñado en el capítulo anterior (sustentados en la “intenció juris” del constituyente y la ausencia de limitaciones expresas al artículo 24)²⁹, en la jurisprudencia más reciente se han incluido fundamentos orientados hacia la metodología específica de interpretación de la Constitución, que entendemos plenamente compartibles a la luz del análisis que sobre el punto realizaremos en los dos capítulos siguientes.

En este sentido, la Sentencia No. 315 de 31 de agosto de 2009³⁰ redactada por el Dr. Leslie Van Rompaey, previamente a la transcripción de los fundamentos que ya esgrimiera la SCJ en Sentencia No. 148/2006, expresa en términos que nos interesa destacar textualmente, que la exigencia del agotamiento de la vía administrativa “*implica una limitación al derecho del justiciable*” y que para determinar si este trámite debe verificarse con carácter previo al ejercicio de la acción reparatoria “*corresponde acudir a las normas constitucionales*” que directa o indirectamente refieren a la cuestión planteada (artículos 312, 309 y 319 de la Constitución de la República (Considerando II).

A su vez expresa más adelante, en la parte final del mismo Considerando II), que “*La Constitución no aclara el concepto de acto administrativo definitivo, por lo que las definiciones que de los mismos brinda otra norma de base legal para una materia determinada no pueden imponerse al intérprete con referencia a la cuestión planteada.*” Y siguiendo esta línea de razonamiento, que entendemos aborda acertadamente la cuestión medular de los métodos interpretativos de la Constitución, concluye que “*El Dec. Ley No. 15.524, en su art. 24 inc. 1º, establece en qué condiciones los actos administrativos adquieren el carácter de “definitivos”, pero indica claramente que esto es, únicamente, a los efectos de la acción anulatoria.*”

Acudiremos a continuación a algunos conceptos sobre métodos y formas de interpretación de la Constitución que a nuestro entender podrían constituir aportes a la discusión planteada y respaldan plenamente la posición sustentada por la Suprema Corte de Justicia a partir de la Sentencia no. 148 de 2006. En el mismo sentido, Sentencias más recientes como la citada No. 315/2009 constituyen un trascendente avance en la consolidación de la interpretación correcta del artículo 312 de la Carta.

III.- CONCEPTOS GENERALES SOBRE MÉTODOS Y FORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.

III.1. Principios y Métodos de interpretación propios del Derecho Constitucional.

No volveremos sobre el análisis de los fundamentos sustentados por la prestigiosa doctrina nacional –ya citada– que rechazó la existencia del requisito de prejudicialidad desde la entrada en vigencia del nuevo texto del artículo 312, pues tales fundamentos resultan suficientemente claros por sí mismos. Sin perjuicio

29 Expresa en este sentido el Considerando III) de la Sentencia No. 148/2006: “*El contenido normativo del nuevo texto no es el de restablecer un condicionamiento a la acción de reparación mediante los recursos administrativos, sino, justamente, se pretendió lo contrario; o sea establecer la vía directa e incondicionada para solucionar los inconvenientes del sistema anterior. Mantener la exigencia de los recursos sería absolutamente contradictorio con la “intenció juris” de la reforma del art. 312 (BERRO, FEDERICO, “Competencia del Poder Judicial para decidir sobre actos administrativos”, “Comentarios sobre el nuevo texto del art. 312 de la Constitución” en Revista Tributaria, T. XXIV, No. 140, pág. 583).*”

30 Publicada en el Diario Oficial No. 27.828 de 2 de octubre de 2009, pág. 136-C.

de ello, cabe destacar que aún en los fallos de la SCJ dictados a partir del año 2006 –en posición coincidente con la mayoría de la doctrina–, dicho Cuerpo no ha adoptado, por ejemplo, el fundamento doctrinario de que el art. 312 tiene acotado su ámbito de aplicación, y sólo refiere a un tipo específico de actos (los definitivos), quedando el resto comprendido por la regla general del art. 24 de la Constitución, es decir, puede accionarse a su respecto la demanda reparatoria sin necesidad de cumplir requerimientos prejudiciales.

Aún si partiéramos, entonces, del supuesto de que el art. 312 es aplicable a todos los actos administrativos, y exige que los mismos hubieren alcanzado la condición de “definitivos” para poder accionar la reparatoria a su respecto, en todo caso no debe olvidarse que el Derecho Constitucional posee, como toda rama autónoma del Derecho, Principios y Métodos interpretativos propios, que en el caso concreto pueden llevarnos por sí solos a la conclusión de que la remisión del artículo 312 no impone en modo alguno el requisito de agotamiento de la vía administrativa para reclamar la reparación patrimonial del daño causado por un acto administrativo.

Para ello, en primer lugar, no debe olvidarse que el concepto de “acto definitivo” dependerá de la solución de Derecho Positivo interno de cada país, lo que limita las posibilidades de acudir a la doctrina extranjera o al derecho comparado para analizar la cuestión.

La tarea de *interpretación* no refiere solamente al esclarecimiento del contenido de una norma jurídica. Por el contrario, en tanto toda norma está inserta en un sistema jurídico, se debe intentar el esclarecimiento de todo el ordenamiento para darle sentido a aquélla³¹.

En relación a los problemas interpretativos que plantea en concreto la Constitución, RISSO FERRAND ha señalado que la tarea se torna compleja porque las reglas de interpretación contenidas en la legislación (que en nuestro Derecho se encuentran en el Título Preliminar del Código Civil) *no son por sí mismas idóneas para la interpretación de la Constitución* en los casos de Constitución rígida (como el nuestro), debiendo determinarse entonces en primer lugar cuáles son las reglas de interpretación válidas respecto a dicha Carta.³²

Excede el propósito del presente trabajo reproducir aquí todo el desarrollo de la doctrina constitucionalista sobre la interpretación de la Constitución. Pero sí nos limitaremos a invocar aquellos conceptos sobre los principios y métodos de interpretación que nos pueden resultar útiles para evaluar los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que han sido vertidos sobre el tema del art. 312 y la cuestión de prejudicialidad de la acción reparatoria.

III.2. Algunos aspectos concretos de los Principios y Métodos de interpretación constitucional.

En tal sentido, interesa destacar, en primer lugar, que la interpretación “auténtica” (realizada por otra norma *posterior* y de *idéntica jerarquía* a la norma interpretada) es muy poco común en el caso de la Constitución, como sí lo es a nivel legal (y se prevé expresamente en el art. 13 del Código Civil).³³ Una ley anterior a la Constitución no constituye, pues, una fuente de interpretación auténtica (por ser *anterior* y por ser de *menor jerarquía*).

A su vez, si bien es cierto que el numeral 20 del art. 85 de la Constitución confiere a la Ley la posibilidad de interpretar la Constitución, la doctrina entiende que, dada la inferior jerarquía de la Ley, ello sólo es posible si se trata de una verdadera ley “interpretativa”³⁴. Para ello, debe obviamente tratarse de una ley posterior a la disposición que se pretende interpretar, y deben cumplirse dos supuestos: a) incertidumbre en la interpretación de una norma; y b) que la ley hubiere sido sancionada con la *finalidad* de establecer la interpretación.³⁵

31 Cfm. RISSO FERRAND, Martin, “Derecho Constitucional” Tomo I (Introducción – Interpretación – Defensa Jurídica de la Constitución), INGRANUSI Ltda., Mont. 1996, pág. 52

32 RISSO FERRAND, op. cit., pág. 53.

33 RISSO FERRAND, op. cit., pág. 54.

34 RISSO FERRAND, op. cit. pág. 55.

35 SUPERVELLE, Bernardo, “El alcance de la ley interpretativa”, en Rev. de Derecho Público y Privado” Tomo 42, pág. 369.

La Suprema Corte de Justicia (que podrá juzgar, de todos modos, la constitucionalidad de la ley interpretativa), se ha pronunciado incluso desconociendo el carácter interpretativo de una ley a pesar de que la misma fue calificada formalmente como tal.³⁶

En cuanto a los métodos de interpretación de la Constitución, la más prestigiosa doctrina nacional ha sostenido que en primer lugar *“es de esencia que las normas se orientan a la realización de un fin, por lo que va implícito que la labor del intérprete ha de orientarse en vista del fin propuesto y que, por tanto, cuando al examinar un precepto...se le presenten como posibles varias soluciones interpretativas distintas, el criterio para elegir entre ellas le estará dado por la consideración de cuál de los criterios interpretativos se ajusta mejor a la realización del fin que la norma trata de realizar”*³⁷

La determinación de cuáles son esos fines no puede ser arbitraria, sino que debe surgir del análisis integral y sistemático del propio texto constitucional a interpretar. En tal sentido, RISSO FERRAND ha señalado que nuestra Constitución recibe la concepción jusnaturalista en materia de derechos fundamentales (arts. 7 y 72), con un régimen de principios libertad e igualdad³⁸, citando a JIMÉNEZ DE ARECHAGA en cuanto sostiene que el fin básico del Derecho Constitucional es que constituye una garantía para los gobernados, y a LOWENSTEIN, quien señalaba que la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto.

En definitiva, de acuerdo a la doctrina constitucionalista, entre dos interpretaciones posibles (que puedan presentarse en principio como igualmente válidas), la Constitución impone aplicar el *criterio interpretativo* que implique optar por la solución acorde a la protección de las garantías individuales frente a la que se incline por las atribuciones del poder estatal. Coincidentemente con esto, también la referida doctrina afirma que la solución de principio es que nada le está prohibido al individuo mientras no haya un texto legal formal que establezca la prohibición.³⁹

También señala RISSO FERRAND, por otra parte, que en el caso de la Constitución la interpretación lógica sistemática y contextual de la norma debe referirse a las restantes normas formalmente constitucionales y no a las de inferior jerarquía, pues *“sería un contrasentido inadmisibles pretender armonizar una disposición constitucional con la legislación inferior.”*⁴⁰

A su vez, en el caso de la Constitución el texto de la norma adquiere aún mayor relevancia que en los métodos interpretativos de la ley ordinaria, por una razón fundamental, ya señalada por JIMÉNEZ DE ARECHAGA: la autoridad de nuestras Constituciones (con excepción de la Carta de 1830), no proviene de Asambleas Constituyentes sino de actos plebiscitarios de ratificación. No se plebiscitaron ni las actas ni los debates, sino solamente el texto. El cuerpo electoral ha votado un texto y nada más que esto, se supone que lo ha entendido, y al mismo debe atenerse el intérprete.⁴¹

Esta mayor relevancia del texto condiciona al intérprete a elegir dicho texto cuando se vea enfrentado a la opción *“texto vs. intención”*, pues fue el texto el único objeto sobre el que se pronunció el cuerpo electoral.⁴²

36 Sent. No. 54/1977, 23 de 25/5//1991, entre otras.

37 JUMENEZ DE ARECHAGA, Justino, *“La Constitución Nacional”*, Edit Cámara de Senadores, 1992, Tomo I, pág. 135 (los destacados nos pertenecen).

38 Op. cit., pág. 61.

39 RISSO FERRAND, op. cit., pág. 69.

40 Op. cit., pág. 64.

41 JIMÉNEZ DE ARECHAGA, op. cit., pág. 144 y 153, citado por RISSO FERRAND, op. cit., pág. 63.

42 RISSO FERRAND, Martín, op. cit., pág. 67.

IV.- APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN AL CASO CONCRETO: CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE “ACTO DEFINITIVO”. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER LIMITACIONES AL ACCESO A LA JURISDICCIÓN REPARATORIA POR VÍA DE LA REMISIÓN CONTENIDA EN EL ART. 312 DE LA CONSTITUCIÓN.

Aplicando las reglas antedichas a la cuestión que nos ocupa, y concretamente en relación a los argumentos que han sostenido doctrina y jurisprudencia, entendemos que pueden hacerse las siguientes reflexiones:

IV.1.- La imposición de restricciones a la libertad de accionar contra el Estado por la responsabilidad patrimonial que le cupiere en el dictado de un acto administrativo, constituye una solución *de excepción* en el propio texto constitucional, pues resulta adversa al principio general y derecho fundamental irrestricto del art. 24 de la Carta. Como solución de excepción, corresponde su interpretación estricta.

Pero además, expresaba el propio Dr. LABAURE, que la interpretación del art. 312 sobre la imposición de un requisito de prejudicialidad de la acción reparatoria es “*en última instancia un dilema entre libertad y autoridad*”, y que se trata de resolver entre adoptar una posición **garantista del interés del particular** y el **interés de la Administración**. Ahora bien, según las reglas interpretativas que venimos de analizar, la Constitución debe ser interpretada, ante dicho dilema, siguiendo el *criterio de la finalidad* que surge de su contexto jusnaturalista, siendo este criterio, como hemos visto, el de la libertad frente a la autoridad, y la garantía del interés del individuo frente al de la Administración.

IV.2.- Este criterio interpretativo cobra relevancia si se advierte que el art. 312 se remite al art. 309, el que sí contiene la expresión “acto administrativo definitivo”, pero no surge del texto ni del contexto *de la propia Constitución* (que es el que debe tenerse en cuenta), que ello necesariamente implique el agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, el contexto de la Constitución parece indicar lo contrario: que no es este aspecto el que define al “acto definitivo” mencionado en el art. 309, pues si ello fuera así, carecería de sentido el art. 319 (aún en el texto anterior a la reforma). En efecto, si “acto definitivo” fuera, para la Constitución, aquel acto respecto del cual se ha agotado la vía administrativa, el inciso primero del art. 319 carecería de objeto, ya que se limita a imponer a texto expreso, sin realizar ninguna alusión al concepto de “acto definitivo”, el requisito del agotamiento de la vía administrativa para la acción de nulidad, que es la única acción contemplada por el 309.

También de esta interpretación contextual surge que cuando la Constitución quiso imponer un requisito de prejudicialidad de tal envergadura que tenga la aptitud de limitar la libertad del individuo para accionar contra el Estado (como en el caso de la acción de nulidad), lo ha impuesto en forma expresa, y no mediante una vía tan indirecta como la remisión a otra norma que a su vez contiene un concepto (acto definitivo) cuyo contenido no surge claramente de la propia Constitución, pero mucho menos surge de dicha Carta que implique la necesidad de agotar previamente la vía administrativa. El artículo 24 de la Constitución confiere al individuo el derecho de accionar la reparación de daños contra el Estado sin limitaciones.

Estas reflexiones parecerían abonar la tesis de que “acto definitivo” en el concepto del art. 309 pudo haber sido el acuñado por MENDEZ, autor expresamente citado por LABAURE –según hemos visto ut supra-, para quien el que acto definitivo es sinónimo de acto “dictado”, es decir, el que será ejecutorio cuando produzca todos sus efectos. Este concepto se aproximaría más, entonces, al de acto originario, es decir, creador de la situación jurídica lesiva, contenido en el inciso segundo del art. 24 del DL 15.524 ⁴³(aunque, como veremos a continuación, no puede tomarse una definición legal de este tipo como vinculante).

IV.3.- No procede fundar el concepto de acto “definitivo” únicamente en el inciso primero del art. 24 del Decreto-Ley 15.524, ya que siendo la misma una norma de rango legal, no podría admitirse la interpretación

⁴³ Esta norma dispone textualmente: “*Dichos actos (los definitivos) constituyen la última expresión de voluntad del órgano del Estado, Ente Autónomo, Servicio Descentralizado o Administración Municipal, manifestada en función administrativa y deben producir efectos jurídicos, esto es, ser creadores de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad*”

del art. 309 de la Constitución (y en consecuencia del art. 312) en base a la misma. No se puede tampoco atribuir a esta norma el carácter de “interpretativa” de la Constitución, por ser anterior al actual art. 312 de la Carta, según hemos visto en el capítulo anterior.

De todos modos, cabe observar que el referido artículo 24 inciso primero dice textualmente que “*Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter de definitivos cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa...*” (destacado nuestro). Es decir, que la propia norma legal tiene un ámbito de aplicación acotado del concepto de acto definitivo que proporciona, referido *únicamente a la acción anulatoria* (dicha norma se encuentra, además, en el contexto de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo). Esto quita aún más fuerza a una interpretación del art. 312 de la Constitución que pretenda hacer aplicable por vía de la remisión normativa, una limitación al derecho de promover la acción reparatoria, que se desprende de una definición legal y únicamente aplicable a la acción anulatoria.

IV.4.- A su vez, y también de acuerdo a las reglas interpretativas que se analizaron en el capítulo anterior, debe relativizarse sustancialmente la trascendencia de lo que pudo haber sido la “intención” de la reforma, dada la especial relevancia que tiene el texto “*vs. la intención*”. Esa especial relevancia de la interpretación textual y contextual dentro de la propia Constitución, es la que nos lleva a las conclusiones precedentes, y minimiza, ante un texto de rango constitucional, la importancia de los “antecedentes” o “historia fidedigna de la sanción”, citados tanto por LABAURE (quien hacía referencia a la “Maxirreforma” frustrada), como por la posición contraria de la doctrina y jurisprudencia (véase en tal sentido la propia Sentencia de la SCJ No. 148/2006), referidos a la intención o “intencio juris” del constituyente de acortar los plazos y abreviar las instancias al administrado.

En el mismo sentido, esta imposición del texto constitucional como criterio rector de la interpretación, relativiza la importancia de los argumentos que invocaban a la “conveniencia” y “coherencia jurídica” de otorgar a la Administración (sobre todo cuando está sometida a jerarquía) la oportunidad de revisar sus actos antes de ser responsabilizada por ellos, pues dicha “coherencia” supuestamente derivada de la “ratio legis” de la norma (que no deja de ser un criterio del intérprete), cedería frente a la imposición de una interpretación constitucional basada primordialmente en el texto, del cual no se desprende claramente la imposición de una limitación a una garantía general (el libre acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de reparación patrimonial) consagrada constitucionalmente. Lo antedicho resulta aplicable asimismo al desarrollo jurisprudencial sobre la Teoría de los Actos Propios, que ya hemos citado.

V.- CONCLUSIÓN.

Las conclusiones del presente trabajo son en realidad los puntos contenidos en el capítulo anterior. No se pretende otra cosa que agregar algunas reflexiones sobre el tema planteado, partiendo de los argumentos que ya han sido vertidos por la doctrina y la jurisprudencia, analizándolos desde la perspectiva de los métodos y principios propios de interpretación constitucional.

Sin perjuicio de ello, y a modo de reflexión final, parece pertinente citar un pensamiento de JIMÉNEZ DE ARECHAGA a propósito del desarrollo que efectuara dicho autor sobre la Interpretación de la Constitución. Concluía el citado autor en esa oportunidad: “*Y piénsese también que el sometimiento al tenor literal de la Constitución es un homenaje que se hace al pueblo de la República. El pueblo ha votado un texto. Debe suponerse que lo ha entendido. Debe interpretarse como normal y lealmente debe suponerse que lo ha entendido. Otra cosa es aceptar que sea lícito el engaño al pueblo, requiriendo de él la sanción de textos que después han de ser manejados, o por políticos demasiado preocupados por el deber ser del Derecho, o por juristas demasiado preocupados por la influencia que sobre ellos ejerce una particular literatura científica.*”⁴⁴

44 JIMÉNEZ DE ARECHAGA, op. cit. pág. 149 a 153, citado por RISSO FERRAND, op. cit., pág. 68.

LOS COLABORADORES DE LA JUSTICIA EN ITALIA

JESÚS SANTOS ALONSO¹
MERCEDES DE PRADA RODRÍGUEZ²

1.- INTRODUCCIÓN

La expresión “protección de testigos” es una etiqueta en idioma castellano de la imagen anglosajona del *Common Law*. En Italia se prefiere hablar de “colaboradores de justicia” o de “arrepentidos”; que si bien, no es propiamente un término jurídico-técnico, refleja la idea de un completo cambio de conducta, especialmente procesal, por parte del sujeto afectado. En el ordenamiento italiano, estas figuras no son un instituto general del derecho penal y procesal penal, todo lo contrario, son excepcionales y sólo se encuadran en el ámbito del crimen organizado y del terrorismo. El rasgo fundamental de estas organizaciones criminales es su carácter cerrado, motivo por el que, las investigaciones tradicionales no resultan eficaces. Existe un riesgo muy elevado de que los colaboradores se encuentren sometidos a intimidación, por ello, el Estado tiene que garantizar su seguridad con medidas de protección adecuadas. Cuando se alude a protección de testigos en el campo del crimen organizado, se considera a personas que casi siempre se encuentran acusadas y presas y que deciden, frente a los beneficios que la legislación tiene previstos a favor de los colaboradores, escoger la vía de la colaboración con la justicia, siempre y cuando estén en la condición de revelar hechos nuevos y relevantes para iluminar escenarios propios de la delincuencia organizada.

Son razones históricas y jurídicas las que determinan que, en Italia, no se hable de testigos sino de colaboradores de justicia. El origen de la legislación italiana en el tema de los colaboradores de justicia se puede identificar, históricamente, dentro del contexto de la experiencia adquirida entre los años 1970 y 1980, en la lucha contra el terrorismo interior de las brigadas rojas, de primera línea, la mafia, etc. Una de las armas más eficaces contra ese tipo de terrorismo resultaron ser, efectivamente, los colaboradores de justicia. Fue una época de importante emergencia del fenómeno del terrorismo en este país, a la vez que se desarrollaba e incrementaba el tráfico de drogas, especialmente, el tráfico de heroína proveniente del medio oriente; los mafiosos italianos o italoamericanos enseñaban a crear carteles, como fue el caso de las mafias de Calabria, Sicilia, Campania, etc.

La siguiente década, años 1980 y 1990, es un período de intensa actividad de las mafias tradicionales italianas, con importantes atentados: en el año 1993, los cabecillas de Cosa Nostra de Sicilia, planearon los atentados de Florencia, Milán y Roma, en una misma noche, con varias explosiones en bienes histórico-artísticos y personas. En este contexto, fue especialmente importante la unificación de las investigaciones, una profesionalidad rigurosamente aplicada y la contribución de los colaboradores de justicia; todos estos parámetros resultaron de gran importancia para conseguir un completo desarrollo de las investigaciones y un final exitoso: los implicados fueron identificados, encarcelados, acusados y condenados a penas severas, muchos a cadena perpetua.

Por otra parte, una de las razones jurídicas de la expresión “colaboradores de justicia” es que en Italia no rige el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, sino el principio de obligatoriedad o de legalidad. Por testigo se entiende solamente a los que no tienen ninguna inculpación en el proceso penal. En sentido jurídico-técnico, no se trata de un acusado, sino de una persona informada que conoce ciertos hechos, y que la justicia llama a dar cuenta de lo que sabe, cualquiera que sean las razones de este conocimiento. El testigo tiene el deber, si es llamado por la justicia, de prestar su testimonio y será sancionado si declara en falso o se niega a rendir testimonio; el acusado, por el contrario, tiene el derecho a no contestar y permanecer en silencio.

El primer caso italiano de colaboración de gran éxito en contra de la criminalidad mafiosa, es el altamente conocido caso de *Tommaso Buscetta* que, a mitad de los años 80, comenzó a contar al juez de instrucción Giovanni

1 Fiscal de la Audiencia Nacional Magistrado de Enlace España ante la República de Italia

2 Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Procesal Centro Universitario Villanueva y Escuela de Práctica Jurídica Universidad Complutense de Madrid

Falcone de su larga experiencia en “Cosa Nostra”, ilustrando y explicando los métodos, la organización, las jerarquías, los delitos de mafia, etc. A la luz del éxito de aquella colaboración y, también, de la experiencia en el dominio del terrorismo interior, el legislador italiano decidió experimentar una normativa novedosa en materia de criminalidad organizada. En poco tiempo un número creciente de arrepentidos colaboraron con la justicia y aún hoy el fenómeno es bien activo en Italia.

2.- LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS

En el ordenamiento italiano, una forma de derecho premial ya estaba prevista en el Código Zanardelli antes, y en el Rocco después, donde estaba contemplado que se instituyese la desistencia voluntaria y el receso activo, con el fin de incentivar el arrepentimiento del imputado. Así, en algunos casos, se acordaban unas reducciones de la pena que podían llegar a la impunidad. Sin embargo, en la legislación no se impulsaba una verdadera colaboración con la justicia, entendida como contribución efectiva a la adquisición de pruebas para la individualización de los copartícipes de un delito.

Sin duda, es muy antiguo el debate entre los exponentes del pensamiento filosófico y jurídico acerca de los rasgos éticos y psicológicos del acusado que -contraviniendo al instinto primordial de defenderse para escapar a la pena- se auto acusa e involucra a sus propios cómplices. Las cuestiones relacionadas con el fenómeno de la colaboración con la justicia de parte de aquellos sujetos que han llegado a ser denominados en el lenguaje mediático y, posteriormente, en el lenguaje común “los arrepentidos” han estado, en tiempos recientes, en el punto de enfoque de un vivaz debate que va más allá de un ámbito específico de discusión restringido a los profesionales.

Hacia finales de los setenta, se instituye en el sistema vigente la colaboración probatoria por efecto de la publicación del Decreto Ley de 15.12.1979, n.625, convertido con modificaciones en la **Ley 06.02.80 n.15**, que contenía específicos tratos de recompensa para los que se disocian del terrorismo en calidad de colaboradores.

Es, efectivamente y sobre todo en el ámbito de la legislación de emergencia, en contra de la criminalidad terrorista que el instrumento del premio se ha utilizado con eficacia.

Más precisamente, el **art. 4** del Decreto Ley de 1979 se prevé que *“para los delitos cometidos con fines terroristas o de evasión del orden democrático, a parte lo dispuesto en el art. 289 bis del código penal, para el coautor de un delito que, disociándose de los otros, obrare para evitar que la actividad delictiva llegue a consecuencias ulteriores, es decir, que ayudare concretamente a las autoridades policiales y judiciales reuniendo pruebas decisivas para individualizar o capturar a los que participan a dicha actividad delictiva, la pena de la cadena perpetua es sustituida por la de la prisión de doce a veinte años de reclusión y las otras penas son reducidas de una tercera parte a la mitad”*. Se preveían entonces dos formas de colaboración, alternativas entre ellas, igualmente relevantes para los fines de la reducción de una pena: la del “arrepentimiento activo” y la de la “colaboración probatoria”. En el **art. 5** del Decreto Ley, se configura una verdadera causa de condición disponiendo que *“fuera del caso previsto en el último apartado del art. 56 del código penal, el culpable de un delito cometido con fines terroristas o de evasión del orden democrático que impidiere voluntariamente un acontecimiento delictivo y que proporcionare elementos de prueba determinantes para la exacta reconstrucción del hecho y para la individualización de los eventuales sujetos que concurran en dicha acción delictiva, no será punible”*.

La sucesiva evolución normativa ha demostrado que este art. 4 ha sido la norma precursora de los modelos normativos adoptados en época sucesiva para la disposiciones de recompensa. La primera configuración de premio modelada, según el art. 4, intervino aproximadamente un año más tarde cuando, para frenar los secuestros de persona con fines de extorsión, se dispuso la introducción en el código penal de una norma en pro de los secuestradores que, disociándose de los sujetos que concurrían al hecho delictivo, colaboraban con los órganos de investigación. La nueva formulación del art. 630 apartado 5 del código penal, tal como ha sido modificado por la Ley 30.12.80 n. 894, introduce de hecho una reducción de la pena adecuada (de hasta dos terceras partes) en los mismos casos previstos por el art. 4 del Decreto Ley de 1979.

La primera extensión significativa de la normativa premial a la criminalidad organizada sin connotaciones políticas, se ha registrado con la introducción de una atenuante especial para los colaboradores que están

imputados en calidad de sujetos pertenecientes a asociaciones criminales consagradas al tráfico de drogas. El art. 74 D.P.R. 309 /90 CO.7 establece que *“las penas previstas en los apartados 1 y 6 son reducidas de la mitad a dos terceras partes para él que se haya eficazmente esforzado para asegurar las pruebas del delito o para privar a la asociación de unos recursos decisivos para que los delitos se lleven a cabo”*. Se trata de una norma con una clara connotación premial en la que se tiende a valorar el aspecto probatorio-procesal de la colaboración. Ya no se considera, por lo tanto, suficiente haber proporcionado una contribución para el arresto de los sujetos que han concurrido en el hecho delictivo, sino es necesario también adquirir pruebas con respecto a la consumación del delito. El disociado deberá entonces obrar de forma eficaz para que a la asociación a la que ha tomado parte le fallen aquellas fuentes de abastecimiento que hacen que el tráfico ilícito en cuestión siga adelante, es decir tanto las capacidades financieras cuanto los canales de abastecimiento de drogas.

La introducción de la atenuante introducida en el art. 74 D.P.R., aunque fuera de hecho un primer paso hacia la extensión de la normativa premial hacia la criminalidad organizada sin connotaciones políticas, no constituía, sin embargo, una señal del todo tranquilizadora acerca de que hubiese una inversión de tendencia respecto a una actitud hostil hacia dicha extensión. Y eso porque la disposición tenía una específica y propia razón de ser en el ámbito de una precisa voluntad político-legislativa de duro contraste hacia el uso y el tráfico de drogas, tal como demuestran, por un lado, la aplicación de atenuantes para los pequeños traficantes y para los disociados de la mafia y, por otro, la exclusión de dichas reducciones por diferentes delitos aunque fuesen aquellos relacionados con el tráfico de drogas, como pertenecer a asociaciones mafiosas.

Solamente después de unos graves hechos de sangre ocurridos entre 1990 (homicidio Livatino) y 1992 (matanza de Capaci y Via D' Amelio) se llegó a dictar en primer lugar el Decreto Ley 13.05.01 n. 152, convertido en la **Ley del 12 de Julio de 1991 n. 203**, que contenía la primera configuración de premio para los que se disociaban de las organizaciones mafiosas (art.8) y poco después de que se dictase el Decreto Ley 08.06.92 n. 306 convertido en la **Ley del 7 de Agosto de 1992 n. 356 (Ley Gozzini)**, a través del cual se introducían ulteriores beneficios para los colaboradores mafiosos.

De esta normativa se derivaba una intervención premial que se desarrollaba en dos momentos distintos:

- A) En el juicio en cuanto a la determinación de la pena a imponer: momento procesal.
- B) En la ejecución de la pena a nivel de la aplicación de las medidas alternativas a la detención: momento extra-procesal.

A) Momento procesal: el art. 8 del Decreto Ley del 13.05.91 n.152 establece que *“para los delitos previstos en el art. 416 bis del código penal y para los que hayan sido cometidos con arreglo a las condiciones previstas en susodicho artículo o es decir, con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones de tipo mafioso, para el imputado que, disociándose de los otros, obrare para evitar que la actividad delictiva produzca ulteriores consecuencias incluso ayudando en concreto a las autoridades policiales o judiciales en la recogida de elementos decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la individuación o captura de los autores del delito, la pena de la cadena perpetua es sustituida por la de la prisión de doce a veinte años, y las otras penas son reducidas de una tercera parte a la mitad”*.

Por tanto, los requisitos para la aplicación de dicha norma son:

- 1.- **Acto de disociación:** debe consistir en una efectiva ruptura del pacto delictivo con aquellos que concurren al hecho delictivo. Es necesario entonces establecer en fase preliminar y con absoluta certeza que la elección de colaborar no ha sido guiada por la misma organización y no resulte inspirada por motivaciones opuestas respecto a la disociación.
- 2.- **La colaboración probatoria:** se valora en función de que la norma sea aplicable solo si es idónea para interrumpir el camino delictivo, por lo menos, en la medida de impedir que la ofensa sea más grave.

Respecto a la determinación de la medida de la reducción por parte del juez, los criterios son indeterminados. En la práctica, nos hemos preguntado a menudo si se pueden coordinar la observancia del art. 133 del Código Penal y la evaluación del grado y de la consistencia de la colaboración, y de qué forma. En este sentido, nos preguntamos qué parámetros de referencia ha de emplear el juez para sopesar la importancia

que se le atribuye a la colaboración y la gravedad que se le imputa a los delitos llevados a cabo por el que colabora, junto a su capacidad de delinquir.

B) En el segundo ámbito, el extra-procesal, se ha introducido en la fase de ejecución de la pena, una normativa de recompensa específicamente a las medidas alternativas a la prisión.

Con la Ley del 7 de Agosto 1992 n. 356 (Ley Gozzini), el legislador interviene en la fase ejecutiva de la pena. Se introducen en el ordenamiento penitenciario unas facilidades para los mafiosos disociados. En efecto, a favor de ellos se ha configurado una norma de especial efecto, que consiente aplicar para los colaboradores las medidas alternativas a la detención incluso fuera de los límites de pena previstos por el ordenamiento penitenciario. De ello deriva que hasta la cadena perpetua puede ser sustituida por la entrega a prueba a los servicios sociales cuando, según el art. 47 del ordenamiento Penal, aquélla podría ser concedida sólo en caso de penas de prisión no superiores a tres años (art. 13 Decreto Ley 306/92 modificado en la Ley 356/92).

Sin embargo, dicha norma suscita perplejidad entre los operadores, sobretudo, con referencia a los criterios acerca la aplicación de las medidas alternativas a la prisión y acerca de la elección entre las varias medidas estrictamente aplicables. Nos preguntamos, si se tendría que tener en cuenta exclusivamente la valoración de la personalidad del imputado en concepto de una perspectiva reeducativa del reo, o si deberían de encontrar camino otras valoraciones relativas a la entidad de la colaboración prestada, como hace pensar la previsión del dictamen obligatorio de la Comisión Central de protección.

3.- LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS COLABORADORES

Solamente con el **Decreto Ley 15.01.91 n.8** se ha introducido una articulada disciplina legislativa de la materia contenida en el Párrafo II significativamente titulado "*nuevas normas para la protección de aquellos que colaboran con la justicia*". Los puntos que definen el art. 10 del Decreto están constituidos por: 1) la institución de una Comisión con la finalidad de la aprobación de programas especiales de protección y compuesta por sujetos expertos en el sector. 2) la previsión de que la tipología de las medidas de protección y asistencia, los criterios de formulación del programa y las modalidades de actuación se sustraen a los poderes absolutamente discrecionales del órgano administrativo y que aquéllos son confiados a una sucesiva deliberación de carácter general por parte de los ministerios competentes.

Por otra parte, en el **Decreto Interministerial del 26.11.91** se han fijado los siguientes puntos: a) las tareas de instrucción de la Comisión Central; b) se ha definido el término de validez del programa (de seis meses a cinco años prorrogables); c) los criterios sustanciales a los que atenerse en la formulación del mismo, d) las varias medidas de protección y asistencia que se pueden adoptar (el traslado hasta en el extranjero del colaborador y la asistencia económica) y e) las reglas a las que atenerse en los trámites en los que se lleva a cabo el programa.

En cuanto a los sujetos susceptibles de protección, el art. 9 del Decreto señala que son:

- las personas expuestas a un grave y actual peligro por efecto de su colaboración o de las declaraciones que ha proporcionado en el curso de las investigaciones preliminares o del juicio según los delitos previstos en el art. 390 del código procesal penal,
- sus parientes próximos
- los que conviven con él,
- todos aquellos que sean expuestos a un grave y actual peligro a causa de las relaciones con los mismos colaboradores.

También, señalamos el art. 11 del Decreto Ley, en el que está previsto el procedimiento para la admisión al programa. El art. 12 establece la suscripción del programa de protección por parte del que colabora y su empeño textual a respetar determinadas obligaciones allí especificadas, con relativa consecuente posibilidad de revocación del programa en todas las hipótesis de incumplimiento de dicha obligación. En el art. 14 se prevé la institución del ya mencionado *Servicio Central de Protección* (una estructura expresamente constituida en el ámbito del departamento de Pública Seguridad para llevar a cabo el programa especial de protección) que actúa en coordinación con la autoridad judicial, con la administración penitenciaria y con

las autoridades de la Seguridad Pública. En el ya mencionado art. 15, se dispone que, cuando cualquier otra medida resulte inadecuada, se puede autorizar por un decreto ministerial el cambio de los datos personales del que colabora.

La experiencia en la aplicación de estas normas evidenció, sin embargo, una carencia organizativa en cuanto a la fase de actuación del programa especial. Efectivamente, la Ley delega al *Servicio Central de Protección* principalmente las tareas de coordinación de dicha fase y las obligaciones propiamente ejecutivas son delegadas por aquella oficina a los varios órganos periféricos de las fuerzas policiales. Como es obvio, la fragmentación de las competencias no ha podido garantizar una uniformidad de conductas de parte de las oficinas periféricas de la policía que, entre otras cosas, no están dotadas de personal especializado. Del mismo modo, se han registrado bastantes dificultades, por ejemplo, en el tema de la individualización de los locales que han de ser destinados al arresto extracarcelario del que colabora y más genéricamente en las hipótesis de la ejecución material de las medidas de protección.

Desde entonces, resultaba de esperar que se constituyera un cuerpo especializado en aquel ámbito (siguiendo el modelo del que está operativo en los Estados Unidos) que remita directamente al Servicio Central de Protección.

4.- LAS MODIFICACIONES DEL DECRETO LEY N. 8/91 INTRODUCIDAS POR LA LEY 45/01 DEL 13.02.01 N.46

La nueva normativa constituida por la **Ley 45/01 de 13.02.01 n.46**, presenta unas importantes líneas guía:

1.- La diferenciación del grado de protección.

La diferenciación del grado de protección está fijada según los siguientes parámetros: la calidad de la colaboración, la intrínseca autenticidad y la extensión de los datos proporcionados; además, de la diversa tipología de la exposición al peligro. De hecho se prevé: a) una diferenciación entre colaboradores y testigos; b) una diferenciación (dentro de la categoría de los colaboradores) entre medidas ordinarias, especiales y el programa de protección.

2.- La determinación del contenido de la prestación de colaboración.

El Estado quiere tener información acerca de los autores de los delitos atribuibles a la organización, de la disponibilidad patrimonial de la asociación y de los otros componentes.

Se prevé la asunción de obligaciones contractuales por parte del colaborador obligado a responder en cada sede (esta obligación de parte del colaborador se integra con lo dispuesto a nivel normativo en los artículos 111 de la Constitución apartado 4 y 503 del apartado 3 del código procesal penal en tema de contradictorio), así como a especificar los bienes poseídos y a entregar el dinero que resulte de actividades ilícitas.

Entre las condiciones determinantes para los colaboradores que vienen de asociaciones criminales está también la obligación de proporcionar todas aquellas informaciones necesarias para la individualización, el secuestro y el embargo de dinero y bienes.

La persona que presta declaración debe afirmar, entre otras cosas, no estar en posesión de noticias e informaciones que se puedan utilizar a nivel procesal sobre otros hechos o situaciones de particular gravedad o de cualquier otra forma, que pongan en evidencia la peligrosidad social de sujetos o de grupos criminales, aunqu dichos hechos no estén relacionados o conexos con los de referencia.

Correlativamente se especifican las obligaciones del Estado hacia el colaborador, que prevén, además de una compensación no gravosa pero tampoco exigua, la conservación del puesto de trabajo, el reembolso de los gastos sanitarios, facilidades en las hipotecas facilitadas y otras medidas de apoyo, hasta la utilización de un documento de cobertura. El colaborador de la justicia que se inserte en el programa de protección, podrá contar con, además de con un cheque de importe igual al de la pensión social multiplicado por cinco, el alojamiento, con los gastos de traslado y con la asistencia legal.

Si el programa de protección prevé el traslado del testigo a otra ciudad, aquél podrá vender al Estado, a precio de mercado, los inmuebles de su propiedad.

La protección dura hasta el cese del estado de peligro, independientemente de la fase del juicio, e interesa también a los familiares.

Los testigos que se encuentren bajo riesgo, además de gozar de la protección y de las ayudas económicas, podrán mantener el mismo nivel de vida aunque estén obligados a suspender su actividad laboral por razones de seguridad. Los funcionarios públicos mantendrán su puesto de trabajo (en la misma administración u otra análoga), mientras que a los profesionales liberales se les asegurará un reembolso.

También para los “arrepentidos” en la cárcel habrá unas facilidades, pero no serán inmediatas. Los detenidos deberán cumplir al menos un cuarto de la pena y, en caso de cadena perpetua, por lo menos 10 años.

3.- La aplicabilidad de las medidas especiales de protección.

Se establecen estas medidas de carácter especial para los que resulten expuestos a un peligro grave a causa de las relaciones establecidas con los que colaboran, aunque la simple relación de parentesco, sin la cohabitación estable, no determina que se apliquen estas medidas de protección.

4.- La regla de la absoluta transparencia en el ámbito penitenciario.

Se establece que, si el destinatario de las medidas de protección es un preso, se garantiza la reserva del que declara, se adoptan medidas aptas a impedir su encuentro con otros colaboradores igualmente presos, se evita además la correspondencia epistolar y telefónica entre ellos y se le asegura una condición que preserve la verdad de las declaraciones, por lo menos, hasta la redacción del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, con la previsión de la imposibilidad de que las declaraciones prestadas al Público Ministerio o a la Fiscalía General se utilicen en la vista en el caso en que las disposiciones hayan sido infringidas.

Asimismo es de fundamental importancia la realización paralela de específicas modalidades de arresto de los imputados que colaboran, que permiten conjurar el peligro de contaminación de las respectivas declaraciones y, por lo tanto, de tutelar la legitimidad de sus colaboraciones.

5.- La redacción del acta ilustrativa a los 6 meses de la manifestación de la intención de colaborar.

El nuevo texto prevé que no habrá más “arrepentidos a plazos”. Los colaboradores de la justicia sólo tienen seis meses de tiempo para decir todo lo que está en su conocimiento. Se excluyen del acta las noticias y las informaciones que el sujeto ha reunido de forma indirecta por rumores o en situaciones análogas.

Las atenuantes especiales se pueden conceder sólo a aquéllos que hayan suscrito el acta. Los beneficios penitenciarios, obtenibles sólo por la abrogación de los límites ordinarios de la pena, se pueden conceder sólo si se ha redactado el acta arriba mencionada o si se ha expiado una pena equivalente a por lo menos una cuarta parte de la que ha sido en conjunto infringida, o a diez años de reclusión en caso de la pena a cadena perpetua. La ley, además de establecer que todos aquellos que tengan intención de colaborar con la justicia sólo tendrán seis meses de tiempo para hablar, prevé que los beneficios de la pena no sean inmediatos y ayuda al Estado a proporcionar una mayor seguridad y atención también a los testigos y a sus familiares.

Para que los colaboradores sean reconocidos como “auténticos arrepentidos”, y para que ellos puedan acceder al programa de protección, sus declaraciones habrán de ser consideradas importantes para las investigaciones y ser inéditas.

El término de seis meses vence a partir del momento en que la persona declara su disponibilidad para colaborar. En el supuesto de recuperación de recuerdos más allá de los 180 días en cuestión no será admitida.

Si la colaboración se manifiesta en el curso de la vista en el juicio, el juez puede conceder las circunstancias atenuantes, incluso a falta del acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración, manteniendo la necesidad de proceder a su redacción dentro de los términos previstos.

6.- El carácter temporal de las medidas de protección

Las medidas adoptadas pueden ser revocadas o modificadas según la actualidad del peligro, su gravedad según la idoneidad de las medidas adoptadas, así como en base a la conducta de los “arrepentidos” y a la observancia de los empeños asumidos en el “acta ilustrativa de los contenidos de la colaboración”.

En el procedimiento con el que se admite al colaborador de la justicia dentro de las medidas específicas de protección, la comisión central indica el término, no superior a cinco años y no inferior a seis meses, dentro del cual se debe proceder a las averiguaciones acerca de la modificación o de la revocación de la protección.

7.- El principio de no equivalencia automática entre la colaboración y el derecho a la libertad

Para revocar o sustituir la medida de la custodia cautelar es, efectivamente, necesaria la ausencia de elementos que indiquen una conexión actual de conexión con la criminalidad y por el contrario se prevé la anulación de las medidas especiales de protección para el que cometa delitos que sean sintomáticos de su reinserción en el ámbito criminal.

8.- La prohibición para los defensores de asumir la defensa de más imputados-colaboradores en el mismo juicio o en otro conexo a aquél.

Como es sabido, la Ley del 13.02.01 n. 45 ha modificado el art.106 del código procesal penal anteriormente en vigor, sea con referencia al apartado primero sea al cuarto, introduciendo además el apartado 4 bis que establece “*que un mismo defensor no puede asumir la defensa de más imputados que hayan prestado declaración acerca de la responsabilidad de otro imputado en el mismo juicio o en otro conexo a aquél con arreglo al art. 12 o al art. 371b apartado 2 lect. B). En cuanto compatibles, son de aplicación las resoluciones de los apartados 2, 3 y 4*”.

En el caso de incumplimiento de dicha norma, el código no prevé sanción específica ninguna, y será por lo tanto necesario hacer referencia al régimen ordinario de las incompatibilidades, y, más específicamente, a la consolidada orientación jurisprudencial (Tribunal Supremo- 4 de Febrero 1999 n.1472) según la cual la nulidad de una sentencia está estrictamente ligada al hecho determinante de que haya habido omisión de la eliminación de la incompatibilidad.

5.- REGLAMENTOS DE ACTUACIÓN

Por el **Decreto ministerial de 23 de abril 2004, n.161** se establecen los criterios que la misma Comisión central aplica en las fases del sumario, de la formulación y de la actuación de las mismas medidas.

La Comisión central está compuesta por un vicesecretario de interior que la preside, por dos magistrados y por cinco funcionarios y oficiales. La Comisión recibe la proposición de adopción de las medidas de protección del Fiscal del Tribunal, o bien del jefe de la Policía con la opinión del fiscal o del Fiscal del distrito antimafia.

El contenido de la propuesta es muy amplio: en particular habrán de ser especificados los delitos y las organizaciones criminales involucradas en las declaraciones, las razones que las hacen atendibles, el estado patrimonial del colaborador, si están siendo aplicadas medidas de protección ordinarias y, en caso afirmativo, porqué aquéllas son inadecuadas; asimismo se habrá de especificar porqué es necesario un programa especial de protección.

El caso es que de todas formas el hecho de que haya un sujeto que ha manifestado la voluntad de colaborar, si hay situaciones de particular gravedad o urgencia, se puede adoptar un plan provisional de protección que, de la misma forma, deberá de contener una serie de informaciones útiles para establecer la efectiva gravedad y actualidad del peligro que el mismo colaborador ha corrido.

Las medidas especiales de protección pueden: a) No ser llevadas a cabo mediante un programa especial; en dicho caso existen por resolución de la Comisión Central y son ejecutadas por el Prefecto del lugar de residencia del colaborador o del testigo. b) Ser llevadas a cabo mediante un programa especial de protección. Eso ocurre en el caso de una situación particularmente peligrosa para los interesados.

De todas formas las medidas y los programas especiales serán establecidas por un tiempo determinado: no podrán durar menos de seis meses pero no podrán extenderse por más de cinco años. En el caso en que haya unas razones justificadas para pedir la prórroga, será siempre la Comisión central quién evaluará y decidirá sobre las eventuales prórrogas. Evidentemente, en caso de falta de observancia de las obligaciones asumidas por parte de los sujetos interesados, o en el caso en que fallasen las connotaciones de actualidad o de gravedad del peligro, se revocarán las medidas especiales.

Los artículos 14 y siguientes reglamentan el cambio de los datos personales en caso de reinserción social, de la que se encargará el director del servicio central de protección. Y siempre será el servicio central en comunicar, con las debidas modalidades dirigidas a garantizar el carácter reservado de las informaciones, los resultados del fichero judicial a la Oficina de ficheros en el Tribunal de Roma, según los nuevos datos personales. Todavía de todas formas faltan otros reglamentos siempre según la Ley 45/2001 entre los cuales está el de las modalidades de entrega y de transferencia de dinero, bienes y otros beneficios del colaborador.

6.- LA COORDINACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES

Como hemos podido comprobar, en el año 2001 se realizó una reestructuración orgánica de la legislación italiana relativa a la colaboración con la justicia, remodelada en aspectos que la experiencia adquirida había aconsejado modificar y perfeccionar.

Por ejemplo, el aspirante a colaborador tiene que indicar los temas o materias por las que está en condición de hacer revelaciones importantes. En un primer documento, llamado "*el verbal ilustrativo de los contenidos*", y en un espacio de seis meses, el arrepentido debe revelar todo lo que conoce, los perfiles patrimoniales, sus bienes, las formas cómo se lava el dinero, etc. De esta manera la justicia persigue el objetivo de excluir todas las revelaciones que no sean genuinas, espontáneas y auténticas, y se procura impulsar la lucha contra el lavado de dinero y las riquezas ilícitas.

La admisión de una persona a las medidas de protección la decide la "*Comisión Central para la selección y aplicación de las medidas especiales de protección*", a propuesta del Jefe de la Fiscalía competente, teniendo en consideración el tipo y la extensión de la investigación criminal, la intervención de la persona en la actividad criminal y el peligro real para su seguridad. En este contexto, en el Ministerio del Interior de Italia, el *Servicio Central de Protección* es el órgano ejecutivo del Comisión Central. No tiene facultades de decisión, pero informa a la Comisión sobre el tipo y la gravedad de la amenaza contra el colaborador o sus familiares; se hace cargo de todas las relaciones con los colaboradores de justicia: recursos, domicilios, tutela personal y familiar, etc.

Así, las manifestaciones de los colaboradores de justicia poseen características que las diferencian de las realizadas por otros declarantes, como son los testigos normales. Tal como lo explica Loris D'Ambrosio, en su libro *Testimoni e collaboratori di giustizia*, su peculiaridad reside en que los hechos declarados no conciernen solamente a su propia responsabilidad sino que resguardan otros hechos delictivos relacionados en el tiempo y espacio, y que pueden implicar a otras personas y hechos delictivos más o menos graves, y que pueden concernir también en la responsabilidad de los mismos colaboradores.

Este tipo de declaraciones puede dar lugar a la incoación de una serie de procedimientos judiciales o fiscales que pueden ser manejados de manera conjunta o separada, según la existencia o no de un vínculo que los una, según las exigencias de economía procesal o según el procedimiento procesal al que se encuentren sujetos. Por ejemplo, el art. 371 del Código de Procedimientos Penales italiano establece que las diferentes oficinas del Ministerio Público que procedan a investigaciones relacionadas deben coordinarse entre sí a fin de lograr rapidez, economía y eficacia en la misma investigación, y con tal fin se procederá al intercambio de actuaciones e información, y pueden también proceder –conjuntamente– al cumplimiento de actos específicos. Continúa expresando el mencionado artículo que las investigaciones de las diversas oficinas del Ministerio Público se considerarán relacionadas cuando los procedimientos resulten conexos, o si se trata de delitos cometidos por más de una persona con perjuicio recíproco entre ellas, si la prueba de dichos actos delictivos o alguna de sus condiciones influye sobre la prueba de otro delito o de otra condición, y si la prueba de más de un hecho delictivo deriva, aunque sea parcialmente, de la misma fuente.

A diferencia de las declaraciones de los colaboradores de justicia, las de los testigos normales no poseen las mismas implicaciones, dado que se refieren generalmente a actos delictivos que se limitan a declarar en relación con un sólo delito, y respecto al cual, sólo revisten la calidad de testigos en cuanto poseen determinada información relevante sobre aquellos hechos concretos.

Es así como la coordinación de las investigaciones debe recaer sobre la adquisición de elementos cognoscitivos acerca de la existencia en otras oficinas del Ministerio Público de investigaciones que se encuentren relacionadas. Tal coordinación no presenta grandes dificultades si se desarrolla dentro de una misma oficina del Ministerio Público, debido al normal flujo de las actuaciones, sin embargo, resulta más compleja si determinada información incumbe a diversas oficinas, sobre todo, si estas mismas no se encuentran informadas entre sí de tales circunstancias. Por lo tanto, la coordinación de las investigaciones es posible en la medida en que existan investigaciones que se encuentren relacionadas entre sí, conducidas dentro de una misma oficina de Ministerio Público, o en el caso de que sean diferentes, que las mismas oficinas del Ministerio Público se encuentren informadas de ello.

No sólo por cuestiones de economía procesal, eficacia y celeridad en el juicio, han de coordinarse las investigaciones entre las diferentes oficinas del Ministerio Público, es necesario una debida regulación de las situaciones que pueden deparar esa investigación a fin de que las garantías procesales y de protección debida se otorguen adecuadamente a las personas que merecen tenerlas. Resulta esencial la cuestión relativa a la protección del declarante, incluso la de sus familiares debido a la trascendencia de sus afirmaciones.

Las declaraciones de los colaboradores de justicia exige un régimen especial, tal vez más estricto y riguroso que aquél que se aplica a los testigos normales, debido a su condición de implicado o ex-implicado en la causa por que declara en colaboración con la justicia.

Los hechos sobre los que declarará se encuentran relacionados con los hechos por los que el colaborador mismo está implicado en el proceso. Por esta razón, se corre el riesgo de que el colaborador declare reconstruyendo los hechos de manera que no le comprometa tanto o en modo en que le permita obtener algún beneficio procesal. Por estas razones, el código de procedimiento penal italiano no equipara la declaración del colaborador con la del testigo normal (el código prevé una valoración particularmente prudente, y establece que puede valer como prueba solo si existen otros elementos que confirmen su veracidad).

Al momento de valorar las declaraciones se deben tener en cuenta varios criterios y circunstancias como la credibilidad del declarante, para lo que hay que partir de la apreciación de su misma personalidad (condiciones socio-económicas, historia personal, relación con el acusado, razones que lo han llevado a colaborar, etc.), verificar la veracidad de las declaraciones que realiza (seriedad, precisión coherencia, espontaneidad, etc.), y una vez verificados los criterios anteriores, proceder al control de la existencia y consistencia de los hechos externos a los que las declaraciones afectan. Asimismo, a fin de verificar la espontaneidad e independencia de los hechos declarados sobre factores externos, deben observarse con atención los aspectos de credibilidad subjetiva del declarante y la veracidad genérica de sus afirmaciones. Las circunstancias externas deben consistir en hechos autónomos a la declaración, incluir la participación de cada acusado, y no ser una mera descripción del hecho. Debe contener especificaciones y no generalidades, y en el caso que coincida con la declaración de otra persona, las declaraciones no deben estar convenidas ni influenciadas entre los mismos declarantes. En todo caso, ambas declaraciones deben ser sometidas a un análisis de credibilidad.

7.- ALGUNOS DATOS COMO CONCLUSIÓN

Los colaboradores de la justicia constituyen un arma muy eficaz contra las asociaciones criminales pero al mismo tiempo es un arma muy compleja de manejar. Hay que hacerse cargo adecuadamente de tal complejidad, se debe reglamentar y utilizar cuidadosamente. Un investigador experto sabe bien que la colaboración con la justicia es un punto de partida, que su validez exige verificación, que las revelaciones necesitan confirmaciones objetivas, pero también sabe que a veces un acusado puede simular voluntad de colaborar para desviar, confundir o despistar. Parece evidente que las investigaciones sobre el tema exigen la máxima profesionalidad y una efectiva especialización. Por otro lado, puesto que la experiencia en esta materia es fundamental y el fenómeno tiene alcance internacional, la cooperación entre los Estados a propósito de los colaboradores de la justicia, se presenta como una circunstancia imprescindible, una especie

de *conditio sine qua non* para aspirar a una lucha exitosa contra el crimen organizado, que -a su vez- es cada vez más transnacional. Es preciso que las experiencias adquiridas en este campo sean puestas a disposición y conocimiento de todos, que puedan ser conocidas y utilizadas por cada investigador, cualquiera sea su nacionalidad. La lucha contra el crimen organizado no es un problema de una comunidad nacional, sino de la comunidad internacional, la de los Estados. Así, quien perfecciona experiencias y técnicas tiene el deber de transmitir las a los otros, y la Comunidad tiene el deber de organizarse para que esta exósmosis sea efectiva, continua y productiva.

Para concluir, en los primeros años de aplicación de la ley 2001 se había conseguido un número colaboradores de justicia superior a los 1300, y casi 5000 familiares conjuntos acogidos al programa de protección; en enero de 2001 había 1100 colaboradores de justicia arrepentidos y 3858 familiares, 61 testigos en estricto sentido; un año después, 1104 colaboradores, 3748 familiares y 74 testigos; en el 2003, 1088 colaboradores, 3714 familiares y 34 testigos; en el 2004, 1119 colaboradores, 3440 familiares y 65 testigos; a inicios de 2005, 968 colaboradores, 3059 familiares y 71 testigos; y en enero de 2006, 893 colaboradores, 2858 familiares y 74 testigos. Como se desprende de los gráficos adjuntos, estas cifras indican que la legislación vivió en sus principios una especie de explosión del fenómeno colaboracionista; en los últimos años, con una legislación más exigente y restrictiva, el fenómeno ha venido registrando ciertas reducciones.

Fig. 1 COLABORADORES DE LA JUSTICIA: PERSONAS PROTEGIDAS EN ITALIA

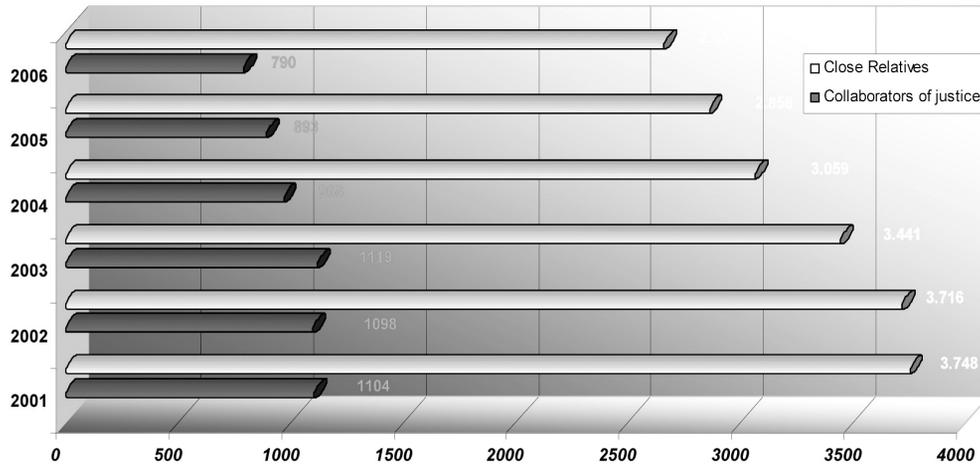


FIG. 2 TESTIGOS

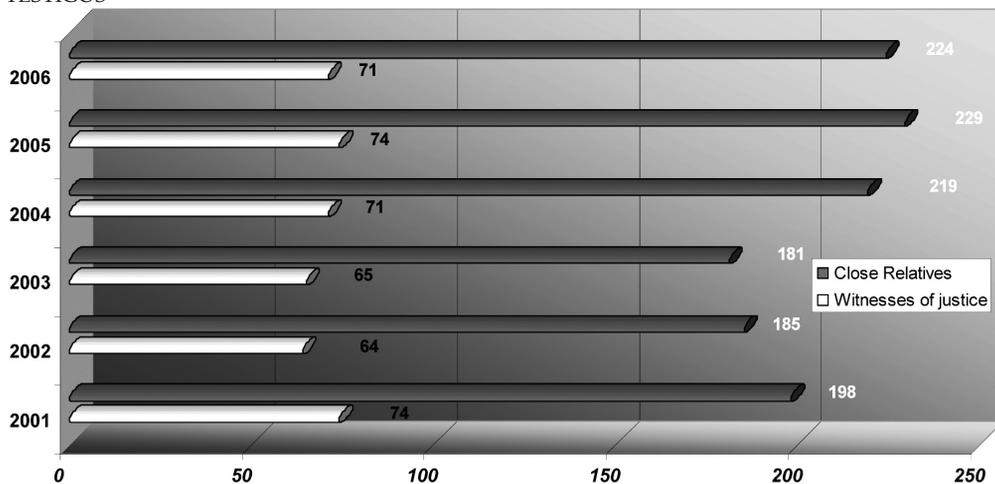
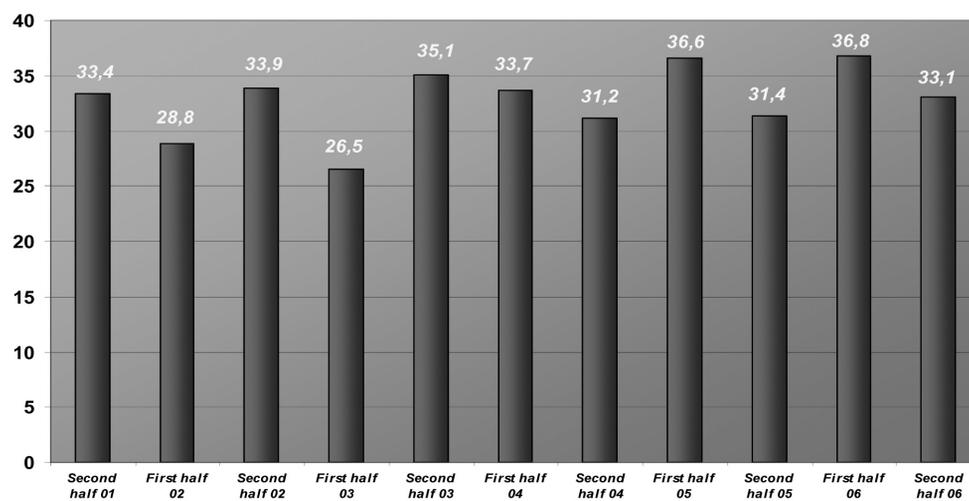


FIG.3 COSTES DE LA PROTECCIÓN EN ITALIA (EN MILLONES DE EUROS)



LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS RELACIONADOS EN EL URUGUAY PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY N° 18.7861

PABLO SCHIAVI ^{2(**)}

I. INTRODUCCIÓN.

1.- El modelo de participación público-privada.

En las últimas décadas, las Participaciones Público-Privadas (PPP) han ido adquiriendo gran relevancia en el mundo desarrollado, debido a la creciente necesidad que muchas administraciones públicas tienen de incorporar los recursos y la experiencia del sector privado para mejorar la provisión de bienes y servicios públicos³.

La participación público-privada no es una novedad en el derecho comparado ni tampoco en el derecho uruguayo; sí, en todo caso, es una novedad que se utilice la expresión, traducida del inglés y del francés, entre nosotros, PPP, Participación Público Privada, pero, verdaderamente, la colaboración público-privada en nuestro derecho y en el derecho comparado es de larga data⁴.

Participación Público-Privadas (PPP), un “matrimonio” entre la actividad pública y privada se han empleado como un procedimiento para optimizar el uso de fondos públicos y aumentar la calidad de los servicios tradicionalmente prestados por el sector público⁵.

El término *Public-Private Partnership* está de moda, lo que provoca que su uso en seminarios y conferencias se haya incrementado considerablemente en los últimos años. Al igual que pasa con otros términos de moda, es común escuchar hablar de PPP de modo ligero, sin que en realidad se conozca en detalle de qué se está hablando. Es quizá ése el motivo por el que existe una confusión generalizada sobre el significado del término PPP, lo que viene reforzado por el hecho de que pocas personas se han atrevido a dar una definición precisa de dicho término. Esto ha provocado que diferentes personas, instituciones y administraciones entiendan cosas distintas.

A todo ello se une el hecho de que, al ser el término PPP un término acuñado en el Reino Unido, sean los británicos los que han asumido ese término como propio. Esta situación ha llevado a que, desde muchos foros, se considere que las únicas PPP son las que tienen su origen en Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen⁶.

1 ⁽¹⁾ Ponencia presentada en las IV Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano celebradas en el Pazo de Mariñan, La Coruña, Reino de España del 30 de mayo al 3 de junio de 2011.

2 ⁽²⁾ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Aspirante de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Grupo de Estudio e Investigación de Derecho Administrativo de la Universidad de Montevideo. Ex- Asesor del Auditor Interno de la Nación, Auditoría Interna de la Nación (A.I.N). Asesor del Contador General de la Nación, Contaduría General de la Nación (C.G.N.) del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay. pablo.schiavi@cgn.gub.uy

3 VASALLO MAGRO, José Manuel; IZQUIERDO de BARTOLOMÉ, Rafael., *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Caf, Corporación Andina de Fomento, 2010, p. 103.

4 Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay; Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 22 de diciembre de 2010, Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

5 ALLARD, Gayle; TRABANT, Amanda, *Public- Private Partnerships in Spain: Lessons and opportunities*, IE Business Working Paper, W.P 10-07, 10-07-2007, p.1.

6 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 104.

Así, los sistemas tradicionales de construcción y gestión de servicios públicos sanitarios a través de los contratos administrativos típicos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia), están siendo complementados y, en muchos casos, sustituidos por los modernamente llamados modelos de "Colaboración Público Privada" (CPP) o "Public Private Partnership" (PPP, según sus siglas en inglés). La colaboración público-privada se erigiría así en "una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para ofrecer un servicio público" siendo su principal objetivo "la mejora de la calidad del servicio prestado a los ciudadanos" (Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones)⁷.

El sistema conocido bajo la denominación PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA procura dotar al Estado de un mecanismo eficiente de contratación a través del cual el sector privado aplique sus recursos en el país, en la financiación de obras de infraestructura y servicios conexos.

En Uruguay existen antecedentes acerca de esta modalidad de contratación desde muy larga data. En los comienzos de su vida institucional, buena parte de las obras de infraestructura fueron financiadas bajo esta modalidad (ferrocarriles, agua, gas, teléfonos, tranvías, etc.), bien a través del otorgamiento de concesiones o bien a través de empréstitos⁸.

Al presente, Uruguay cuenta con diversas normas que habilitan al Estado a celebrar este tipo de contratos tales como, la ley de Concesiones de Obras Públicas y el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF).-

No obstante, se ha entendido necesario contar con un marco legal específico que regule los procedimientos de contratación de PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, recogiendo las soluciones más actualizadas en la materia, aplicadas en aquellos países donde mayor evolución ha tenido este instituto.-

En este sentido, se han considerado, entre otras, las soluciones legislativas adoptadas en países tales como España, Australia, Reino Unido, Canadá, España, Chile, etc⁹.

2.- Principales características de los contratos de participación público-privada.

A modo de primeras apreciaciones respecto del proyecto de ley a estudio, se ha señalado que "tiene una fuerte inspiración en la legislación española, en la Ley N° 30 de 2007, de contratos del sector público. Se trata de una ley con más de trescientos artículos, que incorpora al Derecho español las directivas europeas. Es un verdadero Código en materia de contratación, con varios centenares de disposiciones, y define a estos contratos de colaboración entre el sector público y privado de la siguiente manera: "Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado"

En el Derecho uruguayo los contratos del Estado no tienen una regulación de fondo, como sí ocurre en el Derecho Comparado y particularmente en nuestro entorno geográfico. Tenemos, simplemente, un conjunto de normas que están sistematizadas en el texto conocido como TOCAF, pero que son sobre todo normas de procedimiento para la selección del co-contratista, y alguna norma muy incidental, muy parcial, que se refiere al fondo de la contratación. En general, a falta de una legislación de fondo sobre el tema, la contratación del Estado se regula con los pliegos de condiciones generales y particulares para cada contrato y por principios

7 LARIOS RISCO, David; LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente., *Modelos de colaboración público-privada para la construcción y gestión de infraestructuras sanitaria*, DS, Vol. 15, Núm. 2, Julio - Diciembre 2007, p-290.

8 Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada con mensaje de 9 de noviembre de 2010.

9 Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada de fecha 9 de noviembre de 2010.

generales que, en nuestro Derecho, tienen la singularidad de que están reconocidos expresamente como reglas de derecho por la ley orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Obviamente, no son reglas de derecho redactadas y que puedan leerse. Este régimen tiene en sí mismo, por su propia manera de ser, una gran elasticidad que permite y ha permitido creo que así se ha señalado públicamente y, si mal no recuerdo, lo manifiesta el Poder Ejecutivo en su exposición de motivos la realización de contratos de este tipo, sin una legislación. Contratos del tipo previsto en este proyecto de ley se han realizado, y se pueden seguir realizando en nuestro país, sin la necesidad de una legislación como la que se propone¹⁰.

Las PPP se fundamentan en prestar un servicio de calidad a los usuarios al menor costo posible. La participación del sector público es necesaria debido a que, a diferencia de lo que pasa con otros bienes y servicios de la economía, la infraestructura padece importantes fallos de mercado –muchas de ellas son monopolios naturales y producen importantes costos externos, lo que requiere la participación del sector público para garantizar los intereses de los ciudadanos. Además, la provisión de infraestructura es una tarea eminentemente productiva, que el sector privado puede llevar a cabo con mayor eficiencia que el sector público. La introducción del sector privado permite, a su vez, fomentar la competencia, lo que indudablemente incentiva la búsqueda de soluciones innovadoras.

La clave, por tanto, de toda PPP es determinar el reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado desde una doble perspectiva. Por una parte, desde la perspectiva de la regulación o, en otras palabras, qué aspectos van a ser regulados por el sector público y qué aspectos van a ser decisión del sector privado. Y, por otra parte, desde la perspectiva de la asignación de riesgos entre el sector público y el sector privado.

El concepto de Participación Público-Privada es muy controvertido, ya que distintas administraciones o países tienen interpretaciones diferentes de lo que es una PPP. Lo que sí parece estar admitido de modo general es que las PPP requieren algo más que la simple colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura.

El Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, publicado en 2004, establece de modo acertado una serie de características que debe cumplir todo proyecto PPP:

- La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
- El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.
- La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado¹¹.

De ahí que en forma necesaria la transferencia de riesgos se convierte en un elemento clave en este tipo de contratos. En la contratación tradicional, es habitual ver que el Estado tiende a sobreprotegerse en materia de riesgos, trasladando los mismos al sector privado.

Esto tiene por resultado que, el agente privado, colocado en la situación de enfrentar riesgos que no le son propios o no está en las mejores condiciones de administrar, compensa esta situación trasladando el mayor costo económico que los riesgos generan, al precio del contrato. De este modo, se produce un efecto contrario al originalmente buscado, generándose un encarecimiento innecesario del proyecto.

Por tales razones se busca que cada parte asuma aquellos riesgos que mejor pueda administrar. Así, los riesgos derivados de eventuales cambios legislativos, o autorizaciones públicas son típicos riesgos que pueden ser manejados por el Estado. En cambio, los riesgos que involucra la construcción de una obra, el riesgo de la demanda posterior y el riesgo de disponibilidad (entendido como la posibilidad de utilizar la obra) son típicos riesgos a cargo del contratista privado.- Una adecuada asignación de riesgos tiene por resultado un uso más eficiente de los recursos, con el consiguiente beneficio para el Estado.

Asociado a la adecuada distribución de riesgos, la ley incorpora la necesidad de realizar estudios previos por parte de la Administración a efectos de determinar si la aplicación de esta modalidad de contratación otorga al Estado mayores ventajas económicas frente a la alternativa que sea el Estado, directamente, quien tome a su cargo la ejecución de una obra.- Este estudio tiene por finalidad determinar si el modelo de contratación propuesto es el que permite al Estado obtener el mayor “Valor por Dinero”.

10 Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay; Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 22 de diciembre de 2010, Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

11 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 104.

Por otra parte, una adecuada asignación de riesgos habilita al Estado contar con mayor disponibilidad de recursos a efectos de financiar aquellas obras que, por su naturaleza, no se ajustan a este modelo de contratación.- En efecto, mediante los esquemas tradicionales de gestión directa, los pagos que el Estado efectúa al contratista encargado de construir una obra, se realizan con cargo al Presupuesto, afectando así los niveles de endeudamiento.- En cambio, existiendo una adecuada distribución de riesgos, la financiación privada de la obra no se verá reflejada en el Presupuesto como gasto, ni como deuda pública. Ello sin perjuicio de que la operación de todos modos se verá reflejada en el presupuesto (por ejemplo, como gasto corriente cuando existan pagos diferidos)¹².

3.- Participación pública privada contractual e institucional.

Se distingue fundamentalmente la participación público-privada de carácter o naturaleza contractual y la de carácter asociativo. Entre nosotros, la de carácter contractual ha tenido antecedentes interesantes, fundamentalmente, a través de las concesiones, tanto de obras públicas como de servicios públicos. Las asociativas tienen base constitucional desde la reforma de 1934 a través de las denominadas sociedades de economía mixta. La Constitución de 1934 previó las sociedades de economía mixta de derecho público, es decir, la posibilidad de que privados participaran en el capital y administración de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. La reforma constitucional posterior agregó la posibilidad inversa, es decir, que el Estado participe en empresas privadas de carácter industrial, comercial o agropecuario en las condiciones que prevén los incisos tercero y cuarto del artículo 188 de la Constitución. En ese mismo artículo, cuando se aprobó la reforma del agua, se agregó un inciso final que prohíbe las asociaciones público-privadas en relación con los servicios públicos de suministro de agua potable y de saneamiento¹³.

Las PPP se pueden diferenciar, tal y como hace el Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, en contractuales e institucionales. Las primeras son aquéllas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato. La idea de las PPP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector.

El tipo más común de PPP contractual es la concesión de infraestructura tal y como se entiende en España o América Latina. Dicha concesión es muy similar en su concepto a otro tipo de contratos, que aún no denominándose concesiones, pueden ser considerados en la práctica como tales, como es el caso de los contratos *Design Build Finance Operate* (DBFO) en Reino Unido.

El segundo tipo de PPP se denomina PPP institucionales. En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura. El modelo de PPP institucional es mucho menos común que el modelo de PPP contractual y tiene la desventaja frente al primero de que apenas se introduce competencia, por lo que no hay garantías de que se incentive al sector privado

a ser más eficiente. Un ejemplo de PPP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta. Éste es el caso de las autopistas francesas hasta que se llevó a cabo una privatización de las mismas¹⁴.

4.- El procedimiento especial de contratación: El diálogo competitivo.

La ley mantiene como principio básico de contratación la aplicación de los procedimientos competitivos. No obstante introduce una nueva modalidad denominada diálogo competitivo.

Esta modalidad, busca dotar a la Administración de mecanismos más flexibles, que resultan de utilidad en contratos especialmente complejos. Existen situaciones en las cuales el Estado identifica una necesidad pública a satisfacer pero no cuenta con los medios para determinar cuáles serían las soluciones a aplicar para ello.

Es allí donde puede resultar de utilidad convocar a quienes cuenten con los mejores medios técnicos y económicos en la materia, de modo de definir, dentro de un ámbito de diálogo con dichos agentes, cuáles serán las soluciones a adoptar. Con ello se procura evitar que el Estado, en forma unilateral, aplique recursos

12 Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada con mensaje de 9 de noviembre de 2010.

13 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

14 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 105.

y esfuerzos en el diseño de una solución que luego se verá frustrada al no existir en el sector privado agentes interesados en ejecutar la solución en los términos propuestos.

En el caso de grandes inversiones, puede resultar un mecanismo muy eficiente ya que, manteniendo los principios de transparencia e igualdad entre todos los oferentes, se desarrolla un diálogo entre la Administración y los oferentes que permita definir aspectos técnicos, legales o financieros del contrato que no pueden ser definidos por la Administración en forma unilateral¹⁵.

De esta forma el Proyecto de Ley recoge el procedimiento del “diálogo competitivo” contemplado en la Unión Europea en virtud de la Directiva No. 2004/18 y también consagrado por la ley española No. 30/2007 como mecanismo preceptivo de adjudicación para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público responde a la obligación incorporada al Derecho español de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo plazo de transposición había transcurrido ampliamente al haber finalizado el 31 de enero de 2006. Esta Directiva, junto a la 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, refundió la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa con anterioridad en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos¹⁶.

Según ha reconocido la Comisión Europea¹⁷, las «antiguas» Directivas europeas de contratos públicos de suministros, obras y servicios (92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE) no ofrecían una flexibilidad suficiente para el caso de determinados proyectos particularmente complejos para los que el recurso a los procedimientos negociados con publicidad estaba limitado a los supuestos tasados o previstos con carácter limitativo en las mismas. Por esta razón la Directiva 2004/18/CE2 («la Directiva» o «la Directiva clásica»), que refunde y deroga estas tres directivas, introduce un nuevo procedimiento de contratación: el diálogo competitivo.

Como señala en su considerando 31, la nueva Directiva se propone el objetivo de proporcionar un procedimiento flexible que, salvaguardando la libre concurrencia entre los operadores económicos o posibles licitadores, pueda a la vez facultar a los poderes adjudicadores para que puedan discutir y negociar con cada candidato todos los aspectos relativos a la mejor forma de conseguir la satisfacción de sus necesidades de interés público. Pero el recurso a este procedimiento es excepcional y solo podrá recurrirse al mismo al afrontar proyectos «particularmente complejos» para los que el procedimiento abierto o restringido no permita la adjudicación de estos contratos.

De esta forma, junto a los procedimientos tradicionales (abierto, restringido, negociado y concurso de proyectos) el artículo 1 de la Directiva, en su apartado 11, c), define el diálogo competitivo como «un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta»¹⁸.

La Directiva 2004/18/CE introduce la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 30, explica los supuestos para los que este procedimiento está concebido: cuando a los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado (lo que ejemplifica “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”) y siempre “que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos”. Señala también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”¹⁹.

15 Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo por el cual se establece un marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada con mensaje de 9 de noviembre de 2010.

16 MORENO MOLINA, José Antonio, *La nueva ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos*, <http://www.cositalfe.es/img/eventos/moreno1.pdf>.

17 Nota Explicativa del Diálogo Competitivo. Directiva clásica. CC/2005/04–Revisión 1 de 5 de octubre de 2005.

18 MONTERO VICENTI, Javier, *Ley de Contratos del Sector Público. Adjudicación de los contratos. Procedimiento: El diálogo competitivo*, http://www.cccv.es/PDF/pdf_LCSP/lcsp5.pdf.

19 MORENO MOLINA, *La nueva ley de contratos del sector público...*, ob. cit.

5.- Estructura de la Ley N° 18.786.

El proyecto de ley cuya consideración se elevó al Parlamento, hoy Ley N° 18.786, es un proyecto auto-contenido que no se opone, sino que complementa, los regímenes de contratación vigentes, ajustando los procedimientos y normas al desafío especial que significan los grandes proyectos de infraestructura.

En este sentido, como surge del **capítulo I “Disposiciones Generales”**, este proyecto de ley constituye un régimen opcional para la financiación, diseño, implementación y operación de infraestructuras y prestación de servicios relacionados (artículos 1 y 2), que celebre la Administración Pública.

Con la finalidad de brindar a la Administración Pública las herramientas necesarias para contratar bajo este régimen se prevé en el **capítulo II “Marco Institucional”**, la participación de una Comisión Técnica que actuará como asesora de la Administración Pública (artículo 8). Ello, sin perjuicio, de la eventual participación de la Corporación Nacional para el Desarrollo como estructurador, o en su caso, para la implementación de proyectos (artículos 9 a 11).

En el **capítulo III “Procedimiento de Contratación”** se regula el procedimiento a tramitarse para la celebración de contratos de PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, destacándose que el mismo puede iniciarse de oficio o por iniciativa privada (artículo 15). Antes de iniciar el procedimiento de contratación, la Administración Pública debe contar con una evaluación previa en virtud de la cual se ponga de manifiesto la viabilidad y conveniencia del proyecto (artículo 16).

Las garantías de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato se encuentran específicamente reguladas en el **capítulo IV “Garantías”**, en el que se señalan las exigencias en cuanto a su exigibilidad, formalización, ampliación, afectación, preferencias en al ejecución, devolución y cancelación (artículos 25 a 30).

En el **capítulo V “Medios de Impugnación”**, se regula el régimen de recursos administrativos contra los actos dictados durante el procedimiento de contratación. Se establece el efecto no suspensivo de su interposición contra los actos dictados durante el trámite del procedimiento, a excepción de aquellos que se interpongan contra el acto de adjudicación definitiva (artículo 31).

En el **capítulo VI “Aptitud e Incompatibilidades para contratar”**, se reseñan las aptitudes para contratar con la Administración Pública y los casos en que existen incompatibilidades a tal efecto (artículos 32 y 33).-12

En el **capítulo VII “Iniciativa Privada”** se regula el trámite aplicable en estos casos, siendo el organismo encargado de recepcionar las mismas la CND. Dicho procedimiento, en lo esencial, se tramita conforme lo estipulado en el capítulo III, estableciéndose una regulación especial en lo que refiere a los derechos del proponente y a la confidencialidad que debe observarse respecto de la información presentada por el proponente (artículos 34 a 38).

En el **capítulo VIII “Control del Cumplimiento del Contrato”** se establece una amplia competencia de la Administración Pública para controlar el cumplimiento del contrato, conjuntamente con la obligación de elevar informes semestrales ante la Unidad de, con la finalidad de informar alteraciones sustanciales o incumplimientos contractuales (artículos 39 a 41).

En el **capítulo IV “Régimen Sancionatorio”** se prevé que en los contratos deberá establecerse las sanciones aplicables para los distintos casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, así como sus factores atenuantes o agravantes, siendo facultad de la Administración Pública proceder a la aplicación de sanciones bajo los principios allí indicados (artículos 42 y 43). Asimismo, se regulan los casos en que se resuelva el contrato por incumplimiento del contratista, la solicitud de medidas cautelares, la intervención y el derecho de retención ante el incumplimiento del contratista (artículos 44 a 47)

En el **capítulo X “Modificaciones y Cesión del Contrato”** se regula expresamente el régimen de modificación del contrato, mantenimiento del equilibrio económico del mismo, la posibilidad de su renegociación, así como la posibilidad de cesión y subcontratación (artículos 48 a 51).-

En el **capítulo XI “Extinción del Contrato y Solución de Controversias”** se señalan las causales de extinción de los contratos, los casos de abandono de proyectos por el contratista y de término anticipado del contrato (artículos 52 a 54). En especial, se regula el régimen de arbitraje aplicable a la solución de los conflictos que surjan con motivo de la ejecución del contrato (artículo 55).-Finalmente, en el **capítulo XII “Disposiciones Varias”**, se regula lo atinente a expropiaciones, régimen presupuestario, exposición contable y la vigencia de la ley.

II. PRINCIPALES LINEAMIENTOS DE LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA.

1.- Los Contratos de Participación Público-Privada y su ámbito de aplicación.

El objeto de la Ley a estudio consiste en el establecimiento del marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada (PPPs)²⁰.

En cuanto al objeto de estos emprendimientos de participación público-privada, podemos constatar en el artículo 1° que esta iniciativa es más restrictiva que sus precedentes, porque refiere a la financiación, diseño, implementación y operación de infraestructuras y prestación de servicios relacionados. Es decir, el objeto está limitado a infraestructuras y prestación de servicios relacionados. Un proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas en su artículo 1° decía: para la aplicación en sectores tales como vivienda, salud, educación, energía, minería, transporte, comunicaciones, turismo y actividades relacionadas. Es decir, que se trataba de un enfoque más descriptivo y, eventualmente, no podía quedar limitado a infraestructura, sino que alcanzaba a otras áreas de actividad. Si bien el concepto de infraestructura no está definido en el proyecto de ley, a todos nos parece claro que, por ejemplo, en el ámbito de la energía, la infraestructura puede referir a tendido de líneas, pero no así a la actividad propiamente energética, aun cuando la ley hable de servicios relacionados. Este concepto de servicios relacionados está tomado de las normas sobre autopistas en Europa, que prevén que el constructor de la autopista puede no solo explotar peajes sino también servicios relacionados, léase comercios, hospedajes, restaurantes, etcétera²¹.

De acuerdo con lo previsto en el Art. 2, son contratos de Participación Público Privada *“aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, una actuación global e integrada que, además de la financiación, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: diseño, construcción, mantenimiento, operación de infraestructuras”*²².

A los efectos del presente Proyecto, se consideran comprendidas en el término “Administración Pública” los Poderes del Estado, Tribunal de Cuentas, Corte Electoral, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Entes de Enseñanza Pública y Gobiernos Departamentales, sin perjuicio de las atribuciones, facultades, derechos y obligaciones que les asignen la Constitución de la República y normas legales aplicables.

En forma seguida y no menos importantes se dispone a texto expreso que “Sólo podrán celebrarse contratos de Participación Pública Privada cuando previamente se resuelva, en la forma prevista en la presente ley, que otras modalidades alternativas de contratación no permiten la mejor forma de satisfacción de las finalidades pública”.

El ámbito de aplicación de los contratos de Participación Público Privada está delimitado en el Art. 3^o²³: “El presente marco normativo será de aplicación preceptiva para todos los contratos de Participación Pública

20 En cuanto al objeto, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 1° tenía la siguiente redacción:

Artículo 1°.- Objeto. La presente ley establece el marco regulatorio aplicable al régimen de contratos de Participación Público-Privada (PPPs) para la financiación, diseño, implementación y operación de infraestructuras y prestación de servicios relacionados.

Se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos esenciales cuya prestación se comete al Estado en forma exclusiva así como la explotación de los monopolios establecidos por ley a favor de éste.

21 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

22 En cuanto a la definición de los contratos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 2° tenía la siguiente redacción:

Artículo 2°.- Contratos de Participación Público-Privada. Los contratos de Participación Público-Privada son aquellos suscritos, como consecuencia de las aplicaciones de los procedimientos previstos en la presente ley, entre la Administración Pública y un contratista y que constituyen título habilitante para la ejecución de las actividades previstas en el artículo 1°.

23 En cuanto al ámbito de aplicación, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 3° tenía la siguiente redacción:

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación. A los efectos de la presente ley, la Administración Pública podrá celebrar todo tipo de acuerdos, contratos y asociaciones con el sector privado cuando ellos sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Privada definidos en la presente ley. Bajo los límites establecidos constitucionalmente, dichos contratos podrán celebrarse para el desarrollo de obras de infraestructura en los siguientes sectores de actividad:

- a) Obras viales, ferroviarias, portuarias y aeroportuarias. Se consideran incluidas dentro de las obras viales las de cominería rural.
- b) Obras de infraestructura energética, sin perjuicio de lo establecido en la Ley Nacional de Electricidad N° 14.694 y Ley de Creación de Ancap N° 8.764.
- c) Obras de disposición y tratamiento de residuos.
- d) Obras de Infraestructura social, incluyendo cárceles, centros de salud, centros de educación, viviendas de interés social, complejos deportivos y obras de mejoramiento, equipamiento y desarrollo urbano”.

Asimismo “podrá celebrarse este tipo de contratos para la colonización de tierras, que por su ubicación, superficie y características agrológicas resulten económicamente apropiadas para la formación de colonias, de acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica N° 11.029 y su modificativa Ley N° 18.187. En particular los contratos podrán incluir los servicios de interés colectivo mencionados en el artículo 48 así como las instalaciones a las que refiere en el artículo 52 de la Ley N° 11.029”.

Hemos reseñado que este tipo de contratos podrá celebrarse para el desarrollo de obras de infraestructura en los sectores de actividad que han sido determinados en forma específica. Ahora haremos referencia a aquellos sectores de actividad que no podrán ser objeto de los mismos.

En ningún caso, los contratos de Participación Pública Privada podrán incluir:

- a) Servicios educativos cuando se trate de centros educativos.
- b) Servicios sanitarios cuando se trate de centros de salud.
- c) Servicios de seguridad, sanitarios y de reeducación de reclusos cuando se trate de cárceles

Se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos cuya prestación se comete al Estado en forma exclusiva, así como la explotación de los monopolios establecidos por ley a favor de éste.

2.- Los principios y orientaciones generales en la Participación Público-Privada.

En este tipo de leyes instrumentales, establecer cuáles son los principios que, de alguna manera, van a orientar la solución de los problemas que en la vida práctica se vayan a suscitar es muy importante. Los principios generales de Derecho son reglas de Derecho, en general, no escritas. El hecho de que el legislador explicita su alcance es pedagógicamente muy importante para la aplicación futura. Todos invocamos el principio de igualdad, el principio de transparencia y el principio de publicidad. No hay definiciones de estos principios, cuyo contenido, luego, se aplica a cada caso concreto. El hecho de que el legislador efectivamente señale que todos los actos y contratos celebrados en el marco de la presente ley deberán observar los principios de transparencia, publicidad, protección del interés público, ecuanimidad, temporalidad, responsabilidad fiscal, es verdaderamente útil y positivo desde el punto de vista de la arquitectura de un proyecto de ley de esta naturaleza²⁴.

Las PPP se fundamentan en cuatro principios. En primer lugar, en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, que, debido a fallos de mercado (como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades), deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, en la idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos. En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible. Y, en cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y

La ley podrá autorizar a las Administraciones Públicas a constituir o adquirir sociedades comerciales u otras personas jurídicas de derecho privado o a participar en las mismas a los solos efectos de que éstas actúen como contratantes de proyectos de Participación Público-Privada.

24 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos²⁵.

El Artículo 4º de la presente Ley enuncia los principios y las orientaciones generales en la Participación Público-Privada.

Todos los actos y contratos celebrados en el marco de la presente Ley deberán observar los siguientes principios y orientaciones generales:

- a) **Transparencia y publicidad:** Todas las actuaciones desarrolladas en el marco de proyectos de Participación Público-Privada, con las limitaciones que en cada caso establezca la normativa vigente, serán públicas y estarán sujetas a mecanismos de control.
- b) **Protección del interés público:** Todo proyecto de Participación Público-Privada, deberá procurar el beneficio público, respetando el interés general, y adoptar los mecanismos de participación y control que serán de aplicación durante toda la vigencia del contrato.
- c) **Eficiencia económica:** La celebración de contratos por parte de la Administración Pública, en el marco de proyectos de Participación Público-Privada, deberá basarse en la consecución del mayor Valor por Dinero, incluyendo tanto la reducción de costos como los niveles de riesgo así como plazos de disponibilidad²⁶.
- d) **Adecuada distribución de riesgos:** Los contratos celebrados en el marco de proyectos de Participación Público-Privada deberán contemplar una adecuada distribución de riesgos entre las partes, de modo tal de minimizar el costo asociado a los mismos.
- e) **Transferencia:** Los contratos deberán establecer las modalidades en que las obras y los bienes e instalaciones necesarias para su explotación puedan ser revertidas o transferidas a la Administración, según corresponda²⁷.
- f) **Ecuanimidad:** La selección de los sujetos contratantes deberá llevarse a cabo observando criterios de transparencia, ecuanimidad y no discriminación, promoviendo la competencia entre los oferentes y procurando alcanzar un adecuado equilibrio entre la necesaria celeridad, reducción de costos de los procedimientos y la selección de la mejor propuesta a los intereses públicos.
- g) **Temporalidad.** Todos los contratos que se celebren deberán establecer un plazo máximo de duración. El plazo máximo de duración del contrato y de sus prórrogas no podrá exceder de 35 años²⁸.
- h) **Responsabilidad fiscal.** Las erogaciones y compromisos financieros que se asuman en el marco de proyectos de Participación Público-Privada deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado, en un marco de responsabilidad fiscal y de la debida rendición de cuentas.
- i) **Control.** La Administración Pública contratante deberá establecer en los respectivos contratos mecanismos de control adecuados para la efectiva protección de los derechos de los usuarios y la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios correspondientes.
- j) **Protección del desarrollo sustentable.** Los proyectos ejecutados a través de mecanismos de Participación Público-Privada deberán propender al desarrollo sustentable de la sociedad y de la economía, adoptando medidas de protección al medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras²⁹.

25 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 107.

26 En cuanto al principio de eficiencia económica, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 4º tenía la siguiente redacción:

- c) Eficiencia económica: La celebración de contratos por parte de la Administración Pública, en el marco de proyectos de Participación Público-Privada, deberá basarse en la consecución del mayor Valor por Dinero, incluyendo tanto la reducción de costos como de los niveles de riesgo.

27 En cuanto al principio de transferencia, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, no estaba incluido en el Art. 4.

28 En cuanto al principio de temporalidad, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 4º tenía la siguiente redacción:

- f) **Temporalidad.** Todos los contratos que se celebren deberán establecer un plazo máximo de duración. En ningún caso podrán otorgarse a perpetuidad.

29 En cuanto al principio de desarrollo sustentable, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 4º tenía la siguiente redacción:

3.- Las contraprestaciones y las contribuciones públicas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada.

De acuerdo a lo previsto en el Art. 5°30, en contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto, en lo que refiere a las contraprestaciones por el desarrollo de proyectos, el contratista podrá percibir diferentes modalidades de ingresos, en forma exclusiva o combinada, abonados por los usuarios o la Administración Pública contratante, entre otras.

Dependiendo de las características y estructura de cada proyecto, podrá determinarse en beneficio de la Administración Pública, la percepción de ingresos consistentes en pagos provenientes del contratista, usuarios, u otros que en su caso se estipulen.

Como puede apreciarse se eliminó el párrafo segundo ya que se incluyó en el Capítulo de Garantías.

Por su parte, en lo que refiere a las contribuciones públicas, el Art. 631 dispone que conforme a las características concretas de cada proyecto y a efectos de viabilizar los mismos, el contrato podrá prever la realización de contribuciones por parte de la Administración Pública, tales como aportes pecuniarios, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras.- De estas contribuciones, las que lo requieran, deberán contar con el decreto del Poder Ejecutivo correspondiente.

En ningún caso se podrá asegurar contractualmente niveles mínimos de rentabilidad del proyecto.

El contrato deberá determinar las condiciones a cuyo cumplimiento se sujetarán las contribuciones públicas, su modificación o cese.

Los aportes económicos por parte de la Administración Pública podrán realizarse cuando éstos constituyan un estímulo a la gestión económica más eficiente y ello redunde en su beneficio y en el de los usuarios del servicio, de acuerdo al resultado de los estudios previos previstos en el artículo 16 del presente Ley.

-
- i) **Protección del desarrollo sustentable.** Los proyectos ejecutados a través de mecanismos de Participación Público-Privada deberán propender al desarrollo sustentable de la economía, adoptando medidas de protección al medio ambiente en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

30 En cuanto a las contraprestaciones por el desarrollo de Proyectos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 5° tenía la siguiente redacción:

Artículo 5°.- Contraprestaciones por el desarrollo de proyectos. En contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto, el contratista podrá percibir diferentes modalidades de ingresos, en forma exclusiva o combinada, abonados por los usuarios o la Administración Pública contratante, entre otras.

El contratista podrá constituir, en beneficio de sus acreedores, todo tipo de garantías reales y personales sobre sus bienes y derechos, actuales y futuros, conforme al régimen legal vigente, incluyendo, entre otras, la constitución de prendas sobre flujos de fondos futuros a generarse en el proyecto así como fideicomisos de garantía

Dependiendo de las características y estructura de cada proyecto, podrá determinarse en beneficio de la Administración Pública, la percepción de ingresos por parte de ésta consistentes en pagos provenientes del contratista, usuarios, u otros que en su caso se estipulen.

31 En cuanto a las contraprestaciones públicas para el desarrollo de Proyectos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 6° tenía la siguiente redacción:

Artículo 6°.- Contribuciones públicas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada. Conforme a las características concretas de cada proyecto y a efectos de viabilizar los mismos, el contrato podrá prever la realización de contribuciones por parte de la Administración Pública, tales como aportes pecuniarios, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, garantías de obtención de ingresos mínimos y exoneraciones fiscales, entre otras.

La Administración Contratante podrá asegurar al contratista niveles mínimos de ingresos pero, en ningún caso, podrá asegurar niveles mínimos de rentabilidad del proyecto.

El contrato deberá determinar las condiciones a cuyo cumplimiento se sujetarán las contribuciones públicas, su modificación o cese.

Los aportes económicos por parte de la Administración Pública podrán realizarse cuando éstos constituyan un estímulo a la gestión económica más eficiente y ello redunde en su beneficio y en el de los usuarios del servicio, de acuerdo al resultado de los estudios previos previstos en el artículo 16 de la presente ley.

III. EL MARCO INSTITUCIONAL.

1.- Atribución de competencias.

En este punto, el Art. 7 dispone que “La Administración Pública contratante, dentro del ámbito de su competencia, será la responsable del diseño, estructuración y celebración de contratos de la Participación Público-Privada, así como del control de su correcta ejecución y del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratantes. Ello, sin perjuicio de las atribuciones y competencias de regulación y control que correspondan a otros organismos estatales conforme a sus competencias originarias y a las que se atribuyen por la presente ley”.

En primer lugar, en el artículo 7º, hay un actor protagónico, que es la administración competente. La administración competente es aquella que tiene asignada la materia a la cual refiere el emprendimiento público privado que se va a llevar adelante. Complementariamente, en el artículo 9º, se le asignan un conjunto de cometidos a la Corporación Nacional para el Desarrollo, que como todos sabemos es una persona pública no estatal, cuya ley orgánica se modificó a fines del año pasado, precisamente para centrar su actividad en el área de las infraestructuras. Entonces, a ella se atribuye fomentar la ejecución de proyectos de esta naturaleza, difundir lineamientos técnicos, asesorar, contribuir al fortalecimiento de capacidades, facilitar a las administraciones la continuidad de sus proyectos y también crear o adquirir sociedades comerciales de cualquier naturaleza, cuando ello se entienda necesario para el mejor desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada. O sea, otra vez, se apela al uso del vehículo de la sociedad comercial, pero en este caso ya no por la administración contratante, sino por la Corporación Nacional para el Desarrollo, en un rol facilitador llamémosle así del PPP de que se trate³².

Desde el punto de vista institucional, la Ley atribuye cometidos al Ministerio de Economía y Finanzas, fundamentalmente en los artículos 13 y 14, porque es en el ámbito de este Ministerio donde se crea la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada. En el artículo 18, se distribuye entre la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas la evaluación de los estudios previos y de las bases de contratación. Finalmente, el Tribunal de Cuentas aparece mencionado en el artículo 23, relativo a la adjudicación de las ofertas y también en el artículo 48, estableciéndose que deberá intervenir en oportunidad en que se modifiquen los contratos. Esto es interesante porque, hasta ahora, la intervención del Tribunal de Cuentas en la modificación de los contratos está establecida por ordenanza del Tribunal de Cuentas, que ha impuesto a las administraciones remitir los acuerdos de modificación, las renegociaciones, etcétera. Parece positivo que se explicita en una ley y no ya en una ordenanza del Tribunal de Cuentas³³.

2.- La Comisión Técnica.

A tales efectos (Art. 8)³⁴, se dispone que por cada Proyecto, la Administración Pública contratante designará una Comisión Técnica que asesorará en todas las etapas del procedimiento de contratación. La Comisión Técnica estará integrada por un mínimo de tres y un máximo de cinco miembros, debiendo ser dos de ellos, por lo menos, funcionarios de la Administración Pública contratante y otro, que podrá pertenecer o no a la misma. Todos sus miembros deberán tener idoneidad en los diferentes aspectos que componen la materia de contratación.

Todos los integrantes de las Comisiones Técnicas estarán obligados a presentar declaración jurada de acuerdo a la Ley N° 17.060³⁵.

32 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

33 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

34 En cuanto a la integración de la Comisión Técnica, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 8º tenía la siguiente redacción:

Artículo 8º.- Comisión Técnica. Para cada proyecto la Administración Pública contratante designará una Comisión Técnica que asesorará en todas las etapas del procedimiento de contratación. La Comisión Técnica estará integrada por un mínimo de tres miembros, debiendo ser uno de ellos, por lo menos, funcionario de la Administración Pública contratante y otro, que podrá pertenecer o no a la misma, que posea reconocida idoneidad técnica en la materia objeto de contratación.

35 Los Arts. 10 y 11 de la Ley N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 (Normas referidas al Uso Indevido del Poder Público – Corrupción-) establecen la obligación de presentar una Declaración jurada de bienes e ingresos a cualquier título ante la Junta de Transparencia y Ética Pública (J.U.T.E.P.), www.jutep.gub.uy.

3.- La Corporación Nacional para el Desarrollo (CND): competencias, estructuración e implementación de proyectos de Participación Público-Privada.

a) Nuevos cometidos.

En cuanto a la Corporación Nacional para el Desarrollo, persona jurídica de derecho público no estatal, vamos a hacer referencia a los nuevos cometidos específicos que tendrá en materia de Participación Público-Privada, los cuales están establecidos en el Art. 9.

Sin perjuicio de los cometidos atribuidos por la Ley N° 15.785, de 4 de diciembre de 1985 y demás normas concordantes y modificativas, la Corporación Nacional para el Desarrollo CND tendrá los cometidos que se indican a continuación:

- a) Desarrollar y fomentar la ejecución de proyectos de Participación Público-Privada mediante la aplicación de los mejores criterios técnicos y el apego a los principios y orientaciones contenidos en la presente ley.
- b) Elaborar y difundir, previa aprobación del Ministerio de Economía y Finanzas y la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, los lineamientos técnicos aplicables a proyectos de Participación Público-Privada a través de la elaboración de guías de mejores prácticas recomendadas, uniformización de procedimientos y elaboración de manuales, modelos e instrumentos que contribuyan al diseño, ejecución de los referidos proyectos de forma más eficiente³⁶.
- c) Asesorar en la identificación, concepción, diseño, estudio, estructuración, promoción, selección y contratación de los proyectos de Participación Público-Privada, en los términos y condiciones que se acuerden mediante convenio con las Administraciones Públicas contratantes.
- d) Contribuir al fortalecimiento de capacidades de las Administraciones Públicas contratantes en el diseño e implementación de proyectos de Participación Público-Privada.
- e) Asesorar al Poder Ejecutivo a identificar y priorizar proyectos susceptibles de ser ejecutados mediante el sistema de Participación Público-Privada.
- f) Facilitar a las Administraciones Públicas contratantes la coordinación interinstitucional de sus actividades relacionadas con proyectos de Participación Público-Privada.
- g) Crear o adquirir sociedades comerciales de cualquier naturaleza así como instrumentos financieros, cuando ello se entienda necesario para el mejor desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada.

b) Estructuración e implementación de proyectos.

Para la estructuración de proyectos de Participación Público-Privada, la Administración Pública contratante podrá contratar en forma directa a la Corporación Nacional para el Desarrollo.

Asimismo, podrá contratar para ello a empresas de reconocida idoneidad en la materia.

La selección y contratación de dichas empresas deberá realizarse a través del régimen general de contratación administrativa, no siendo aplicable para ello los mecanismos de contratación establecidos en la presente ley (Art. 10).

Previo autorización debidamente fundada del Poder Ejecutivo (Art. 11), la Administración Pública contratante podrá acordar directamente con la CND que ésta asuma la implementación de un proyecto de Participación Público-Privada en forma integral, con el fin de viabilizar su concreción y, posteriormente, transferir el mismo al sector privado a través de los procedimientos de contratación previstos en la presente ley.

Esta modalidad de implementación podrá aplicarse únicamente en aquellos proyectos que no superen el monto de inversión estimada a ser establecido por la reglamentación. Asimismo, la reglamentación establecerá el plazo máximo dentro del cual la CND deberá transferir el proyecto al sector privado.

A estos efectos, la CND podrá ejecutar el proyecto directa o indirectamente, mediante la celebración de contratos o acuerdos comerciales de cualquier naturaleza, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la presente ley.

36 En cuanto a las Competencias de la Corporación Nacional para el Desarrollo (C.N.D.), cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el literal b del Art. 9° tenía la siguiente redacción:

- b) Elaborar y difundir lineamientos técnicos aplicables a proyectos de Participación Público-Privada a través de la elaboración de guías de mejores prácticas recomendadas, uniformización de procedimientos y elaboración de manuales, modelos e instrumentos que contribuyan al diseño, ejecución de los referidos proyectos de forma más eficiente.

4.- La Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada (M.E.F.).

Créase la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, la que funcionará en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas. Le compete a esta Unidad realizar el seguimiento de los aspectos económicos-financieros de los proyectos que se desarrollen al amparo de la presente ley, así como verificar el cumplimiento de los aspectos presupuestarios vinculados a los mismos, evaluar los riesgos asociados y realizar los análisis y registros que se cometen al Ministerio de Economía y Finanzas en la presente ley (Art. 13)³⁷.

Sobre el punto se ha señalado que³⁸ “En la órbita” es una expresión que el legislador se ha acostumbrado a usar cuando no sabe qué quiere decir, y resulta que quienes interpretamos las leyes tampoco lo sabemos. Jurídicamente, expresar que un órgano está en la órbita de alguna entidad no quiere decir nada; fue una expresión que se usó y que se sigue usando para las unidades reguladoras, si mal no recuerdo. Aquí, debería decirse que funcionará en el Ministerio de Economía y Finanzas o, si se quiere ser más preciso, debería decirse que será un órgano desconcentrado del Ministerio, porque eso sí tiene un significado jurídico bien preciso. Significa que se trata de un órgano que está sometido a jerarquía y que ejerce sus potestades propias. También señalo que se crea esa Unidad, pero no se crean cargos. De modo que si la solución legislativa se mantiene así, dicha Unidad deberá integrarse con funcionarios del Ministerio. La Cartera luego la conformaría, determinando su personal y sus autoridades.

5.- El Registro de Proyectos de Participación Público-Privada.

Créase el Registro de Proyectos de Participación Público-Privada cuya organización se comete al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el que incluirá los contratos suscritos para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada y sus modificaciones, los llamados a interesados para la adjudicación de proyectos de Participación Público-Privada, las iniciativas privadas presentadas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada, respetando los derechos de confidencialidad que correspondan al titular de la misma, y los informes de auditoría de proyectos de Participación Público-Privada.

La reglamentación establecerá el contenido y las formalidades bajo las cuales corresponderá la constitución y administración del Registro, así como la actualización de la información contenida en el mismo, entre otros aspectos.

Un resumen de los contenidos de este Registro deberá informarse anualmente a la Asamblea General, en cada instancia presupuestal o rendición de cuentas.

6.- La Oficina de Planeamiento y Presupuesto (O.P.P).

La Oficina de Planeamiento y Presupuesto es competente en materia de la evaluación de los estudios previos y de las bases de contratación al disponer que los estudios de evaluación previa y las bases de contratación serán presentados ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas para su consideración e informe, el que se procesará según los plazos y condiciones que establezca la reglamentación. Ambos organismos, actuando en forma coordinada, evaluarán dichos estudios y bases de contratación, tomando en consideración el impacto social y económico del proyecto, los aspectos presupuestarios, la viabilidad económica-financiera y los beneficios de adoptar esta modalidad de contratación.

7.- El Tribunal de Cuentas de la República.

El Tribunal de Cuentas tiene competencias en lo relativo a la adjudicación de las ofertas al disponer el Art. 23 que “...el proceso continuará con la intervención del Tribunal de Cuentas, el que dispondrá de 30 días corridos

³⁷ En cuanto a Unidad de Proyectos, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 13° tenía la siguiente redacción:

Artículo 13.- Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada. Créase la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, la que funcionará en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas con el fin de realizar el seguimiento permanente de los proyectos que se desarrollen al amparo de la presente ley, verificar el cumplimiento de los aspectos presupuestarios asociados a los mismos, y realizar los análisis y registros que se cometen al Ministerio de Economía y Finanzas en la presente ley.

El Poder Ejecutivo establecerá su forma de integración y los cometidos específicos.

³⁸ Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

para su pronunciamiento, contados desde la notificación mencionada en el inciso anterior. Vencido este plazo sin que el Tribunal de Cuentas se expida, se considerará que existe un pronunciamiento favorable del Tribunal por lo que el proceso continuará de acuerdo a lo establecido por los incisos siguientes... ”.

Asimismo y en este punto debe destacarse que al tenor de lo dispuesto en el Art. 48, el Tribunal de Cuentas deberá intervenir en oportunidad en que se modifiquen los contratos. Debe recordarse que hasta ahora, la intervención del Tribunal de Cuentas en la modificación de los contratos está establecida por ordenanza del Tribunal de Cuentas, mientras que a partir de la aprobación de la presente Ley, su intervención tendrá fuente legal.

Sobre el punto, el Art. 48 dispone que “la Administración Pública contratante, *previo informe* de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas, podrá modificar las características de las obras y los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de contratación o por otras razones de interés público debidamente fundadas, no pudiendo afectarse con ello las condiciones esenciales del contrato. Como consecuencia de ello, cuando corresponda, deberá compensar económicamente al contratista por los costos adicionales netos en que éste incurriere por tal concepto...”

8.- La Contaduría General de la Nación.

La Ley también establece nuevas atribuciones para la Contaduría General de la Nación (C.G.N.) en materia de contratos de Participación Público-Privada.

Al tenor del Art. 61, la Contaduría General de la Nación (C.G.N.) deberá llevar en forma identificable el registro de pasivos firmes y contingentes correspondientes a contratos de Participación Público-Privada e informar en cada instancia presupuestal y en cada rendición de cuentas, el monto estimado de los mismos en forma separada de la Deuda Pública, como asimismo la inversión ejecutada por ejercicio fiscal y por inciso del presupuesto.

Asimismo se dispone que siempre que la Administración Pública contratante sea un Inciso del Presupuesto Nacional, se incluirán los pagos dentro del presupuesto de inversiones del inciso 24 “Diversos Créditos” y se deducirá el equivalente del crédito de Inversiones del Inciso contratante.

9.- Los Contratos de Participación Público-Privada Institucional.

El Art. 12³⁹ regula los contratos de Participación Público-Privada Institucional al disponer que “En el marco de los cometidos establecidos en el artículo 11 de la ley 15785 del 4 de diciembre de 1985 en la redacción dada por el artículo 34 de la ley 18602 del 21 de setiembre de 2009, la Administración Contratante podrá celebrar directamente contratos de Participación Público – Privada con la Corporación Nacional para el Desarrollo de acuerdo a los procedimientos definidos en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la presente ley. En caso de que la Corporación Nacional para el Desarrollo ceda en forma total el contrato referido deberá hacerlo por alguno de los procedimientos definidos en los artículos 19 y 20 de la presente ley”.

Es interesante recordar en este punto la discusión suscitada respecto de la redacción anterior de este artículo en cuanto preveía que “la Administración Pública contratante podrá celebrar directamente contratos de Participación Público-Privada con otras entidades públicas, con personas públicas no estatales [...]”.

Al respecto se sostuvo con acierto que⁴⁰ las personas públicas no estatales son entidades públicas, por lo que la redacción es redundante. Para que no lo fuera, el artículo se tendría que referir a entidades públicas estatales, personas públicas no estatales o, de lo contrario, a entidades públicas estatales o no estatales. Al referir a entidades públicas, están incluidas las personas públicas no estatales, que por eso son personas públicas... Si el Estado contrata con el Estado, no necesita contratos de participación público-privado; lo

39 En cuanto a los contratos de Participación Público-Privada Institucional, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 12° tenía la siguiente redacción:

Artículo 12.- Contratos de Participación Público-Privada Institucional. La Administración Pública contratante podrá celebrar directamente contratos de Participación Público-Privada con otras entidades públicas, con personas públicas no estatales o con personas jurídicas de derecho privado cuyo capital mayoritario esté constituido por participaciones, cuotas sociales o acciones propiedad de entidades públicas o de personas públicas no estatales.

40 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

puede hacer desde hoy, y los riesgos siempre son estatales; estarán en un organismo o en otro, pero siempre son fondos públicos...

La esencia de este tipo de contratos, al decir de CAJARVILLE, para que dé resultado, consiste en que el riesgo se asuma por la parte que es más hábil para ello, ya sea por su actividad, su estructura, su naturaleza jurídica o por la razón que sea; esta es la sustancia de este tipo de contratos... Por eso digo que es concebible que este régimen jurídico, que la ley llama Participación Público-Privada, pueda aplicarse, aunque sean dos entidades estatales las que actúen. La dificultad, en ese caso, sería de denominación del contrato. De repente, aquí se pretende distinguir agregando el calificativo "Institucional". En definitiva, es una cuestión de denominación si cuando son dos entidades estatales le debemos llamar público-privado o contrato de participación institucional de riesgo, etcétera... De todos modos, esta objeción no es aplicable a todos los casos que aquí se aluden, porque las personas públicas no estatales son entidades distintas y tienen su propio patrimonio; lo mismo puede suceder con esas otras personas de capital mayoritario estatal pero sometidas al régimen de Derecho Privado.

IV. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PARA INICIATIVAS PÚBLICAS.

1.- El Inicio del Proceso y la evaluación previa: "valor por dinero" como herramienta para la toma de decisiones.

A título introductorio, debe precisarse que la Ley consagra la pluralidad de procedimientos a los efectos de la implementación de la participación público-privada. En este capítulo haremos referencia a la regulación del procedimiento de contratación para iniciativas públicas.

El proceso tendiente a la suscripción de un contrato para el desarrollo de un proyecto de Participación Público-Privada, podrá iniciarse de oficio mediante una iniciativa pública, o bien, originarse en una iniciativa privada presentada por un proponente, esto es, cuando sea un particular el que proponga un PPP ante la administración de que se trate, en cuyo caso, se seguirá el mecanismo dispuesto en el Capítulo VII de esta ley.

En ambos casos, dichos actos deberán ser presentados a efectos de su registro ante el Registro de Proyectos a que refiere el artículo 14 de la presente ley. **(Art. 15).**

Con carácter previo a la iniciación del procedimiento de contratación, la Administración Pública contratante deberá contar con un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto la viabilidad y la conveniencia del proyecto en cuestión.

Dependiendo de las características de cada proyecto, la evaluación previa podrá separarse en estudios de prefactibilidad, estudios de factibilidad y estudios de impacto.

El documento de evaluación deberá incluir, entre otros aspectos, un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos técnicos, jurídicos, económicos y financieros, la adopción de esta fórmula de contratación. En particular, se deberá mostrar que el modelo de contratación propuesto es el que permite al Estado obtener el mayor "Valor por Dinero".

La reglamentación establecerá el alcance, forma y contenido de dicha evaluación previa, incluyendo, entre otras, las áreas técnica, comercial, financiera, jurídica, ambiental y de impacto económico y social. **(Art. 16)⁴¹.**

41 En cuanto a la Evaluación Previa, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 16° tenía la siguiente redacción:

Artículo 16.- Evaluación previa. Con carácter previo a la iniciación del procedimiento de contratación, la Administración Pública contratante deberá contar con un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto la viabilidad y la conveniencia del proyecto en cuestión.

Dependiendo de las características de cada proyecto, la evaluación previa podrá separarse en estudios de prefactibilidad, estudios de factibilidad y estudios de impacto.

La reglamentación establecerá el alcance, forma y contenido de dicha evaluación previa, incluyendo, entre otras, las áreas técnica, comercial, financiera, jurídica y de impacto económico y social.

Uno de los elementos que ha demostrado ser crucial en la toma de decisiones a la hora de aplicar PPP o decantarse por un modelo de provisión de infraestructura convencional, es la valoración de las ganancias sociales que la aplicación de las PPP tiene frente a los mecanismos convencionales.

El procedimiento empleado con mayor frecuencia es el que se denomina *value for money*, que puede ser traducido al español como “valor del dinero”. En otras palabras, lo que se pretende es valorar que el dinero público se emplea del modo más eficiente posible para la sociedad, con independencia de que las labores de construcción y explotación sean llevadas a cabo por el sector público o por el sector privado.

El procedimiento de *value for money* fue desarrollado en primer lugar en Reino Unido, dentro del contexto de la política del *Private Finance Initiative* (PFI) que este país lleva desarrollando en los últimos años.

Generalmente, el análisis de *value for money* dispone de dos componentes: uno cuantitativo y uno cualitativo. El componente cuantitativo incluye todos los factores que pueden ser evaluados en términos monetarios, y su análisis se basa en comparar la licitación mediante PPP con otro escenario que recibe el nombre de *Public Sector Comparator* (PSC). El PSC es un escenario hipotético usado en la valoración para determinar qué costaría desarrollar el proyecto, si el gobierno quisiera llevarlo a cabo siguiendo el modo convencional de licitación.

El análisis cualitativo tiene en cuenta aquellos aspectos del proyecto que son difícilmente cuantificables y, además, pone su atención en otros aspectos como son las características del mercado y la competitividad para la licitación correspondiente, también se fija en los recursos y capacidades del sector privado y del sector público.

Cuando se lleva a cabo el análisis del *value for money* de un proyecto, uno de los aspectos de mayor importancia es llevar a cabo una adecuada definición del PSC que se estima, calculando el valor presente neto de los costos para la agencia pública a lo largo de la vida del proyecto, en caso de que el proyecto se licite mediante el procedimiento convencional.

Ese mismo análisis de descuento de flujos de caja para calcular el valor presente neto se lleva a cabo también para el escenario del proyecto desarrollado mediante una PPP⁴².

2.- El contenido del Contrato de Participación Público-Privada.

El Art. 17 enuncia el contenido mínimo que debe contener los contratos de Participación Público-Privada al disponer que deberán incluir necesariamente, y sin perjuicio de las demás estipulaciones necesarias o que acuerden las partes, los siguientes aspectos:

- a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto.
- b) Condiciones de reparto de riesgos entre el contratante y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costos de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones, entre otros⁴³.
- c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de los servicios, obras y suministros y las condiciones en que deberán ser puestos a disposición de la Administración Pública contratante.
- d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costos de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos.
- e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato y criterios aplicables respecto del mantenimiento del equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato si correspondiere.
- f) Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el monto de los pagos pendientes de satisfacer por el contratante y los importes que el

42 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 113.

43 En cuanto al contenido del contrato, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el literal b) del Art. 17º tenía la siguiente redacción:

b) Condiciones de reparto de riesgos entre el contratante y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costos de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

contratista debe abonar a éste como consecuencia de penalidades o sanciones, pueden ser objeto de compensación.

- g) Sistema de control por parte de la Administración Pública contratante aplicable a la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se autorice a realizar cesiones o subcontratos. Los costos del funcionamiento de este sistema deberán estar previstos dentro de la estructura general de costos del proyecto.
- h) Sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.
- i) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o por decisión unilateral de la Administración Pública contratante, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, conforme a lo establecido en la presente ley.
- j) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.
- k) Garantías que el contratista deberá afectar al cumplimiento de sus obligaciones.
- l) Mecanismos aplicables a la liquidación del propio contrato, incluyendo disposiciones sobre las compensaciones a que pudiera dar lugar la misma.
- m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales.
- n) Otras obligaciones del contratista como ser la presentación de sus estados contables auditados, dentro de un plazo de seis meses contados a partir del cierre de cada ejercicio fiscal⁴⁴.

3.- Llamado público a interesados: estudios de evaluación previa y bases de contratación.

Los estudios de evaluación previa y las bases de contratación a que refieren los artículos precedentes serán presentados ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas para su consideración e informe, el que se procesará según los plazos y condiciones que establezca la reglamentación.

Ambos organismos, actuando en forma coordinada, evaluarán dichos estudios y bases de contratación, tomando en consideración el impacto social y económico del proyecto, los aspectos presupuestarios, la viabilidad económica-financiera y los beneficios de adoptar esta modalidad de contratación.

Asimismo se determinará, en esta instancia o, en su defecto, al definirse las condiciones definitivas de contratación, las características de distribución de riesgos entre la Administración contratante y el contratista.

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, deberán realizar la presentación a través del Ministerio correspondiente.

En el caso de los organismos comprendidos en el Art. 221° de la Constitución de la República, previo a la realización del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de esta ley, deberán enviar copia de las bases de contratación correspondiente al Poder Ejecutivo, para que éste informe a la Asamblea General.

Los Gobiernos Departamentales que opten por la celebración de contratos de Participación Público-Privada, deberán ajustarse al procedimiento regulado en esta Ley. Su correspondiente presentación deberá realizarse a través de la Comisión Sectorial de Descentralización. (Art. 18)⁴⁵.

44 En cuanto al contenido del contrato, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el literal n) no estaba incluido.

45 En cuanto a los estudios previos y bases de contratación, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 18° tenía la siguiente redacción:

Artículo 18.- Aprobación de los estudios previos y bases de contratación. Los estudios de evaluación previa y las bases de contratación a que refieren los artículos precedentes serán presentados ante la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas para su pronunciamiento, el que se procesará según los plazos y condiciones que establezca la reglamentación.

- a) La Oficina de Planeamiento y Presupuesto se pronunciará sobre el impacto social y económico del proyecto.
- b) El Ministerio de Economía y Finanzas se pronunciará sobre los aspectos presupuestarios asociados al proyecto, su viabilidad desde el punto de vista económico financiero así como sobre los beneficios derivados de adoptar esta forma de contratación. Asimismo determinará, en esta instancia o, en su defecto, al definirse las

Al respecto se sostiene que⁴⁶ en este artículo se prevé lo que el texto llama reiteradamente “pronunciamiento” sin que se especifique cuál es, en este caso, pronunciamiento de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas. En el título del artículo, que también llamamos “nomen iuris”, dice: “Aprobación de los estudios previos y bases de contratación”. En los dos literales del artículo se habla de pronunciamientos de distintas valoraciones sobre el eventual contrato que deben realizar la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas. De cualquier manera, y a pesar de que en el título se habla de aprobación, no resulta claro cuál es el contenido del pronunciamiento de estos organismos.

Agrega CAJARVILLE que la aprobación podría referirse simplemente a la corrección de esos estudios previos y las evaluaciones contenidas en ellos. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas podrían decir: “Muy bien, estos estudios previos son adecuados, correctos, compartibles”. Pero la aprobación también podría referirse al impacto social y económico previsto, a la viabilidad económica financiera, a la oportunidad y conveniencia del proyecto. O sea que lo que se estaría aprobando, si así se entendiera esta disposición, sería la celebración misma del contrato. Lo que estarían aprobando la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y el Ministerio de Economía y Finanzas sería la celebración del contrato. Si así fuera, esa potestad de veto que significaría la necesidad de aprobación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto para que cualquier entidad estatal pudiera celebrar un contrato de este tipo, en mi opinión, es absolutamente inconstitucional. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto, en la concepción constitucional, es un órgano de asesoramiento en las materias a que se refiere su título, es decir, asesoramiento al Poder Ejecutivo en materia de planeamiento y en materia de presupuesto. No es un órgano que ejerza administración activa en la concepción constitucional. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto ha sufrido o ha querido una deformación legislativa que le ha cometido potestades de administración activa absolutamente inadecuadas a la Constitución.

Una vez obtenido el informe a que se refiere el artículo 18, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público, estableciendo el procedimiento competitivo a emplear así como los términos y condiciones aplicables al mismo, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

La Administración Pública podrá emplear cualquier método competitivo, incluyendo la licitación, subasta, o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales que establezca la reglamentación. (Art. 19)⁴⁷.

Es destacable de este artículo que se refiere a cualquier método competitivo. Es decir que la tramitación del procedimiento para la adjudicación no está acotada, necesariamente, a una licitación pública, sino que puede hacerse a través de cualquier otro procedimiento que asegure la competencia y la igualdad de tratos entre quienes compiten⁴⁸.

El primer problema que genera la selección de la parte privada es el conocido como riesgo del “*winner’s curse*” (“maldición del ganador”), según el cual la presión por obtener la concesión puede llevar a las empresas a ser demasiado optimistas en la licitación, lo que en un futuro puede generar problemas financieros y presión sobre la Administración Pública para renegociar. Este efecto suele agravarse por el comportamiento oportunista de los licitadores cuando conocen que la Administración Pública es proclive a renegociar los contratos

condiciones definitivas de contratación, si se transfiere al contratante la mayor parte del riesgo de construcción o disponibilidad y calidad del servicio o de la demanda

Los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, deberán realizar la presentación a través del Ministerio correspondiente.

La continuación del procedimiento de contratación sólo podrá realizarse una vez obtenidos los pronunciamientos de los referidos organismos:

46 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

47 En cuanto al Llamado Público a Interesados, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 19° tenía la siguiente redacción:

Artículo 19.- Llamado público a interesados. Una vez realizados los pronunciamientos previamente indicados, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público, estableciendo el procedimiento competitivo a emplear así como los términos y condiciones aplicables al mismo, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

La Administración Pública podrá emplear cualquier método competitivo, incluyendo el diálogo competitivo, la licitación, subasta, o cualquier otro que no fuere contrario a los principios generales admitidos en la normativa vigente.

48 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

de concesión. En este sentido, es preciso evitar modelos concesionales donde la variable económica tenga un peso desproporcionado. Esta variable debe aparecer equilibrada frente a criterios técnicos y de calidad⁴⁹.

4.- El Procedimiento de Diálogo Competitivo.

La Administración Pública podrá aplicar un procedimiento de diálogo competitivo con aquel o aquellos postulantes que, habiéndose presentado al llamado público, cumplan con los requisitos de solvencia técnica y económica establecidos en el mismo.

En el transcurso de este procedimiento podrán debatirse todos los aspectos del contrato, a efectos de contribuir a la definición del pliego de condiciones particulares.

Durante el procedimiento, se dará un trato igualitario a todos los participantes y, en particular, no se les facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados participantes con respecto al resto. No se podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin su previo consentimiento.-

El procedimiento de diálogo competitivo proseguirá hasta que sea posible determinar, después de compararlas, si ello fuera necesario, las soluciones que resulten adecuadas al objeto del llamado.-

Tras declararse cerrado el diálogo competitivo y notificarse a todos los participantes, se convocará a la presentación de ofertas de acuerdo a lo que establezca el pliego de condiciones particulares.

En todos los casos en que se aplique el procedimiento del diálogo competitivo deberá especificarse previamente, en oportunidad de realizarse el llamado público a que refiere el artículo 19, si una vez concluido el diálogo, solo podrán presentar ofertas quien o quienes hayan participado en el diálogo, o si la presentación de ofertas será abierta a cualquier interesado. En el caso en que un único postulante hubiere participado en el procedimiento de dialogo competitivo, la presentación de ofertas deberá ser abierta a cualquier interesado.

La Administración Pública podrá establecer preferencias o compensaciones para aquel o aquellos postulantes participantes. (Art. 20)⁵⁰.

49 TENA-CENTENO, Antonio; VASALLO MAGRO, José Manuel; *Inversión en infraestructuras: Cuando lo público y lo privado se dan la mano*, Revista Globalización, Competividad y Gobernabilidad, N° 2, Vol. 4; 2010, p. 98.

50 En cuanto al Procedimiento de Diálogo Competitivo, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 20° tenía la siguiente redacción:

ARTICULO 20°.- Procedimiento de Diálogo Competitivo. La Administración Pública podrá aplicar un procedimiento de diálogo competitivo con el o los postulantes que, habiéndose presentado al llamado público y cumplido los requisitos de solvencia técnica y económica establecidos en el mismo, hayan sido seleccionados.

En el transcurso de este procedimiento podrán debatirse todos los aspectos del contrato con el o los candidatos seleccionados, a efectos de contribuir a la definición del pliego de condiciones particulares.

Durante el procedimiento, se dará un trato igualitario a todos los participantes y, en particular, no se les facilitará de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados participantes con respecto al resto. No se podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin su previo consentimiento.

El número de soluciones que se examinen en la etapa final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. Párrafo eliminado

El procedimiento de diálogo competitivo proseguirá hasta que sea posible determinar, después de compararlas, si ello fuera necesario, las soluciones que resulten adecuadas al objeto del llamado.

Tras declararse cerrado el diálogo competitivo y notificarse a todos los participantes, la Comisión Técnica, o la CND en su caso, definirá el pliego de condiciones particulares aplicable y convocará a la presentación de ofertas, basadas en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la etapa del diálogo competitivo, indicando la fecha, hora y lugar de su presentación.

Cuando se aplique el procedimiento del diálogo competitivo deberá especificarse previamente, en oportunidad de realizarse el llamado público a que refiere el artículo 19, si una vez concluido el diálogo, solo podrán presentar ofertas quien o quienes hayan participado en el diálogo y resulten seleccionados durante el mismo, o si la presentación de ofertas será abierta a todos los interesados.

El proyecto de ley de nuestro país establece este procedimiento del diálogo competitivo de un modo sumamente amplio. También aquí quiero hacer referencia a la ley española, que es la que inventa el nombre del “diálogo competitivo”, y en los artículos 163 y siguientes lo regula de modo explícito, con la particularidad de que establece que el diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto la licitación o el restringido lo que nosotros llamamos la licitación abreviada no permita una adecuada adjudicación del contrato. Es decir que es un procedimiento para contratos particularmente complejos.

En la práctica, muchas veces hemos visto que esto dilata enormemente el llamado a una licitación porque, previamente, hay que tener claro con quién puedo hacer ese pliego de manera que satisfaga adecuadamente los requerimientos. El diálogo competitivo es, precisamente, un procedimiento que apunta a superar esta dificultad. Cuando tengo que llevar adelante un contrato tecnológico y no sé cómo hacerlo, mediante el diálogo competitivo llamo a todas las empresas del sector y materializo lo que podríamos llamar “una lluvia de ideas” que luego me permite confeccionar el pliego. De manera que el diálogo competitivo no es un procedimiento útil para cualquier cosa. Por eso creo que puede ser una útil recomendación tener en cuenta el origen y el uso que el diálogo competitivo ha tenido en otros Derechos para contratos de especial complejidad y no para cualquier contrato, es decir, puede ser un instrumento bueno que devenga malo si se trata de un suministro normal o de una obra de infraestructura normal⁵¹.

5.- La presentación de ofertas: elementos requeridos y necesarios; examen; adjudicación y formalización del contrato.

En cuanto a la presentación de ofertas, se establece que deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. La reglamentación establecerá las condiciones para dicha presentación, la documentación exigida, las formas para la apertura de las ofertas, la posibilidad de formular aclaraciones, rectificaciones o salvedades y las actas que deberán labrarse. (Art. 21).

En materia de examen de ofertas, los criterios de evaluación de las ofertas deberán ser estipulados en el pliego correspondiente, de acuerdo a las condiciones que establezca la reglamentación.

Los mismos podrán incluir diversos elementos vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el costo de utilización, las condiciones financieras de las prestaciones económicas, la satisfacción de necesidades sociales, la rentabilidad, el valor e idoneidad técnica de la propuesta, la solvencia técnica y económica del proponente, las garantías, las características estéticas o funcionales, así como cualquier otro elemento relevante para la contratación.

En ningún caso podrá considerarse como más conveniente la oferta que fundadamente se estime que no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores desproporcionados. (Art. 22).

La adjudicación de ofertas está regulada por el Art. 23⁵² del Proyecto, al dispone que la Comisión Técnica, clasificará en orden decreciente las ofertas presentadas atendiendo a los distintos criterios valorados.-

La Administración Pública podrá establecer preferencias o compensaciones para el o los participantes en el diálogo competitivo, dando cuenta de las mismas en el llamado público.

51 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

52 En cuanto a la adjudicación de ofertas, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 23° tenía la siguiente redacción:

Artículo 23.- Adjudicación de ofertas. La Comisión Técnica, o en su caso la CND o la empresa asesora contratada, clasificará en orden decreciente las ofertas presentadas atendiendo a los distintos criterios valorados.

Previa conformidad de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada la Administración Pública contratante, a través de su ordenador de gasto competente, dispondrá la adjudicación provisional mediante resolución fundada que deberá notificarse a todos los oferentes y fijará los términos definitivos del contrato.

La adjudicación definitiva, previa intervención del Tribunal de Cuentas, no podrá realizarse antes de que transcurran 30 días hábiles contados desde la notificación de la adjudicación provisional.

Durante este plazo, el adjudicatario deberá proporcionar toda la documentación cuya presentación se hubiera diferido para esta etapa, así como constituir la garantía de cumplimiento de contrato cuando corresponda.

La adjudicación definitiva será comunicada a todos los oferentes, según lo establezca la reglamentación e inscrita en el Registro de Proyectos establecido en el artículo 14 de la presente ley.

Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al oferente que hubiese resultado adjudicatario provisional, por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, la Administración Pública contratante podrá efectuar una nueva

Previo informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada, la Administración Pública contratante, a través de su ordenador de gasto competente, dispondrá la adjudicación provisional mediante resolución fundada que deberá notificarse a todos los oferentes y fijará los términos definitivos del contrato.-

El proceso continuará con la intervención del Tribunal de Cuentas, el que dispondrá de 30 días corridos para su pronunciamiento, contados desde la notificación mencionada en el inciso anterior. Vencido este plazo sin que el Tribunal de Cuentas se expida, se considerará que existe un pronunciamiento favorable del Tribunal por lo que el proceso continuará de acuerdo a lo establecido por los incisos siguientes.

La adjudicación definitiva no podrá realizarse antes de que transcurran 30 días hábiles contados desde la notificación de la adjudicación provisional.

Previo a la adjudicación definitiva, el adjudicatario deberá proporcionar toda la documentación cuya presentación se hubiera diferido para esta etapa, así como constituir la garantía de cumplimiento de contrato cuando corresponda.

La adjudicación definitiva será comunicada a todos los oferentes, según lo establezca la reglamentación e inscrita en el Registro de Proyectos establecido en el artículo 14 de la presente ley.-

Cuando no proceda la adjudicación definitiva del contrato al oferente que hubiese resultado adjudicatario provisional, por no cumplir éste las condiciones necesarias para ello, la Administración Pública contratante podrá efectuar una nueva adjudicación provisional al oferente u oferentes siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario preste su conformidad. La nueva adjudicación provisional requerirá de previo informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada.-

En cualquier caso, la Administración Pública contratante podrá rechazar la totalidad de las ofertas sin responsabilidad alguna, no reconociéndose pagos o reintegros por concepto de gastos de los oferentes.

Respecto de la formalización del contrato regulada por el Art. 24⁵³, se dispone que deberá formalizarse por escrito, dentro de un plazo no inferior a 10 días hábiles ni superior a 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la última notificación del acto de adjudicación definitiva, siempre que no se hubieran interpuesto recursos contra dicho acto.

En caso que se hubieran interpuesto recursos administrativos contra el acto de adjudicación definitiva, el contrato deberá formalizarse por escrito en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de que el acto quede firme, o del levantamiento del efecto suspensivo del recurso, en su caso.

Cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración Pública contratante podrá disponer la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía de mantenimiento de la oferta que, en su caso, se hubiese constituido.

Sobre el punto se ha señalado que⁵⁴ es necesario aclarar el concepto de acto firme porque en doctrina se denomina así al acto que no es impugnabile en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. Esa es la definición

adjudicación provisional al oferente u oferentes siguientes a aquél, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello fuese posible y que el nuevo adjudicatario preste su conformidad. La nueva adjudicación provisional requerirá de la previa conformidad de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada.

En cualquier caso, la Administración Pública contratante podrá rechazar la totalidad de las ofertas sin responsabilidad alguna, no reconociéndose pagos o reintegros por concepto de gastos de los oferentes.

53 En cuanto a la adjudicación de ofertas, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 24^o tenía la siguiente redacción:

Artículo 24.- Formalización del Contrato. El contrato deberá formalizarse por escrito, dentro de un plazo no inferior a 10 días hábiles ni superior a 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la última notificación del acto de adjudicación definitiva, siempre que no se hubieran interpuesto recursos contra dicho acto.

En caso que se hubieran interpuesto recursos administrativos contra el acto de adjudicación definitiva, el contrato deberá formalizarse por escrito en el plazo de 30 días hábiles contados a partir de que el acto quede firme, o del levantamiento del efecto suspensivo del recurso, en su caso.

Cuando por causas imputables al contratante no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración Pública contratante podrá disponer la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía de mantenimiento de la oferta que, en su caso, se hubiese constituido.

54 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

doctrinal de acto firme; el acto que ya no puede extinguirse por su ilegitimidad. Habiéndose agotado la vía administrativa, el acto no es firme mientras transcurren los 60 días para promover la acción de nulidad, y si esta se promueve, no es firme en los dos o tres años que dura esta acción; no es firme.

Precisa CAJARVILLE que hay otro concepto de acto firme, que es el del Código Tributario. Este Código define el acto firme diciendo que son los consentidos y los definitivos. Consentidos son los que no han sido recurridos administrativamente y definitivos son los que han sido recurridos administrativamente y se han resuelto o aquellos para los que han transcurrido los plazos de denegatoria ficta. Pero en este concepto de acto firme no hay que esperar el plazo para interponer la acción de nulidad ni que tal acción se falle, después de dos o tres años, para que el acto sea firme. Este es el concepto del Código Tributario que, reitero, no es el doctrinal. O sea que si aquí se quiere usar la expresión “que el acto quede firme”, hay que aclarar qué se quiere decir con “acto que quede firme”. Me parece absurdo que haya que esperar, por ejemplo, la tramitación de la acción de nulidad, que insume dos, tres o cuatro años. Es absurdo que esa sea la solución que se quiere consagrar. Tal vez sea más adecuado decir aquí: “a partir de que el acto sea definitivo”, esto es, que se hayan resuelto los recursos administrativos, si es que se han interpuesto.

6.- Las garantías: mantenimiento de oferta; ampliación; afectación; preferencia; devolución y cancelación.

El Capítulo IV regula las garantías, fundamentalmente, en los artículos 26 y 27. No hay novedad en cuanto a los tipos de garantía, que son de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato. Sí hay novedad en la afectación de las garantías⁵⁵.

La Administración Pública contratante exigirá a los oferentes la constitución de una garantía de mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato y de una garantía de cumplimiento de contrato, en los términos y condiciones que prevea la reglamentación y los pliegos generales y particulares. (Art. 25)⁵⁶.

La garantía de mantenimiento de oferta será retenida hasta que proceda a la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato o se rechace la totalidad de las ofertas. Las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación perderán la garantía constituida, la que quedará a favor de la Administración Pública contratante.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía de mantenimiento de oferta a la garantía de cumplimiento del contrato o proceder a una nueva constitución de esta última.

La adjudicación provisional del contrato podrá dejarse sin efecto si el adjudicatario no cumple con la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta previamente constituida a favor de la Administración Pública contratante. (Art. 26)⁵⁷.

En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, éste deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.

Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el

55 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

56 En cuanto a las garantías, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 25□ tenía la siguiente redacción:

Artículo 25.- Garantías. La Administración Pública contratante podrá exigir a los oferentes la constitución de una garantía de mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato y de una garantía de cumplimiento de contrato, en los términos y condiciones que prevea la reglamentación y los pliegos generales y particulares.

57 En cuanto a la garantía del mantenimiento de oferta, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 26° tenía la siguiente redacción:

Artículo 26.- Garantía de mantenimiento de oferta. La garantía de mantenimiento de oferta será retenida hasta que proceda a la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato si ella fuera requerida o se rechace la totalidad de las ofertas. Las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación perderán la garantía constituida, la que quedará a favor de la Administración Pública contratante.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía de mantenimiento de oferta a la garantía de cumplimiento del contrato o proceder a una nueva constitución de esta última.

La adjudicación provisional del contrato podrá dejarse sin efecto si el adjudicatario no cumple con la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta previamente constituida a favor de la Administración Pública contratante.

plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al contratante el acuerdo de modificación. (Art. 27).

La garantía de cumplimiento de contrato responderá de los siguientes conceptos:

- a) De las sanciones impuestas al contratista.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración Pública por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, o de acuerdo con lo que en él, en la reglamentación o en esta ley esté establecido.
- d) De otros incumplimientos referidos a condiciones establecidas expresamente en la reglamentación, el pliego particular o el contrato. (Art. 28).

Para hacer efectiva la garantía, la Administración Pública contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título del que derive su crédito. Cuando la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades a las que está afectada, la Administración Pública contratante procederá judicialmente al cobro de la diferencia. (Art. 29).

La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista. En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego. En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario. (Art. 30).

7.- Aptitud e incompatibilidades para contratar.

a) Aptitud para contratar (Art. 32).

Sólo podrán contratar con la Administración Pública, en el marco de la presente ley, personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras plenamente capaces, que no estén comprendidas en una prohibición de contratar y que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional en los términos y condiciones exigidos en cada caso.

b) Prohibiciones para contratar con la Administración (Art. 33)⁵⁸

58 En cuanto a las prohibiciones para contratar con la Administración, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 33° tenía la siguiente redacción:

Artículo 33.- Prohibiciones para contratar con la Administración. No podrán asumir la condición de oferentes o contratantes, por sí o por interpuesta persona, quienes se encuentren comprendidos en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Carecer de capacidad o de legitimación, o estar afectado por prohibición, interdicción, inhabilitación o impedimentos similares de carácter contractual, legal, judicial, arbitral o de cualquier otra naturaleza para poder contratar con el Estado en general, o con la Administración Pública contratante en particular.
- b) Se haya promovido a su respecto un proceso concursal dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley.
- c) Hayan actuado como asesores contratados por la Administración Pública contratante, en la implementación del proyecto en el que pretenden participar como potenciales oferentes, siempre que dicha participación pueda suponer un trato privilegiado con respecto al resto de los potenciales oferentes.
- d) Se hubiere decretado a su respecto dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley, la resolución por incumplimiento de su parte de un contrato celebrado con cualquier Administración Pública.
- e) Ser funcionario público dependiente de la Administración Pública contratante o ser una firma, empresa o entidad con la cual el funcionario esté vinculado por razones de dirección, participación o dependencia.

Las personas comprendidas en las causales precedentes no podrán actuar como miembro de un consorcio oferente o contratante o como subcontratista de éste, directamente o por intermedio de otra entidad controlada, vinculada o que forme parte de un conjunto económico con ella.

Asimismo, las prohibiciones antedichas serán de aplicación a aquellos sujetos o entidades que, por razón de dirección, participación u otras circunstancias, pueda presumirse que son una continuación o que derivan, por transformación, fusión, cesión o sucesión o cualquier otra forma, de aquellas empresas comprendidas en una o más de las causales antes enunciadas.

No podrán asumir la condición de oferentes o contratantes, por sí o por interpuesta persona, quienes se encuentren comprendidos en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Carecer de capacidad o de legitimación, o estar afectado por prohibición, interdicción, inhabilitación o impedimentos similares de carácter contractual, legal, judicial, arbitral o de cualquier otra naturaleza para poder contratar con el Estado en general, o con la Administración Pública contratante en particular.
- b) Hayan actuado como asesores contratados por la Administración Pública contratante, en la implementación del proyecto en el que pretenden participar como potenciales oferentes, siempre que dicha participación pueda suponer un trato privilegiado con respecto al resto de los potenciales oferentes.
- c) Ser funcionario público dependiente de la Administración Pública contratante o ser una firma, empresa o entidad con la cual el funcionario esté vinculado por razones de dirección, participación o dependencia.
- d) Se haya promovido a su respecto un proceso concursal dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley.
- e) Se hubiere decretado a su respecto dentro de los 5 (cinco) años calendario anteriores, contados desde la fecha de la última publicación del llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 de la presente ley, la resolución por incumplimiento de su parte de un contrato celebrado con cualquier Administración Pública.
- f) Haber sido sancionados por la comisión de infracciones graves ante la violación de normas laborales o ambientales, siempre que dichas resoluciones se encuentren firmes y hubieron sido aplicados dentro de los 24 meses anteriores al llamado público que refiere el artículo 19 de esta ley.

8.- Exposición contable.

Al respecto el Art. 61⁵⁹ regula la exposición contable, al disponer que el tratamiento contable de las obligaciones emergentes de un contrato de Participación Público-Privada dependerá de la existencia de una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de construcción y operación, esto es cuando los pagos a cargo de la Administración Pública dependan de la disponibilidad y calidad de servicio o de la demanda, conforme al informe realizado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la presente ley.

Cuando exista transferencia de riesgo, los pagos al contratista por concepto de inversión realizada deberán incluirse en el presupuesto de inversión correspondiente al ejercicio fiscal en que deba realizarse el mismo.

Siempre que la Administración Pública contratante sea un Inciso del Presupuesto Nacional, se incluirán los pagos dentro del presupuesto de inversiones del inciso 24 "Diversos Créditos" y se deducirá el equivalente del crédito de Inversiones del Inciso contratante.

En aquellos casos en que no exista una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de construcción y operación, el componente de la inversión será considerado gasto presupuestario dentro de la

59 En cuanto a la exposición contable, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 57^o tenía la siguiente redacción:

Artículo 57.- Exposición contable. El tratamiento contable de las obligaciones emergentes de un contrato de Participación Público-Privada dependerá de la existencia de una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de operación, esto es cuando los pagos a cargo de la Administración Pública dependan de la disponibilidad y calidad de servicio o de la demanda, conforme al pronunciamiento dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 de la presente ley.

Cuando exista transferencia de riesgo, los pagos al contratista por concepto de inversión realizada deberán incluirse en el presupuesto de inversión correspondiente al ejercicio fiscal en que deba realizarse el mismo.

Siempre que la Administración Pública contratante sea un Inciso del Presupuesto Nacional, se incluirán los pagos dentro del presupuesto de inversiones del inciso 24 "Diversos Créditos" y se deducirá el equivalente del crédito de Inversiones del Inciso contratante.

En aquellos casos en que no exista una transferencia significativa de riesgos comerciales en la fase de operación, el componente de la inversión será considerado gasto presupuestario dentro de la Administración Pública contratante correspondiente en la medida que la inversión se devengue y los pagos diferidos a su cargo serán considerados como un pasivo.

La Contaduría General de la Nación deberá llevar en forma identificable el registro de los eventuales pasivos contingentes correspondientes a contratos de Participación Público-Privada e informar en cada instancia presupuestal el monto estimado de los mismos en forma separada de la Deuda Pública.

Administración Pública contratante correspondiente, en la medida que la inversión se devengue y los pagos diferidos a su cargo serán considerados como un pasivo.

La Contaduría General de la Nación deberá llevar en forma identificable el registro de pasivos firmes y contingentes correspondientes a contratos de Participación Público-Privada e informar en cada instancia presupuestal y en cada rendición de cuentas, el monto estimado de los mismos en forma separada de la Deuda Pública, como asimismo la inversión ejecutada por ejercicio fiscal y por inciso del presupuesto.

Por su parte, el Art. 63 dispone en cuanto al tope de los pasivos firmes o contingentes y de los pagos a los contratistas, que “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 de la presente ley, a partir de enero de 2011 y hasta tanto no se apruebe una nueva ley, el total de pasivos firmes y contingentes originados por contratos de Participación Público-Privada, calculado a valor presente neto, no podrá exceder el 7% del Producto Interno Bruto del año inmediato anterior. Por su parte, los compromisos anuales con los contratistas privados, originados por contratos de Participación Pública-Privada, no podrán exceder el 5 por mil del Producto Interno Bruto del año inmediato anterior. A los efectos del cumplimiento de dichos topes, la selección de los proyectos se realizará considerando los análisis de valor por dinero y su contribución a los lineamientos estratégicos fijados por el Poder Ejecutivo.

En el caso de los Gobiernos departamentales, podrán comprometerse parte de los fondos aprobados para cada Gobierno Departamental en el marco del presupuesto aprobado según lo establecido en el Artículo 214 de la Constitución.

A los efectos del control del tope establecido, los pasivos firmes o contingentes contraídos en moneda distinta al dólar de los Estados Unidos de América, serán valuados al tipo de cambio interbancario vendedor vigente al cierre del último día hábil del ejercicio precedente para los contraídos con anterioridad a dicha fecha, y al tipo de cambio interbancario vendedor vigente al momento de su contratación si ésta hubiera ocurrido en el mismo ejercicio. Igual criterio se utilizará cuando se trate de Unidades Indexadas, a partir de los arbitrajes definidos por el Banco Central del Uruguay.

La evolución de dichos topes deberá informarse anualmente a la Asamblea General, en cada instancia presupuestal o rendición de cuentas”.

Los proyectos de PPP tienen innumerables ventajas. No obstante, existe el peligro de que las administraciones públicas empleen la participación público-privada, no tanto como un medio para incrementar la eficiencia y calidad del sistema, sino como un mecanismo para sacar adelante inversiones cuya justificación no queda clara desde un punto de vista social.

Aquí se presenta el caso de la aplicación indiscriminada del peaje sombra y el caso de la creación de sociedades instrumentales, cuyo único objeto es disfrazar el verdadero costo que tiene una infraestructura para la sociedad.

Aunque el peaje sombra tiene indudables ventajas desde un punto de vista de racionalidad económica, porque se traslada el esfuerzo a las generaciones que van a disfrutar de la infraestructura e introduce al sector privado en la gestión, éste mecanismo tiene el peligro de que los gobiernos gasten por encima de lo que la sociedad se puede permitir en un momento dado, a costa de transferir esa carga a generaciones futuras. Este incentivo perverso se debe a que la construcción de nuevas carreteras en régimen de peaje sombra tiene un claro beneficio electoral para el gobierno –permite cortar cintas al político correspondiente– sin ningún costo para éste, ya que el déficit público en el corto plazo no se ve afectado. En consecuencia, es fácil que se invierta por encima de lo necesario hoy, creando un efecto bola de nieve, que hipoteque los presupuestos de generaciones futuras.

Pero, el uso indiscriminado del peaje sombra no es el único ejemplo de una utilización inadecuada de las PPP. Está siendo también común la creación de PPP institucionales en forma de sociedades mixtas cuyo único objetivo es intentar, en muchos casos con poco éxito, que las inversiones sean valoradas como inversiones fuera del balance de la administración pública. Un ejemplo de este tipo de estructuras es el caso de Calle-30 en Madrid que tiene gran relevancia, tanto por la singularidad de la obra como por su volumen de inversión⁶⁰.

60 VASALLO MAGRO, *Infraestructura pública y participación privada...*, ob. cit., p. 110.

V. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PARA INICIATIVAS PRIVADAS.

1.- Competencia para tramitar iniciativas privadas.

Facúltase a las Administraciones Públicas a instruir y sustanciar iniciativas privadas para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada comprendidos dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. (Art. 34).

2.- Tramitación de proyectos por iniciativas privadas.

Las iniciativas privadas cuya ejecución, a juicio del proponente, requiera de la implementación de un contrato de Participación Público-Privada, serán presentadas ante la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND), acompañadas de la información relativa al proyecto y a su viabilidad analizada a nivel de prefactibilidad.

La información recibida será evaluada técnicamente y remitida a la Administración Pública competente, la que resolverá sobre su aceptación, aceptación con modificaciones o rechazo, sin responsabilidad alguna. (Art. 35)⁶¹.

3.- Etapas del procedimiento de iniciativa privada.

Aceptada la proposición inicial, con o sin modificaciones, el proponente deberá elaborar y presentar el estudio de factibilidad del proyecto de acuerdo al alcance establecido por el artículo 16 de la presente Ley, dentro del plazo que fije la reglamentación y conforme a los requerimientos que disponga la Administración Pública.

Una vez obtenido el informe a que se refiere el artículo 18, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público a interesados a que refiere el artículo 19 y continuará con los procedimientos de selección y contratación establecidos en la presente Ley. (Art. 36)⁶².

61 En cuanto a la tramitación de Proyectos por Iniciativa Privada, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 35° tenía la siguiente redacción:

Artículo 35.- Tramitación de proyectos por iniciativas privadas. La Corporación Nacional para el Desarrollo (CND) será el organismo encargado de recepcionar las iniciativas privadas presentadas por el sector privado cuya ejecución requiera de la implementación de un contrato de Participación Público-Privada.

62 En cuanto a las etapas del procedimiento por iniciativa privada, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 36° tenía la siguiente redacción:

Artículo 36.- Etapas del procedimiento de iniciativa privada. La tramitación de las iniciativas privadas comprenderá las siguientes etapas:

- a) Presentación: El proponente interesado en desarrollar su iniciativa en el marco de un proyecto de Participación Público-Privada deberá presentar su proyecto ante la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND). Dicha propuesta deberá contener información identificatoria del proponente; información relativa al proyecto y a su viabilidad analizada a nivel de prefactibilidad.
- b) Evaluación por la CND: La información recibida será analizada por la CND quien evaluará la conveniencia de su aceptación, con o sin modificaciones, o su rechazo. Realizada esta evaluación, la CND presentará la iniciativa y su informe técnico ante la Administración Pública competente, la que resolverá su aceptación, aceptación con modificaciones o rechazo, sin responsabilidad alguna.
- c) Estudio de factibilidad: Aceptada la proposición inicial, con o sin modificaciones, el proponente deberá elaborar y presentar el estudio de factibilidad del proyecto de acuerdo al alcance establecido por el artículo 16 de la presente ley, dentro del plazo que fije la reglamentación y conforme a los requerimientos que disponga la Administración Pública.
- d) Llamado Público a Interesados: Obtenidos los pronunciamientos de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas referidos en el artículo 18, la Administración Pública contratante podrá realizar el llamado público a interesados a que refiere

4.- Derechos del proponente.

El proponente de una iniciativa privada gozará de los siguientes derechos y preferencias:

- a) Obtener, una vez realizada la adjudicación definitiva del contrato, el reembolso de los costos aceptados vinculados con la realización del estudio de factibilidad, en caso de que no resultare adjudicatario del proyecto. Dichos costos serán de cargo de quien resulte adjudicatario, lo cual deberá informarse en el respectivo llamado público.
- b) Obtener una ventaja de hasta el 10% (diez por ciento) en la valoración que se realice de su oferta respecto de la mejor oferta que resulte del procedimiento del diálogo competitivo. Asimismo, el promotor de la iniciativa no deberá abonar los pliegos o documentos descriptivos correspondientes.

En caso de que por cualquier causa el promotor no realice los estudios de factibilidad dentro de los plazos establecidos por la reglamentación, la Administración Pública podrá realizarlos por sí o contratarlos conforme a los procedimientos de contratación que corresponda, perdiendo aquél todo derecho a recibir contraprestación o beneficio alguno. (Art. 37).

5.- Confidencialidad de la iniciativa privada.

Toda la información relativa a la iniciativa privada presentada tendrá carácter confidencial. Adoptada por la Administración Pública contratante la decisión de efectuar un llamado público para la adjudicación del proyecto, la iniciativa quedará transferida de pleno derecho a dicha Administración. Si no se efectuara el llamado, el promotor de la iniciativa mantendrá todos los derechos sobre la misma por un período de dos años. (Art. 38).

VI. RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

El Capítulo V, contiene solo el artículo 31, y refiere a los “Medios de impugnación”. Considero que este artículo es absolutamente innecesario porque reitera el régimen constitucional. Solo tendría sentido si se hubiera previsto el efecto suspensivo de la impugnación, pero no lo prevé, salvo en la hipótesis de la adjudicación definitiva. En nuestro Derecho la solución de principio es que los recursos no tienen efecto suspensivo. O sea que, salvo el segundo inciso del artículo, todo lo demás no es necesario, porque es el régimen general de impugnación de los actos administrativos. Está claro que cuando hablamos de actos administrativos nos referimos a los actos de las administraciones públicas. Cuando actúa una sociedad anónima del Estado, sus pronunciamientos no son actos administrativos. En consecuencia, tampoco rige el régimen constitucional ni este, de impugnación⁶³.

Los actos administrativos dictados por la Administración Pública contratante en el procedimiento de contratación podrán ser impugnados mediante la interposición de los recursos administrativos correspondientes en los términos y condiciones establecidos por las normas constitucionales, las disposiciones incluidas en la presente ley y demás disposiciones legales que regulan la materia en cuanto no contradigan lo establecido en la presente.

Estos recursos, salvo aquel que se interponga contra la adjudicación definitiva, no tendrán efecto suspensivo, excepto que la Administración, por razón fundada, disponga lo contrario.

La Administración Pública podrá disponer el levantamiento del efecto suspensivo sobre el acto que resuelva la adjudicación definitiva cuando, por resolución fundada, declare que dicha suspensión afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa graves perjuicios (Art. 31).

el artículo 19 y continuará con los procedimientos de selección y contratación establecidos en la presente ley.

63 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

VII. EL CONTROL DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

1.- La competencia del control.

La Administración Pública contratante será la competente para controlar el cumplimiento del contrato, debiendo informar a la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, con una periodicidad semestral, el estado de cumplimiento del mismo. Asimismo, deberá informar a dicha Unidad cualquier alteración sustancial o incumplimiento dentro de los 10 (diez) días hábiles de verificada dicha alteración o incumplimiento.

Sin perjuicio de los informes a los que refiere el inciso precedente, la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada podrá solicitar a la Administración Contratante, en cualquier momento y cuando lo considere pertinente, toda información o documentación relativa al cumplimiento de los contratos, así como requerir la contratación de auditorías externas específicas que contribuyan a garantizar el correcto seguimiento de los contratos.

La reglamentación establecerá el alcance, forma y contenido de los informes, los que deberán incluir aspectos técnicos, comerciales, ambientales y económicos-financieros, entre otros. (Art. 39)⁶⁴.

2.- Las áreas objeto del control.

Los controles a ejercer por la Administración Pública contratante abarcarán los aspectos técnicos, operativos, legales, económicos, financieros, contables y ambientales, conforme a lo que disponga la reglamentación y el correspondiente contrato. (Art. 40)⁶⁵.

3- Los Instrumentos para el ejercicio de competencias de control.

La Administración Pública contratante tendrá amplias facultades de control y podrá utilizar diferentes instrumentos para el ejercicio de funciones tales como, requerimientos de información, auditorías externas, evaluación de desempeño, inspecciones y peritajes. A estos efectos, el contratista quedará obligado a proporcionar, a requerimiento de la Administración Pública contratante, toda la información y documentación relativa al cumplimiento del contrato que ésta le requiera, sin poder oponer a su respecto el secreto comercial. (Art. 41)⁶⁶.

64 En cuanto a la atribución de competencia, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 39° tenía la siguiente redacción:

Artículo 39.- Atribución de competencia. La Administración Pública contratante será la competente para controlar el cumplimiento del contrato, debiendo informar a la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada, con una periodicidad semestral, el estado de cumplimiento del mismo. Asimismo, deberá informar a dicha Unidad cualquier alteración sustancial o incumplimiento dentro de los 10 (diez) días hábiles de producidos.

65 En cuanto a las áreas objeto de control, cabe señalar que en Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 40° tenía la siguiente redacción:

Artículo 40.- Áreas objeto de control. Los controles a ejercer por la Administración Pública contratante abarcarán los aspectos técnicos, operativos, legales, económicos, financieros, y contables, conforme a lo que disponga la reglamentación y el correspondiente contrato.

66 En cuanto los instrumentos para el ejercicio de control, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 41° tenía la siguiente redacción:

Artículo 41.- Instrumentos para el ejercicio de competencias de control. La Administración Pública contratante tendrá amplias facultades de control y podrá utilizar diferentes instrumentos para el ejercicio de funciones tales como, requerimientos de información, evaluación de desempeño, inspecciones y peritajes. A estos efectos, el contratante quedará obligado a proporcionar a requerimiento de la Administración Pública contratante toda la información y documentación relativa al cumplimiento del contrato que ésta le requiera, sin poder oponer a su respecto el secreto comercial.

VIII. EL RÉGIMEN SANCIONATORIO.

1- Régimen sancionatorio.

Los contratos suscritos para el desarrollo de proyectos de Participación Público-Privada deberán establecer las sanciones aplicables para los distintos casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo, así como los factores agravantes o atenuantes en caso de corresponder.

Las sanciones se graduarán en función de la gravedad y de la reiteración de los incumplimientos, pudiéndose llegar a la rescisión del contrato. (Art. 42).

2- Régimen general de aplicación de sanciones.

La determinación de las sanciones aplicables tendrá lugar bajo los principios de legalidad, debido proceso, igualdad, proporcionalidad, generalidad y adecuación al fin.

La aplicación de tales sanciones procederá sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieren corresponder al contratista frente a la Administración Pública contratante o frente a terceros, que hayan sido perjudicados como consecuencia del incumplimiento.

Las sanciones dispuestas por la Administración Pública contratante se harán efectivas de inmediato, sin perjuicio de las acciones a que tenga derecho el contratista en el marco de los procedimientos de solución de controversias y recursos previstos en la ley, en la reglamentación o en el contrato, así como independientemente del cumplimiento de la resolución administrativa que impusiere al contratista una determinada obligación de dar, hacer o no hacer conforme a lo previsto en la normativa. (Art. 43).

3- Indemnización por daños y perjuicios.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración Pública contratante los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. (Art. 44).

4- Medidas cautelares.

Una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, la Administración Pública contratante podrá solicitar al Juez competente la imposición de medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de la resolución sancionatoria, sin requerirse para ello la prestación de contracautela. (Art.45).

4- Derecho de Retención.

La Administración Pública contratante podrá retener de los pagos que en virtud del contrato le correspondiera realizar, las sumas necesarias para hacer efectivo el cobro de las sanciones pecuniarias impuestas. (Art.46).

Por último en el capítulo que estamos considerando, cabe señalar que en el Proyecto antecedente del Ministerio de Economía y Finanzas, el Art. 46 regulaba la Intervención dentro del marco de medidas cautelares⁶⁷.

⁶⁷ En cuanto a las medidas cautelares, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 46^o regulaba la Intervención con la siguiente redacción:

Artículo 46.- Intervención. Dentro del marco de medidas cautelares referidas precedentemente, la Administración Pública contratante podrá solicitar al Juez competente la intervención de la entidad contratista cuando se verificaren circunstancias tales como la interrupción grave de las prestaciones a su cargo, el abandono de las obras o instalaciones, situaciones de notoria insolvencia o demás circunstancias análogas.

Verificada cualquiera de estas circunstancias, la Administración Pública quedará facultada para asumir directamente la ejecución de la obra o prestación del servicio o transferir la misma a terceros.

En caso de terminación anticipada del contrato por razones imputables al contratista, la Administración Pública contratante podrá ofrecer, en forma directa, a los acreedores del contratista, la opción de continuar con el cumplimiento del contrato o bien cederlo a un tercero, en cuyo caso deberá requerir la previa conformidad de la Administración Pública contratante quien resolverá si el cesionario propuesto cumple los requisitos necesarios para constituirse en adjudicatario.

IX. MODIFICACIONES Y CESIÓN DEL CONTRATO.

1- Régimen General.

La Administración Pública contratante, previo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas, podrá modificar las características de las obras y los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de contratación o por otras razones de interés público debidamente fundadas, no pudiendo afectarse con ello las condiciones esenciales del contrato. Como consecuencia de ello, cuando corresponda, deberá compensar económicamente al contratista por los costos adicionales netos en que éste incurriere por tal concepto.

El contrato establecerá el monto máximo de la inversión adicional que las partes podrán establecer de común acuerdo así como el plazo máximo dentro del cual podrán realizarse modificaciones de las obras contratadas. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación y, en la etapa de construcción, dicho porcentaje no podrá exceder el 30% (treinta por ciento) (Art. 48)⁶⁸.

De forma equivalente, las empresas privadas presentan un fuerte temor al riesgo regulatorio, como expone Conthe (2004). Se trataría del temor a los acuerdos obsoletos, el clásico "*obsolescing bargain*" ya planteado en Vernon (1971). Esta teoría señala el riesgo de que las autoridades públicas de un determinado país traten de atraer inversión extranjera a través de condiciones de establecimiento favorables, para posteriormente, una vez se ha logrado este objetivo, modificar la relación de fuerza entre las partes, imponiendo mayores cargas al agente privado de las inicialmente pactadas.

El antídoto más efectivo al "*obsolescing bargain*" es la existencia de un marco regulatorio eficaz, que otorgue al agente privado la suficiente seguridad jurídica de que las condiciones contractuales pactadas no serán modificadas unilateralmente por la Administración Pública, y en el caso de que lo sean, que conlleve un derecho compensatorio justo. Un ejemplo de esta seguridad jurídica se encuentra en el marco concesional español, que en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 reconoce la obligación de la Administración Pública de restablecer el equilibrio económico del contrato, bajo tres escenarios:

- Cuando la propia Administración haya modificado las condiciones de explotación iniciales.
- Por causas de fuerza mayor o por actuaciones de la Administración con efecto negativo en la explotación (el "*factum principis*").
- Cualquier otra causa explícitamente contemplada en el contrato a inicio⁶⁹.

2- Mantenimiento de las condiciones contractuales.

Los contratos de Participación Público-Privada deberán mantenerse en los términos que fueron considerados para su adjudicación.

Solamente podrán ser modificados, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

68 En cuanto al mantenimiento de las condiciones contractuales, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 48° tenía la siguiente redacción:

Artículo 48.- Modificaciones del contrato. La Administración Pública contratante, previa conformidad de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas, podrá modificar las características de las obras y los servicios contratados con el objeto de incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las bases de contratación o por otras razones de interés público debidamente fundadas, no pudiendo afectarse con ello las condiciones esenciales del contrato. Como consecuencia de ello, cuando corresponda, deberá compensar económicamente al contratista por los costos adicionales netos en que éste incurriere por tal concepto. El contrato establecerá el monto máximo de la inversión adicional que las partes podrán establecer de común acuerdo así como el plazo máximo dentro del cual podrán realizarse modificaciones de las obras contratadas. En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto del servicio y, en la etapa de construcción, dicho porcentaje no podrá exceder el 30% (treinta por ciento).

El contrato podrá establecer la posibilidad de modificaciones unilaterales por parte de la Administración Pública contratante, siempre que se estipulen causales específicas y aspectos concretos que podrán ser susceptibles de modificación. En estos casos, el monto máximo de la inversión adicional no podrá exceder el 15% (quince por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto del servicio según corresponda, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de los dos tercios del plazo total del contrato.

69 TENA-CENTENO, Antonio; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.98.

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, los parámetros de costos y beneficios y se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:
 - i) el acto se dicte con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente previsto al tiempo de la celebración del mismo;
 - ii) constituya un cambio normativo específico para el ámbito del proyecto;
 - iii) altere significativamente el régimen económico financiero del proyecto.
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial del equilibrio contractual.
- c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión. (Art.49)⁷⁰.

3- Renegociación de los contratos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este Capítulo, los contratos celebrados en el marco de la presente ley no podrán revisarse antes de transcurridos los 3 (tres) años de su celebración. La Administración Pública contratante tendrá derecho a solicitar la nivelación de la ecuación económico-financiera en su favor, en aquellos casos en que se altere sustancialmente el escenario de negocios previsto al momento de la celebración del contrato. Las soluciones que podrán acordar las partes en lo que refiere al mantenimiento del equilibrio contractual deberán estar adecuadamente justificadas en el interés público y en el mejor cumplimiento del objeto de cada contrato. (Art. 50).

El positivo crecimiento de las concesiones de infraestructuras públicas es una muestra de cómo los modelos conceptuales han logrado movilizar a la iniciativa privada en la provisión de dichos servicios durante las últimas décadas. No obstante, este éxito en el diseño preconcesional queda empañado por las imperfecciones existentes en el control y seguimiento de las concesiones operativas⁷¹.

Un proceso arbitral, en el promedio nacional el que por ejemplo tiene el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Valores de Montevideo, normalmente termina en menos de un año y muchas veces permite encapsular el problema, que el contrato se siga ejecutando y que las partes se comprometan a cumplir lo que un tercero o terceros resuelvan⁷².

Más en concreto, uno de los principales problemas detectados durante la vida de las concesiones de infraestructuras públicas es el de las renegociaciones de las cláusulas iniciales del contrato de concesión. Se trata de un problema común en América Latina y España, según se desprende de trabajos como los llevados a cabo por Guasch (2004) y Baeza (2008) Guasch (2004) señala un porcentaje de renegociación del 41,5% (excluyendo el sector de las telecomunicaciones), que se eleva hasta el 54,7% en el ámbito de los transportes. El periodo medio en el caso de renegociaciones en infraestructuras del transporte es de tres años. Baeza (2008) describe cómo aproximadamente el 55% de los contratos de concesión de autopistas de peaje en España han sido renegociados. El 44% fueron renegociados en los primeros cinco años después de su adjudicación, con una media de tiempo transcurrido desde la adjudicación de ocho años y medio⁷³.

El concepto de renegociación en sí no tiene por qué ser considerado siempre como algo negativo. Los contratos de concesión y participación público-privada son contratos incompletos, lo que lleva a que la incertidumbre que envuelve las previsiones de las partes (sobre todo en infraestructuras del transporte) haga

70 En cuanto al mantenimiento de las condiciones contractuales, cabe señalar que en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, el Art. 49º tenía la siguiente redacción:

Artículo 49.- Mantenimiento de las condiciones contractuales. Los contratos de Participación Público-Privada deberán mantenerse en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del contratista. Solamente podrán ser modificados, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, los parámetros de costos y beneficios y se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:
 - i) el acto se dicte con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente previsto al tiempo de la celebración del mismo;
 - ii) constituya un cambio normativo específico para el ámbito del proyecto;
 - iii) altere significativamente el régimen económico financiero del proyecto.
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial del equilibrio contractual.
- c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión.

71 TENA-CENTENO, Antonio...; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.99.

72 Comisión de Hacienda... Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

73 TENA-CENTENO, Antonio...; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.99.

necesario permitir un cierto grado de flexibilidad para lograr el reequilibrio de intereses entre las partes en caso de una desviación sobrevenida respecto a las previsiones iniciales. El problema de las renegociaciones aparece cuando su abuso delata un comportamiento oportunístico de una de las partes. Los estudios mencionados previamente apuntan a que lamentablemente esta tendencia es más habitual de lo deseable en nuestro ámbito. Este tipo de abusos puede terminar neutralizando el incremento de la eficiencia económica que justifica el desarrollo de proyectos de colaboración público privada⁷⁴.

Sobre el punto entiende DELPIAZZO que en cuanto al reconocimiento legislativo de la renegociación, debo expresar que me parece una evolución significativa. Muchas veces el contrato muere porque las partes no han tenido la capacidad de dialogar en términos de procurar, mediante el acuerdo de voluntades, una solución que les permita llevarlo adelante. Incluso, hasta hace pocos años, el Tribunal de Cuentas de la República tenía postura negativa respecto a la renegociación de los contratos. Felizmente, luego de la crisis de 2002, cuando fue necesario renegociar muchos contratos celebrados por la administración, el Tribunal de Cuentas cambió su jurisprudencia y hoy admite pacíficamente la renegociación de los contratos, siempre y cuando se le dé intervención, lo que parece lógico porque se trata de una modificación contractual. La renegociación muchas veces es el mejor camino para evitar el pleito, y reconocerla legislativamente me parece que es un paso positivo que vinculo a otra fórmula de solución del conflicto que prevé el artículo 55 de este proyecto de ley, que es la solución arbitral de los conflictos.

Evidentemente, el arbitraje es el instrumento idóneo para la solución de los conflictos en contratos de alta especialización y de gran envergadura económica porque permite la designación como jueces de especialistas en el tema y la resolución en breve término de los conflictos que se hayan planteado. El funcionamiento del Poder Judicial muchas veces es incompatible con la continuidad de un contrato de emprendimiento público privado; no se puede paralizar una obra siete u ocho años, que es lo que razonablemente demora un proceso no es que esa duración sea razonable cuando admite segunda instancia y casación⁷⁵.

4- Cesión y subcontratación.

El contratista podrá ceder total o parcialmente el contrato de Participación Público-Privada a un tercero, con la autorización previa y expresa de la Administración Pública contratante, la que deberá verificar que el cesionario reúne los requisitos y condiciones necesarias. La cesión podrá proceder siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante para su adjudicación. Producida la cesión, el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente.

El contratista podrá subcontratar a terceros las prestaciones puestas a su cargo, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. La reglamentación establecerá los requisitos que deberán cumplirse en materia formal, sustancial y procedimental.

X. EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

1- Extinción de los contratos.

Los contratos de Participación Público-Privada se extinguirán por las siguientes causales:

- a) Cumplimiento del contrato conforme a los términos del mismo y a satisfacción de la Administración Pública contratante de la totalidad de la prestación.
- b) Vencimiento del plazo señalado para su vigencia o el de sus prórrogas.
- c) Resolución unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento del contratista.
- d) Rescate dispuesto por la Administración Pública contratante, por razones de interés público, en los términos previstos en la reglamentación y el respectivo contrato.
- e) Imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por el Estado.
- f) Promoción de un proceso concursal respecto del contratista.
- g) Acaecimiento de cualquier causal que inhabilite al contratista el efectivo cumplimiento de su prestación.

74 TENA-CENTENO, Antonio; *Inversión en infraestructuras...*, ob.cit, p.99.

75 Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquígráfica..., Palabras del Dr. Carlos DELPIAZZO.

- h) Imposibilidad de cumplimiento por el contratista como consecuencia de la existencia de fuerza mayor o caso fortuito. Si el caso fortuito o evento de fuerza mayor afectare sólo el cumplimiento de algunas de las obligaciones del contrato, o de aquellas vinculadas a parte de la inversión comprometida, y en la medida que las demás obligaciones del contrato sean susceptibles de cumplimiento separado, las partes deberán acordar, de acuerdo a lo definido en las bases de concursos, el ajuste de las estipulaciones jurídicas, técnicas y económicas del contrato, para adecuarlo al cumplimiento de las obligaciones subsistentes.
- i) Mutuo acuerdo entre la Administración Pública contratante y el contratista.
- j) En los demás casos expresamente previstos en el contrato correspondiente. (Art. 51).

2- Abandono del Proyecto.

El abandono del proyecto por el contratista dará derecho a la Administración Pública contratante a hacerse cargo, por el tiempo que sea necesario, de la explotación de la instalación a efectos de asegurar la prestación eficiente, eficaz e ininterrumpida del servicio.

La Administración Pública contratante deberá designar un interventor, que tendrá facultades para velar por el cumplimiento del contrato. Este interventor responderá civil, penal y administrativamente por las acciones u omisiones dolosas o culposas en que incurriere en el ejercicio de su cargo. (Art. 53).

3- Término anticipado del contrato.

A efectos de dar el horizonte temporal necesario para la realización de nuevas inversiones y del adecuado mantenimiento y con el fin de garantizar la continuidad de la calidad de la prestación de los servicios, el contratista y la Administración Pública contratante podrán acordar la realización de un nuevo llamado público dentro de un período no mayor a los cinco años previos a la finalización del contrato. El proceso deberá cumplir con los requisitos formales, sustanciales y de procedimiento contenidos en la presente ley en lo que corresponda y de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

Si el contratista no resultara adjudicatario del nuevo llamado, el contrato se extinguirá y será compensado por el plazo restante, en los términos que determine la reglamentación y el contrato. (Art. 54).

4- Solución de controversias.

Para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados en el marco de esta ley, las partes deberán recurrir al arbitraje.

Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes o, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 480 del Código General del Proceso y deberán fallar de acuerdo a derecho. El laudo del Tribunal arbitral será inapelable. La reglamentación podrá establecer condiciones y procedimientos especiales para el arbitraje. (Art. 55).

Respecto de este punto cabe señalar que⁷⁶ en doctrina se ha cuestionado por ejemplo, el doctor Aguirre Ramírez, que la Administración pueda someter sus litigios a arbitrajes. El doctor Aguirre Ramírez sostiene que necesariamente el Estado debe acudir, para resolución de sus litigios, a sus propios órganos jurisdiccionales, al Poder Judicial. Es muy común que en los pliegos de condiciones se establezca el arbitraje; diría que prácticamente en todas las licitaciones actuales se establece el arbitraje como medio de solución de conflictos. He sostenido que eso no está vedado a la Administración y que esta tiene la facultad de someter a arbitraje sus litigios. Sin embargo, creo que hay que hacer una salvedad en cuanto el litigio consista en la anulación de un acto administrativo. Creo que la Constitución reserva esto al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y eso de anular un acto de la Administración es una potestad que no puede transferirse a un árbitro.

⁷⁶ Comisión de Hacienda...Carpeta N° 485 de 2010; Versión taquigráfica..., Palabras del Dr. Juan Pablo CAJARVILLE.

XI. GARANTÍAS EN BENEFICIO DE LOS ACREEDORES Y SUBASTA EXTRAJUDICIAL DEL CONTRATO⁷⁷.

1- Garantías en beneficio de acreedores.

En el marco de esta Ley, el contratista podrá constituir, en beneficio de sus acreedores, todo tipo de garantías reales y personales sobre sus bienes y derechos, actuales y futuros, conforme al régimen legal vigente, incluyendo, entre otras, la constitución de prendas sobre flujos de fondos futuros a generarse en el proyecto así como fideicomisos de garantía.

El contratista podrá asimismo celebrar contratos de prenda sobre los derechos de los que fuere titular, originados en el contrato de Participación Público Privada que hubiere suscrito con la Administración Pública. (Art. 56).

2- Objeto de la prenda del contrato.

La prenda de los derechos originados en el contrato de Participación Pública Privada, con los derechos y bienes incorporados al mismo, podrá ser pactada por el contratista con los financistas de la obra o de su operación o mantenimiento, o para la emisión de valores de la sociedad contratista o de un fideicomiso creado a tales efectos.

No se admitirá la prenda, en garantía de deudas que no guarden relación con las obras, su operación o mantenimiento motivo del mismo.

La prenda deberá constituirse por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.

Esta garantía real se regirá por lo dispuesto en el Código Civil en sede de prenda común, en todo lo no previsto en la presente ley.

Para la constitución del derecho real se requerirá, acumulativamente, la notificación a la Administración contratante y su inscripción en el registro respectivo (Ley No. 17.228) (Art. 57).

3- Derechos del acreedor prendario.

Cuando procediera la resolución del contrato por incumplimiento de alguna de las obligaciones del contratista, la Administración contratante, antes de resolver, notificará al acreedor prendario por si éste deseara promover la ejecución prendaria en caso que correspondiera, lo cual deberá notificar a la Administración contratante dentro de un plazo de diez días hábiles de recibida la notificación.

Asimismo, si la obligación garantizada no hubiera sido satisfecha total o parcialmente al tiempo de su vencimiento, el acreedor prendario tendrá derecho a promover el procedimiento de ejecución prendaria correspondiente, notificando a tales efectos a la Administración contratante. (Art. 58).

4- Ejecución de la prenda.

Notificada la Administración contratante de la decisión del acreedor prendario de proceder a ejecutar la prenda, en cualquier de las dos hipótesis previstas en el artículo anterior, la Administración contratante procederá a ejecutar la prenda en forma extrajudicial mediante subasta pública, de acuerdo a lo previsto en este artículo.

A partir de la notificación al contratista de la resolución del contrato, aunque no estuviera firme dicho acto, la Administración contratante podrá designar un interventor en las mismas condiciones que las previstas en el artículo 53.

Dicha intervención se mantendrá hasta que tome posesión un nuevo contratista, o se deje sin efecto el contrato en caso que la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por la Administración

⁷⁷ A diferencia del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo con mensaje de 9 de noviembre de 2010, se incluye un Capítulo XII titulado "Garantías en beneficio de los acreedores y subasta extrajudicial del contrato".

contratante para participar en el procedimiento de ejecución prendaria por razones fundadas. Los costos de la operación interina serán de cargo del contratista quien no tendrá derecho a indemnización alguna por el uso de sus activos ni por lucro cesante.

A efectos de la ejecución extrajudicial de la prenda, la Administración contratante deberá convocar en forma pública a interesados en participar de la subasta pública del contrato, en los términos que determine la Administración contratante o de acuerdo a lo que establezca el pliego o contrato de PPP.

Todo el que desee participar en el procedimiento de ejecución prendaria en calidad de postor, incluso el propio acreedor prendario si la legislación aplicable al mismo no lo impidiera, deberá comunicarlo a la Administración contratante para obtener la oportuna autorización administrativa, que deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de quince días, y sin la cual no se le admitirá en el procedimiento. La autorización se otorgará siempre que el peticionario cumpla los requisitos exigidos oportunamente al contratista. Si hubiera finalizado la fase de construcción o ésta no formara parte del objeto del contrato, sólo se exigirán los requisitos necesarios para llevar a cabo la operación de la obra.

Si la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por la Administración contratante para participar en el procedimiento de ejecución prendaria por razones fundadas, a la Administración contratante podrá resolver el contrato. En tal caso, la Administración contratante quedará liberada con la puesta a disposición del acreedor prendario del importe de la indemnización o pago que correspondiera al contratista por la resolución del contrato, de existir.

Todas las sumas que se obtengan en la subasta, deducidos todos los gastos en que se incurra para realizar la misma, serán aplicadas a la cancelación de las sumas adeudadas al acreedor prendario. En caso que exista un remanente, el mismo será puesto a disposición del contratista. Si lo obtenido en la subasta no fuera suficiente para cancelar lo adeudado al acreedor prendario, el adjudicatario por el hecho de resultar adjudicatario de la subasta, asumirá también la obligación de cancelar las sumas remanentes adeudadas al acreedor prendario en los plazos pactados originariamente o en la forma que se acuerde con el acreedor prendario.

El adjudicatario en el procedimiento de ejecución prendaria quedará subrogado en la posición del contratista hasta completar el plazo del contrato que reste, siempre que este no sea extendido por decisión la Administración contratante, asumiendo los mismos derechos y obligaciones que el contratista anterior, tanto frente a la Administrador como frente al acreedor prendario, en caso que aún existan deudas garantizadas con la prenda del contrato (Art. 59).

XII. REFLEXIONES PRELIMINARES.

Vamos a limitarnos a esbozar en esta oportunidad apenas unas reflexiones preliminares sobre lo que perseguimos al abordar la Ley que establece el marco regulatorio para la Participación Público-Privada (P.P.P) en el Uruguay.

Con relevantes ejemplos en el mundo de hoy, fenómeno que nace en el Reino Unido y se expande al resto de Europa y de América, la Participación Público-Privada (PPP), “matrimonio” entre la actividad pública y privada, como un procedimiento para optimizar el uso de fondos públicos y aumentar la calidad de los servicios tradicionalmente prestados por el sector público, llega a Uruguay para responder a sus grandes necesidades en materia de infraestructura y servicios relacionados⁷⁸, de manera de maximizar el llamado efecto multiplicador de la infraestructura que redunde en una mejora de la calidad de vida de los uruguayos, mejorando la accesibilidad a mejores servicios, la competitividad y la productividad. Lo novedoso, en nues-

78 Uruguay se encuentra en el puesto 65 entre 133 países en lo que refiere a la situación general en Infraestructura. En materia de calidad de infraestructura, Uruguay se encuentra en el puesto 66 en lo que refiere a calidad global; en el puesto 49 en lo que refiere a la calidad de las carreteras, en el puesto 101 en lo que refiere a calidad de la red ferroviaria, en el puesto 50 en lo que refiere a la calidad portuaria y en el puesto 116 en lo que refiere a la calidad del transporte aéreo; Fuente: The Global Competitiveness Report 2010-2011 -*The Global Competitiveness Report 2010-2011 is published by the World Economic Forum within the framework of the Centre for Global competitiveness and Performance*-, © 2010 World Economic Forum.

tro país, es que se utilice la expresión, traducida del inglés y del francés, entre nosotros, PPP, Participación Público Privada.

La Participación Público- Privada (P.P.P), que puede resumirse en la fórmula “Cuando lo público y lo privado se dan la mano”, por lo que no dudamos en afirmar que buena parte del éxito en propiciar, prolongar y aumentar la participación de la iniciativa privada en proyectos de infraestructuras radica, en nada más y nada menos, que en construir y reforzar día a día la confianza mutua entre las partes: la empresa privada y la Administración Pública concedente.

En tal sentido, debe desarrollarse un marco regulatorio sólido, fiable, transparente y suficientemente testado que propicie esa confianza. Por tal motivo el marco regulatorio debe fijar reglas claras de funcionamiento para todos los actores involucrados.

En este contexto es que debemos ser claros y contundentes a la hora de expresar el rol fundamental de los instrumentos y de los agentes que tienen a su cargo el control de la aplicación y del funcionamiento del modelo de participación público-privada, en la medida de que los abusos y los usos poco transparentes del PPP pueden terminar neutralizando el incremento de la eficiencia económica, de la productividad, de la competitividad y de la accesibilidad que justifican el desarrollo de proyectos de participación público privada.



CONFERENCIAS Y CLASES MAGISTRALES

LIPSZYC, Delia

Derechos de propiedad intelectual e impacto de la informática

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando

La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano

DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E IMPACTO DE LA INFORMÁTICA (1*)

DELIA LIPSZYC (2**)

En la actualidad se oye mucho decir que, en el entorno digital, el derecho de autor ya no tiene sentido o que debe modificarse.

Sin embargo, desde el origen de la moderna legislación sobre la materia, el derecho de autor ha probado su idoneidad para estimular la actividad creativa –al asegurar al autor la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de creador– con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la creación y difusión de las obras, especialmente de las nacionales.

Esta es la forma de preservar la propia identidad cultural frente a la ingente producción foránea y el indiscutible acceso a los diversos canales de explotación que tiene la producción extranjera.

Esta es, a la vez, la forma de lograr una indispensable diversidad cultural, en contraposición con una cultura global única.

En la Argentina, en “*SADAIC c. Confitería Crazy*”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia del 2 de marzo de 2011, elDial.com - AA6946, publicado el 22/03/2011), señaló con gran acierto la incidencia que reviste el derecho de autor sobre la identidad cultural y las implicancias que tienen las sociedades de autores en el estímulo de la creatividad nacional y, en la especie, en la preservación del repertorio musical argentino.

Cuando la legislación sobre la materia no tiene niveles adecuados que garanticen una protección efectiva, o no existen sociedades de autores que los representen y gestionen sus derechos eficazmente, o se observa una actitud tolerante hacia los infractores, se priva a todos los sectores interesados de los beneficios que les reporta el derecho de autor.

Pero cuando se menciona a este derecho se despierta una hostilidad como nunca hasta ahora, **fomentada por una mala prensa de inusitada virulencia** que se le hace al derecho de autor.

Jane Ginsburg, la profesora de la materia en la Universidad de Columbia, resume esa mala reputación en una palabra, y esta palabra es *codicia*.⁽³⁾ La codicia corporativa y la codicia de los consumidores.⁽⁴⁾

La codicia corporativa, como la llama Ginsburg, se concreta de muchas maneras: p. ej., en contratos con cláusulas exorbitantes⁽⁵⁾ y en las presunciones de cesión de los derechos de los autores en favor de los

1 (*) Versión escrita de la ponencia presentada por la autora en las *Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho Informático, en homenaje al Prof. Antonio Anselmo Martino*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), 18 de agosto de 2011, panel sobre “Derechos de Propiedad Intelectual e Impacto de la Informática”.

2 (**) Profesora consultora de Derecho Internacional Privado, titular de la Cátedra UNESCO de Derecho de Autor y Derechos Conexos e investigadora principal y miembro del Consejo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora visitante en las Maestrías en Propiedad Intelectual de las universidades Externado de Colombia y Carlos III de Madrid (España) y honoraria de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) de Lima (Perú). Integrante del Instituto de Derecho Civil y de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidenta del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la ALAI-Argentina (grupo nacional de la *Association Littéraire et Artistique Internationale*). Directora del Instituto de Derecho de las Comunicaciones y Derecho de Autor del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Argentina).

Sus principales obras son los libros *Derecho de autor y derechos conexos* —escrito por encargo de la UNESCO para la enseñanza universitaria del derecho de autor— y editado por UNESCO/CERLALC/Zavalía en 1993 y reimpresso en 2001, 2005 y 2006. Ha sido publicado en francés en 1997, en inglés en 1999, en chino en 2000, en ruso en 2002 y en árabe en 2003. *Nuevos temas de Derecho de autor y derechos conexos* —complementario del anterior— publicado por los mismos coeditores en 2004. *El derecho de autor en la Argentina*, en colaboración con Carlos Alberto Villalba, publicado en Buenos Aires por la Editorial La Ley, primera edición 2001 y segunda edición 2009.

3 () *Greed*, es la palabra inglesa utilizada por Ginsburg, que puede traducirse como codicia, avaricia, avidez, rapacidad.

4 () GINSBURG, JANE C., “How Copyright Got a Bad Name For Itself” (October 18, 2002), *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 26, No. 1, 2002, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=342182> or doi:10.2139/ssrn.342182.

5 () Por ejemplo, por el contrato de edición musical que firman **todas** las editoriales, éstas conservan bajo su control todas las formas de utilización de las obras por ellas editadas y, generalmente, **por toda la duración del derecho** (la vida del autor y todo el plazo durante el cual la obra permanezca en el dominio privado) y en los cuales los autores les conceden, además

utilizadores de obras de que están plagadas las reformas legislativas que han tenido lugar en los países latinoamericanos, especialmente a partir de 1993, y que vacían de contenido a los derechos de los autores las áreas que, de momento, presentan mayor importancia económica, como son los films, las obras televisivas, los programas de ordenador y, adicionalmente, las obras creadas por encargo y en virtud de un contrato de trabajo.⁽⁶⁾

Por su parte, los consumidores (es decir, los usuarios finales) han mostrado una creciente codicia en adquirir y “compartir” copias no autorizadas de obras, en especial de música y films.

Identifican a los titulares de los derechos solo con grandes, impersonales y no queridas corporaciones –como las llama Ginsburg (*op.cit.*)– sin tomar en cuenta que los creadores y los intérpretes son seres humanos y titulares originarios de esos derechos. Y entre esas odiosas corporaciones incluyen a las sociedades de gestión colectiva de dichos derechos.

Todos los intentos de los titulares de derechos de autor por preservarse de las consecuencias negativas del desarrollo tecnológico son percibidos como ilegítimos, al igual que cualquier aplicación o medida técnica que se pone en el camino de lo que la gente puede y quiere hacer con su propio equipo y en su propio ámbito doméstico.

Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menoscabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual, aprovechando la desinformación que aún subsiste en torno a la materia y al desconcierto que produce el impacto de la informática, es decir, lo nuevo, lo desconocido.

Esas iniciativas son alentadas por poderosos intereses comerciales que se erigen en *víctimas* de una suelta *carga* que, según argumentan, *desalienta la inversión o atenta contra la difusión de la cultura*.

¿Cuáles son las razones por las que la tecnología digital –y en particular Internet– significa para los autores no solo una oportunidad sino también una amenaza?

Con el desarrollo de las redes digitales, y en especial de Internet, ya hemos asistido a tres etapas del debate sobre el impacto de la informática⁽⁷⁾. Y podemos decir que estamos asistiendo a una cuarta.

del derecho para la producción, publicidad, distribución y venta de ejemplares impresos en papel, también los derechos para la comunicación pública (la ejecución pública y la emisión, la difusión por redes de cable y la recepción pública de emisiones, etc.) **asegurándose, además, una participación proporcional en los ingresos que corresponden al autor por la explotación de la obra en todo el mundo** (ejecución pública “en vivo” y por medio de grabaciones fonográficas, derechos fonomecánicos –que son los derivados de la venta al público de discos y cintas, de inclusión en publicidad y en obras audiovisuales, etc., etcétera–). La participación editorial en la ejecución pública y en los derechos fonomecánicos, corriente en algunos países es: Argentina, 25%; ídem en Brasil; Francia, 33,33% en ejecución pública y 50% en derecho fonomecánico (*vid.* LIPSZYC, DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO/CERLALC/Zavalía, 1993, p. 302).

6 () En **El Salvador**, la ley dispone en el art. 30 que *el contrato entre los autores de la obra audiovisual y el productor, implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de éste de los derechos patrimoniales reconocidos en la ley, así como la autorización para decidir acerca de su divulgación, salvo pacto en contrario.* Y, el artículo siguiente agrega que esa disposición será aplicable a las obras radiofónicas, con lo cual la presunción se aplica a *todas* las obras audiovisuales.

Normas análogas encontramos en **Ecuador** (art. 35), **Guatemala** (arts. 8 y 27), **Honduras** (art. 22), **México** (art. 68), **Panamá** (art. 15), **Paraguay** (art. 62), **Perú** (art. 66), **República Dominicana** (art. 60) y **Venezuela** (reforma de 1993, arts. 15 y 16). También en **Uruguay**, en el art. 29, tercera parte, aunque en el párrafo siguiente, de modo análogo a las leyes de **México** y **Nicaragua**, establece que: *“Queda a salvo el derecho de los autores de las obras musicales o compositores a recibir una remuneración sobre la comunicación pública de la obra audiovisual, incluida la exhibición pública de películas cinematográficas, así como el arrendamiento y la venta de los soportes materiales, salvo pacto en contrario”*.

Si bien, por tratarse de presunciones *iuris tantum*, los autores pueden hacer valer frente a los terceros que contraten con el productor los derechos que se hayan reservado en los convenios con este último, generalmente son muy pocas las situaciones en las cuales el creador puede lograr que se le reconozcan derechos que, en principio, están establecidos por la ley, pero no en su favor sino en beneficio del productor.

Otras legislaciones, de manera harto reprochable, extienden la presunción *iuris tantum* de cesión a todas las obras realizadas por encargo, como en Venezuela, el art. 59 (con exclusión de las conferencias o lecciones dictadas por los profesores en Universidades, liceos y demás instituciones docentes –§3–) y también, aunque de manera un poco más atenuada (porque es en forma no exclusiva y en la medida necesaria para las actividades habituales del comitente en la época de la creación) en Perú, art. 16, §2; Ecuador, art. 16 y Paraguay, art. 14, §2 (*vid.* LIPSZYC, D., “Avances y retrocesos del derecho de autor y de los derechos conexos en América Latina en el último decenio. La situación del autor frente a editores y productores. 1) Derecho positivo: legislación”, en el libro memoria del Congreso de la ALAI, 2007, Punta del Este –Uruguay–, 31 de octubre al 3 de noviembre de 2007, *El derecho de autor en el siglo XXI: el lugar del autor ante los desafíos de la modernización*, pp. 74-5.

7 () Ficsor, M., conferencia sobre “La protección del derecho de autor y derechos conexos. Papel que desempeñan los Tratados de la OMPI sobre Internet”, durante la *Consulta Regional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, 2 y 3 de agosto de 1999; “Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos - La tecnología como respuesta a los retos de la tecnología (Bosquejo)”, *Seminario nacional de la OMPI sobre las*

1) En la primera etapa se predijo que el derecho de autor y los derechos conexos no serían aplicables en el entorno tecnológico de redes digitales.

Es posible que la idea de la inaplicabilidad de las normas sobre la materia se haya debido a que Internet quedó, en gran medida, marcada por su origen, a fines de 1969, en una primera red nacional de computadoras, la *Arpanet*, patrocinada por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América –cuya sigla en inglés era ARPA (*Advanced Research Projects Agency*)–. El propósito específico de esta red era el establecimiento y la experimentación de vínculos de comunicación entre computadoras e investigadores universitarios.

De modo que, al principio, la red tenía un uso limitado, ligado a la investigación y por ello es probable que se la vinculara más con la posibilidad de acceder a la información y de reproducirla perfectamente, que con el derecho de autor, al que el público en general, y los investigadores en particular, suelen ser poco afectos en cuanto impone restricciones al libre flujo de información cuando esta consiste en obras protegidas por el derecho de autor.

Y –como destaca el autoralista francés André Lucas– todavía no se ha superado la prédica de algunos pioneros de Internet que, inspirados en la tradición libertaria de los primeros tiempos, querían fomentar a toda costa la idea de que la dimensión mundial de las redes supone un vacío jurídico profundo⁽⁸⁾.

2) Con posterioridad se generalizó un enfoque totalmente contrapuesto: todo podía seguir igual en el derecho de autor porque éste es perfectamente apto también en el entorno de las redes digitales.

Y en efecto, los derechos de reproducción y de comunicación pública consagrados por todas las leyes de derecho de autor del mundo como los dos derechos fundamentales y exclusivos de los autores de obras literarias, científicas, artísticas, musicales, dramáticas, audiovisuales, etcétera, cubren todas las operaciones de su utilización con medios informáticos y en el entorno de las redes digitales, inclusive si se trata de leyes vetustas, como la ley argentina N° 11.723, que data de 1933.

Y aunque en la concepción jurídica continental europea los derechos le son reconocidos al autor con carácter genérico (es decir, sin sujeción a *numerus clausus*), en algunas legislaciones recientemente sancionadas, la puesta a disposición del público en Internet de obras protegidas por el derecho de autor, ofreciendo acceso a ellas en forma interactiva –que es la forma de utilización pública de obras característica de la sociedad de la información– es objeto de mención expresa.

Por ejemplo, en América Latina encontramos esta mención en la ley dictada en México en 1996 y en la reforma de 2003; en Perú también en 1996; en las de Brasil, Ecuador, Guatemala y Paraguay en 1998; del año siguiente en Honduras y Nicaragua; en la de República Dominicana de 2000 y en las reformas sancionadas en Costa Rica también en 2000 y en Uruguay en 2003 (art. 2, último párrafo).

Pero aún cuando las leyes no contengan tal mención, esto no es óbice para que el autor disponga igualmente del derecho exclusivo sobre toda forma de utilizar la obra, porque –como dije– *los derechos patrimoniales son reconocidos al autor con carácter genérico*, lo cual aparece indicado en las disposiciones legales en distintas formas. Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no sólo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ésta permanezca en el dominio privado.

3) En la tercera etapa se llegó a la conclusión de que solo eran necesarias algunas adaptaciones. Y en el plano de las normas internacionales esas adaptaciones llegaron con los tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT). Como señala el autoralista húngaro Mihály Ficsor, ex director de la Oficina Internacional de la OMPI y padre de esos tratados, éstos “proponen respuestas adecuadas a todas las predicciones de que los derechos de autor y derechos conexos no serían aplicables en el entorno digital y de redes. Los mismos reflejan el reconocimiento de que se hacían necesarios ciertos cambios de las normas internacionales, pero que no se justificaba ninguna transformación fundamental del sistema de derecho de autor y derechos conexos. El nivel de protección de los tratados corresponde prácticamente al del Convenio de Berna y la Convención de Roma, *más* (al menos, en lo que hace a las principales normas sobre derechos, y las excepciones y limitaciones a los mismos) al del Acuerdo sobre los ADPIC, *más* a lo que todavía se ha agregado sobre la base de la llamada ‘agenda digital’ de

medidas tecnológicas de protección en los Tratados de la OMPI de 1996, y en el nuevo Código Penal colombiano, Bogotá D.C., 25 a 27 de abril de 2001, documento OMPI/DA/BOG/01/2 de 19 de abril de 2001, §I, 2 y *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, Ginebra, OMPI, 2002, p. 102, §257.

8 () Lucas, A., “Aspectos de derecho internacional privado de la protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales mundiales”, trabajo presentado en el *Grupo de consultores sobre los aspectos de derecho internacional privado de la protección de obras y objetos de derechos conexos transmitidos mediante redes digitales mundiales*, Ginebra, OMPI, 16 a 18 de diciembre de 1998, documento GCPIC de 25 de noviembre de 1998, §9.

los trabajos preparatorios y la Conferencia Diplomática de 1996. Este último nivel agregado consiste en: i) la aclaración de cómo se deben aplicar en el entorno digital las normas internacionales existentes (en particular, aquellas referidas al derecho de reproducción y a las excepciones y limitaciones; ii) alguna adaptación de las normas existentes a las condiciones nuevas (en particular, la extensión del derecho de [primera] distribución y del derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras, junto con el reconocimiento de los derechos correspondientes a la “puesta a disposición” interactiva de obras, interpretaciones o ejecuciones grabadas y fonogramas); y iii) la introducción de algunas obligaciones verdaderamente nuevas (en particular, las referentes a la protección de las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos).⁽⁹⁾

4) En actual etapa el embate afecta por igual a autores, intérpretes e industrias de productos culturales y de servicios de entretenimiento y tiene lugar en el entorno digital y en Internet, donde se generó una cultura de “descargar sin pagar” y de “tener una experiencia que permite actuar sobre los bienes digitales: crearlos, compartirlos, modificarlos, etcétera.”⁽¹⁰⁾

Es que todas las obras pueden ser digitalizadas, es decir, transformadas en señales binarias e incorporadas a la memoria de una computadora personal o de un servidor que puede poner esos contenidos en Internet.

Una vez que las obras y las prestaciones están disponibles, el público puede efectuar copias en forma rápida y perfecta sin importar cuantas veces se hagan ni a qué distancia se encuentre el usuario, frecuentemente sin el conocimiento de los titulares de los derechos.

Una vez descargadas en la computadora del usuario final, las obras que no estén protegidas por medidas tecnológicas –y muchas veces aunque lo estén– pueden ser manipuladas, procesadas, modificadas, ampliadas, reducidas, copiadas y transmitidas por correo electrónico o puestas a disposición del público en un sitio web.

Activas asociaciones de “consumidores” reclaman una aplicación cada vez más amplia de los sistemas de excepciones al derecho de autor o –lisa y llanamente– la inaplicabilidad de las normas jurídicas como pretensos adalides de la defensa de “*la libertad de conocimiento*”, y dirigen sus acciones hacia quienes pretenden limitarla, como si “*libertad de conocimiento*” fuera equivalente a “*libertad de apropiación*”. Sus objetivos, por lo tanto, son autores, empresas, gobiernos e instituciones que abogan por imponer restricciones.

Todo esto evoca fuertemente las escenas de los disturbios en Londres que se difundieron en agosto de 2011, y de la gente saliendo de las tiendas y supermercados con los carritos cargados de mercaderías que, por cierto, no habían pagado.

Pero cuando se trata de plasmados, laptops, teléfonos celulares, cámaras fotográficas, ropas o alimentos, la reacción de las autoridades es mucho más rápida y el público la ve mucho más clara y justificada.

Las asociaciones de “consumidores” que rechazan la aplicación de la ley a los usuarios que “comparten” libremente información a través de la web arguyen que toda restricción al libre acceso y utilización de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor constituyen –como dije– exclusiones o limitaciones impropias, por ejemplo, del derecho de acceso a la educación, la información y la cultura, y hasta del derecho a la libertad de expresión.

Pero contraponer derechos humanos consagrados en el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de París 1948, es –a mi entender– una falacia porque todos ellos tienen la misma jerarquía y son –como ha señalado Carlos Alberto Villalba– *derechos distintos y complementarios*.

Existe una generalizada conciencia de que Internet ofrece fantásticas posibilidades para la educación, la información y el entretenimiento. Jamás como hasta ahora se ha podido acceder de inmediato a obras de todos los géneros, interpretaciones, documentos, sentencias, leyes, noticias, y una infinidad de materiales y, aunque una parte considerable de estos sean de libre utilización y se ofrezcan en sitios abiertos y en forma gratuita, no siempre es así, de modo que otra parte gran parte está protegida por el derecho de autor, o por éste y los derechos conexos.

El derecho de autor está permanentemente acechado por la amenaza de presunciones de cesión en favor de las industrias, que lo vacían de contenido, y por nuevas limitaciones y excepciones –además de los extensos catálogos que ya contienen las convenciones internacionales y las leyes nacionales–.

En los organismos internacionales se dedican largas jornadas de estudio para ampliar los catálogos de excepciones al derecho de autor. Lo mismo sucede en todas las regiones, inclusive en aquellas donde tanto se brega y ha bregado por concientizar a gobernantes y gobernados sobre el imperativo de proteger debidamente la creación intelectual.

9 () Ficsor, M., *La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos*, p. 102, §257.

10 () Chiariglione, L., concepto vertido durante su exposición en el *Congreso Mundial de la CISAC* en Santiago de Chile, setiembre de 2000.

Son numerosos y repetidos los intentos que se llevan adelante en todas las latitudes, procurando menoscabar principios y normas que protegen la creatividad intelectual, que mucho esfuerzo demandaron para su aceptación y aprobación.

Las conquistas de los autores –conquistas que no son más que el elemental respeto de un derecho humano y de preceptos internacionalmente aceptados desde hace más de un siglo– son permanentemente acechados y puestos en tela de juicio, y así vemos como se suceden proyectos que, de una u otra forma, socavan los derechos de los autores.

De esta manera se minimiza permanentemente la importancia que tiene el sistema de protección internacional del derecho de autor, erigido desde finales del siglo XIX, revisado periódicamente y perfeccionado a lo largo de todo el siglo pasado, y de su valor para el desarrollo del conocimiento, precisa y paradójicamente, en la era del conocimiento.

Es obvio que atravesamos por uno de los períodos de campañas más intensas contrarias al derecho de autor. Pero la incomprensión de lo que está en juego puede dar lugar a medidas irresponsables o demagógicas –ocultas tras grandes banderas y falsas promesas– sobre cuyos riesgos es necesario tomar conciencia, porque no todo lo que permite la tecnología es válido, o debe ser aceptado, como no se acepta que se espíe a las personas o se atente contra su derecho a la intimidad por mucho que existan para ello tecnologías fácilmente disponibles y bastante económicas.

No existen acuerdos definitivos ni situaciones estables. Los cambios son inevitables y es necesario enfrentarse a ellos de modo permanente.

LA FUERZA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO¹

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Problema Jurídico. Se pretende con el presente trabajo determinar el alcance que el concepto de precedente administrativo ha adquirido en el ámbito de nuestro sistema derecho positivo. Se busca, esclarecer si realmente el denominado precedente administrativo configura un elemento autónomo, con dinámica y efectos jurídicos propios, directos y vinculantes en la construcción del sistema, o si por el contrario, el mismo configura un mero elemento coadyuvante o de colaboración para la consolidación, en la base del sistema, de elementos sustanciales del mismo, como lo son la Constitución Política, la Ley y el Acto Administrativo. En este sentido, y de manera concreta, se buscan respuestas adecuadas y precisas en relación con la fuerza que puede tener el concepto de precedente administrativo respecto de la actividad de quienes ejercen la función pública administrativa en todos los órdenes. Bajo estas consideraciones el problema jurídico propuesto se concreta en el siguiente marco de interrogantes: (i) ¿Cual sería un concepto adecuado de precedente administrativo dentro de nuestro derecho positivo? (ii) ¿Constituye en la realidad de las cosas jurídicas, el precedente administrativo, un elemento fundante del sistema jurídico del derecho positivo?, o por el contrario, ¿Constituye el precedente administrativo un simple instrumento coadyuvante en la consolidación de los elementos básicos del sistema jurídico del derecho positivo como lo son la Constitución Política, la Ley y el Acto Administrativo?. (iii) ¿Cual debe ser la relación entre el concepto de precedente administrativo con los principios generales del derecho y en especial con principios como los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe? Para resolver lo anterior se hacen las siguientes consideraciones de orden jurídico:

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- El derecho administrativo en el sistema anglosajón. El common law en la base del precedente judicial. Claridad necesaria para su debido entendimiento.

1.1.1.- El precedente — *precedent* - entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico de influencia anglosajona — *common law* -, o sistema del derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos — *case law* -, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho².

Intentar, por lo tanto, una aproximación al estudio del precedente en general, y sobre todo, procurar su referencia al derecho administrativo, implica abordar de alguna manera los rasgos fundamentales del derecho anglosajón, en especial al derecho administrativo que puede predicarse dentro de él, lo cual, de por sí, significa adentrarse en ámbitos poco pacíficos de la doctrina jurídica comparada, sobre todo, cuando se tiene

1 Ponencia presentada a: IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Mendoza, Argentina, septiembre de 2010; XI Jornadas de Derecho Administrativo. Universidad de Externado de Colombia. Septiembre de 2010. Universidad Externado de Colombia

2 RADBRUCH. Gustav. "El espíritu del derecho inglés", en *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 37 ss. Puede consultarse igualmente, WHITTAKER, Simon. "El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela", en *Revista Chilena de Derecho*, V. 35. No 1, 2008 (el texto original puede verse en: WHITTAKER, Simon. "Precedent in the English Law: A view from the Citadel", en *European Review of Private Law*. No. 5, 2006. pp.705-745); ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, Madrid 1995. Vid., WADE, H. R. *Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1971.

como punto de referencia, como es nuestro caso, el sistema continental o europeo de influencia francesa^{3 4}. El sistema anglosajón de sometimiento de la Administración Pública al derecho corresponde a una evolución diferente del régimen continental europeo de derecho administrativo, con principios, reglas y evolución distinta, por lo tanto, con fuentes en muchos casos incomparables con las del sistema continental, de aquí la necesidad de entender bajo este contexto y circunstancias la configuración de la institución del precedente cuando se intenta su predicación a nuestro derecho^{5 6 7}.

3 DAVID, Rcné. *O direito inglês*, Sao Paulo, Martins Fontes, 2000. p.VI: “El derecho inglés es el derecho aplicado en Inglaterra y el país de Gales. No es el derecho de los países de lengua inglesa o del commonwealth, ni del Reino Unido o de la Gran Bretaña. Los derechos del commonwealth son, en algunos casos, próximos al derecho inglés sin embargo, pueden diferir sustancialmente de él. El derecho de Irlanda del Norte y de la isla de Man, son bastante próximos al derecho inglés. Sin embargo, el de Escocia es muy diferente, como también el de las islas anglo-normandas”. De todas maneras, como lo señala RENÉ DAVID, en Inglaterra también se ejercen funciones públicas y existen servidores administrativos. sujetos al control de autoridades jurisdiccionales, conforme a sus propios principios y respetando el principio de legalidad: “En Inglaterra, como en Francia, reina al fin de cuentas la misma creencia de que la administración debe actuar siempre de acuerdo con el derecho”.

4 *Ibid.*, p.90. Puede consultarse CASSESE, Sabino. “La costituzione del diritto amministrativo: Francia e Refino Unido”, en *Diritto amministrativo*. T. L Milano. Giuffrè, 2000. pp.1-88.

5 Esta circunstancia fue resaltada por la doctrina clásica individualista inglesa, encabezada por ALBERT VENN DICEY, en sus trabajos sobre la constitución inglesa (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cuya primera edición corresponde a 1885 y la última a 1915), al sostener que en Inglaterra históricamente no había existido un régimen jurídico especial para la administración a la usanza francesa, encontrándose en consecuencia su Administración Pública sujeta al derecho común y a la justicia ordinaria. Los postulados de esta corriente doctrinaria clásica provienen en buena parte del particular entendimiento de DICEY de la Inglaterra victoriana del siglo XVIII, heredera de las viejas instituciones de aquella nación y, básicamente, de su preocupación de comparar su realidad institucional con la de la Francia posrevolucionaria, en la cual se había desarrollado el concepto de dualidad de jurisdicción y de régimen jurídico propio para las entidades públicas administrativas diferentes del derecho privado, y totalmente divorciado para efecto de control de la justicia ordinaria. En sus conclusiones, la concepción clásica del sistema anglosajón reafirma la inexistencia de un derecho administrativo en Inglaterra. Se sostiene que el sistema de derecho público inglés se caracteriza por estar sujeto a un principio de legalidad fundamentado en la supremacía y dominio de la ley común, al que se denomina sistema *rule of law*, que en opinión de DICEY es mucho más democrático y garantista que el derecho administrativo desarrollado por los franceses. En este sentido, para los clásicos anglosajones el *rule of law*, resulta desde todo punto de vista superior al derecho administrativo francés, en cuanto que este es por esencia autoritario y despótico. Fundamenta estos calificativos desautorizadores del sistema continental en una especial caracterización del sistema inglés, según el cual no existen privilegios para la administración; se carece por completo de tribunales especializados para juzgar las entidades públicas. Los únicos tribunales competentes para ocuparse de los litigios de la administración son los ordinarios, con el fin de evitar la arbitrariedad (*from bureaucracy to autocracy, lo dictatorship is a simple transition*). Y por último, cabe señalar la ausencia de un sistema de protección especial para los funcionarios en el desempeño de sus cargos: el ciudadano podía acusar libremente a un servidor público ante los jueces civiles o penales. Esta concepción de la *rule of law* es diseñada por el pensamiento jurídico inglés, en especial por DICEY a partir de sus observaciones acerca del régimen jurídico inglés del siglo XVIII, en el cual el escaso desarrollo de la administración pública hacía que se pudiese generalizar el concepto de *rule of law* y encontrar diferencias abismales con el régimen continental. Situación que, como veremos más adelante, cambia a partir del surgimiento de Estado interventor y procurador de servicios del siglo XX. Según las conclusiones de esta escuela, el sometimiento de la administración al derecho implicaba la existencia de un solo régimen sometedor y unos pocos tribunales, los ordinarios. La administración y sus agentes no podían, en esta concepción clásica, regirse por un derecho propio, estaban siempre sujetos al imperio de la ley general y a la jurisdicción común de todos los sujetos del ordenamiento. Dentro de esta doctrina, el sistema continental es visto como “un residuo regresivo” del antiguo régimen. Una verdadera negación del Estado de derecho en cuanto significaba, según DICEY, una clara intromisión del absolutismo de la administración que se tornaba en depositaria de poderes excepcionales o privilegios exorbitantes que la situaban en un plano de superioridad frente a los asociados.

6 VILLAR PALASÍ, José Luis. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1968. pp. 224-232. Justificando las razones de las profundas divergencias entre el sistema continental y el anglosajón, sostiene este autor: “Nos estamos refiriendo a otra mentalidad administrativa distinta. Estamos ante una construcción jurídica y política, no solo del derecho administrativo, sino de todo el derecho, completamente diversa a la del derecho continental”.

7 RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. La doctrina francesa reaccionó abiertamente contra los anteriores postulados, que en opinión de DICEY hacían de la *rule of law* un sistema superior y mucho más garantista que el francés. JEAN RIVERO, en sus estudios de derecho comparado, sostiene que las premisas expuestas por la concepción clásica inglesa de la unidad de derecho y jurisdicción resultan ser argumentos supremamente débiles, si se tiene en cuenta que la realidad jurídica inglesa de la época de DICEY comenzaba a mostrar cosas distintas a las presentadas por este autor. Por lo menos, frente al tema de la

1.1.2.- El sustento del sistema jurídico anglosajón está ubicado en los desarrollos que se dieron en Inglaterra por el llamado *common law*, o derecho común de carácter consuetudinario, formado principalmente a partir de la influencia del derecho normando⁸. A este sistema se unió históricamente otro mecanismo de resolución de conflictos de base jurídica más flexible, al que se denominó *equity*. En la conjugación de estas dos modalidades se desarrolló el derecho común inglés, y podríamos considerarlo así mismo como el punto de partida de lo que habría de denominarse, posteriormente, el derecho propio de la administración, que en su concepción clásica no se apartaba de modo sustancial de sus principios y conceptos.

1.1.2.1.- Destaca CAVANNA que el *common law* corresponde a una especial evolución del derecho inglés, que no se ha detenido en su desarrollo prácticamente desde el siglo XII, y ha llegado a nuestros días con un acervo de técnicas, experiencia y reglas no escritas; esto en contraposición al derecho continental que fue objeto de profundas transformaciones propiciadas por los partidarios del derecho escrito. La gran revolución del siglo XIX que abanderó la concepción codificadora produjo en el continente europeo una evidente mutación del derecho romano “*aun antes que un nuevo derecho o una diferente funcionalidad ética y jurídica de las categorías del derecho romano transvasadas en los códigos*”; el derecho comienza a identificarse con la norma positiva, un sistema virtualmente cerrado de preceptos legislativos⁹.

En Inglaterra, el proceso de formación del derecho permaneció intacto, no fue objeto de las embestidas codificadoras del derecho continental. Obtiene sus fuentes romanas en el *Corpus iuris*, inspirado en la sistematización justiniana del derecho que correspondía a la idea bizantina de lo textual, legislativo y dogmático: de aquí el desarrollo que anotábamos a propósito de la unidad del poder, de las técnicas jurídicas de glosadores y comentaristas (cuya base de trabajo era precisamente el texto escrito)¹⁰.

El derecho anglosajón aborda al derecho romano desde otro punto de vista; en la concepción clásica, ausente del fenómeno justineano. El derecho inglés, según LOSANO, se nutre tanto de normas de origen germánico, heredadas de la dominación danesa, como de los derechos canónico y normando¹¹. En opinión de CAVANNA, el derecho inglés se encuentra “*singularmente vecino del espíritu del derecho romano clásico, introducido en la época de la cristianización de las islas por el año 664 d. C.; inspirada en una concepción fundada en casos, no escrita, y donde la jurisprudencia se sustenta y se hace norma en las soluciones a los casos específicos. Esta adopción de la esencia clásica del derecho romano llevó a sostener que los juristas ingleses son los más romanos de todos los romanistas (FREDERIC WILLIAM MAITLAND)*”¹².

La influencia romana clásica fue absorbida por el derecho anglo-normando que comenzó a dominar a Inglaterra desde el siglo X. De esta absorción también emanó la tendencia opositora al derecho romano justiniano, situación que permitió el afianzamiento y desarrollo del derecho común de los ingleses, como derecho general y unificador del régimen jurídico en las islas. Los juristas lograron decantar una jurisprudencia creativa, metódicamente similar a lo que tiene que ver con la casuística y la jurisprudencia romana clásica, y por lo tanto técnicamente autosuficiente. El *common law* logra de esta manera identidad como un derecho de fuente judicial y común, opuesta a los derechos y costumbres locales, que habían crecido en la isla durante los tiempos anárquicos anteriores a la unificación y dominación Normanda¹³.

aplicación de un derecho común a la administración, demuestra RIVERO que por la época en que DICEY elaboró su obra el más importante de los sujetos justiciable dentro de un Estado de derecho, como lo es el mismo Estado (la Corona), se encontraba protegido por especiales excepciones provenientes de la ley.

8 DAVID. René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, pp. 283 ss.

9 CAVANNA. *Storia*, cit., p. 479. El derecho inglés, señala: “*no ha conocido desde el siglo XXI ninguna solución de continuidad y llega hasta hoy manteniendo intacta la riqueza de su enorme patrimonio histórico de técnicas, experiencias y reglas no escritas: como un río cada vez más amplio que a partir de su surgimiento ha avanzado sin abandonar nunca su lecho y sin dejar nada seco*”.

10 *Ibid.*, pp. 480 y 482: “*en los países del continente fue la adopción del corpus iuris como derecho positivo, como modelo de razón de un acto europeo de juristas, y el desarrollo de un ius commune a cuya formación contribuyeron con su autoridad los juristas mismos*”.

11 LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*. Ob., cit., p. 166.

12 CAVANNA. *Storia*. Ob., cit., p. 481.

13 Sobre las relaciones entre la evolución política de Inglaterra y sus relaciones con la formación de su derecho puede consultarse CAVANNA. *Storia*. Ob. cit., pp. 491-529. Igualmente LOSANO. *Los grandes sistemas Jurídicos*. Ob. cit., pp. 166 y ss: “*antes del año 1000 d. C., en territorio británico coexistían normas de origen germánico, ligadas también a la dominación danesa en la parte oriental de la isla, y normas de derecho romano y canónico, introducidas en el momento de la cristianización (664 d. C.) y destinadas a estar en vigor hasta nuestros días [...] A estos derechos y a los heterogéneos lisos locales en vigor en los distintos Estados de las dos mayores islas británicas se superpone en 1066, el derecho introducido por la conquista normanda. La unidad política de la Gran Bretaña (a excepción de Escocia) realizada por GUILLERMO EL CONQUISTADOR tuvo como directa consecuencia también la unificación del derecho. Este derecho unificado fine llamado ‘derecho común’, esto es, common law, porque sustituía los derechos particulares precedentes en*

Desde esta época el *common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico. De esta forma se aparta radicalmente del derecho continental, que dentro de su concepción legalista encuentra la certeza del derecho únicamente en el texto escrito de la ley. Condensando la dicotomía entre el sistema continental y el *common law* inglés encontramos tres aspectos que los hacen diferentes: la ausencia del elemento romano justinianeo en la formación del *common law*, provocada por la reacción anglonormanda a esta modalidad jurídica; el origen jurisprudencial de las normas del *common law*, frente al origen legal del régimen europeo; la ausencia de ideas codificadoras en el régimen inglés, en contraposición a la consolidación del sistema continental que se hace sobre la idea codificadora y del derecho escrito.

CAVANNA intenta aproximarse al concepto de la expresión *common law* como producto de la conjunción de fuentes del derecho y principalmente del derecho romano clásico. Para estos efectos propone tres puntos de partida: un sistema amplio, otro estricto y en contraposición al concepto de *statute law*. De acuerdo con el primer sentido, el *common law* constituye un concepto genérico que caracteriza el derecho propio de los países de influencia anglo-americana. Desde este punto de vista, *common law* se contrapone a *civil law*, esto es, a la expresión con que se identifica el sistema de derecho desarrollado en el continente europeo y que tiene por fundamento el derecho romano justinianeo también conocido como *ius commune*, y que modernamente tiene sus sustentos en el derecho escrito, la ley y la codificación.

En sentido estricto, la expresión *common law* es usada en contraposición al concepto de *equity* o sistema jurídico, en el que predominan, desde el punto de vista sustancial, los elementos morales y éticos, frente a los precedentes judiciales del *common law*. En su tercera acepción, la confrontación del concepto se produce frente al *statute law*, es decir, al derecho que se produce en Inglaterra a partir del órgano legislativo (leyes especiales, ordenanzas, reglamentos, etc.). La parte escrita del derecho inglés se produce por vía jurisdiccional, mediante la resolución de casos concretos¹⁴.

Ahora bien, como concepto formador del derecho, el desarrollo del *common law* se ligó irremediablemente a las mismas instituciones creadas por los normandos después de su triunfo; la institución básica que empezó el arduo trabajo de desarrollar este sistema, según los historiadores, fue la corte real o curia regia, también conocida como consejo real o, específicamente en Inglaterra como *King's Council* (organismo que fue característico de la organización política de los inicios del bajo medievo). Para CAVANNA, el verdadero diseñador de la estructura ósea del sistema del *common law* fue la curia regia, que en tiempos de los normandos constituía el centro motor de las funciones y de los oficios del gobierno y la sede de varias actividades decisorias relativas a los negocios del reino. Fue el centro de las competencias reales, la dirección del Estado y el funcionamiento de las instituciones públicas. Entre estas funciones naturales le correspondía la actividad judicial, que como se recordará era típica del rey como responsable de la pax pública, pero que ejercía con la colaboración de la curia regia.

Para el cumplimiento de estas funciones la curia regia generó tres grandes cortes judiciales de *Westminster*. 1. La *Exchequer*, corte creada en la primera mitad del siglo XII y cuyo oficio específico consistió en el juzgamiento de la actividad contable y financiera del Estado; con posterioridad también se extendió su competencia a la actividad privada; 2. La *Court of Common Pleas* (corte de la audiencia común), creada como parte del *King's Council* por el rey Enrico II en 1178; se caracterizaba porque acompañaba al rey en su administración de justicia por todo el reino; estaba compuesta por cinco jueces (dos eclesiásticos y tres laicos) y fue asignada a *Westminster* después de la Carta Magna de 1215; le correspondió el conocimiento de prácticamente todos los litigios entre particulares; fue, por así decirlo, la depositaria de la jurisdicción ordinaria, y 3. La *Court of Ecclesiastical Bench*, que era el organismo más vinculado al rey: sus miembros, se suponía, debían deliberar en presencia del rey; le fueron asignadas las causas más importantes del reino, tanto civiles como criminales, principalmente en materia de daños y de actos ilícitos realizados con violencia o cuando turbaran el orden y la paz del reino.

Estas tres cortes dieron forma con sus decisiones al *common law*; prácticamente, hasta la reforma judicial de 1873, constituyeron la esencia misma de las fuentes formadoras del sistema inglés de justicia común para el reino¹⁵.

vigor [...] El acoplamiento de la denominación normanda en Inglaterra también venía facilitado por el hecho de que las normas consuetudinarias propias de los normandos eran germánicas, al ser los normandos una población originaria de Noruega". De esta forma, en la conjugación del derecho romano clásico y germánico-normando tomó forma el núcleo originario del *common law*.

14 CAVANNA. *Storia*. Ob., cit., pp. 488 y 489.

15 *Ibid.*, pp. 497 y 498.

El *common law* se relaciona necesariamente con los órganos y autoridades administrativas y constituye la base más importante del derecho anglosajón en todos sus aspectos. El *common law* y las decisiones especiales del Parlamento constituyen un solo derecho al cual se encuentra sometida la administración pública. Si bien es cierto que con anterioridad a la Gloriosa revolución de 1688 y 1689, el *common law* era el único punto de referencia para la legalidad¹⁶, con posterioridad, y por las razones expresadas, constituye un todo con los *statute law* (normas legales propiamente) que rigen la actividad pública administrativa en lo que la doctrina inglesa ha denominado como *rule of law* o sometimiento de los poderes públicos: en especial de la administración al imperio de la ley común, en contraposición al régimen continental que también es de sometimiento, pero a leyes especiales.

En este sentido, señala RENÉ DAVID que el *common law* se tornó en un sistema general integrando reglas para todas las situaciones, tanto de derecho público como de derecho privado¹⁷. En esta misma dirección señala MURILLO FERROL, invocando a HATSCHEK¹⁸, a propósito de las discusiones sobre la posible existencia autónoma de un derecho administrativo inglés, que de todas maneras lo que no se puede negar es que la Administración Pública inglesa durante años produjo infinidad de decisiones que en su conjunto constituyen importantes precedentes, los cuales integran una “rutina administrativa”, la cual hace parte integrante del derecho común, *common law*, otorgando al sistema administrativo unidad, continuidad y, sobre todo, garantías y certeza jurídica¹⁹.

1.1.2.2.- Ahora bien, de manera paralela al *common law* creció otro tipo de justicia producida fundamentalmente en razón de los recursos presentados frente a las decisiones de los tribunales reales. Esta justicia, que correspondía directamente al rey (delegada en el secretario, *Chancellor*), se caracterizaba por apartarse de los antecedentes jurisprudenciales y motivarse ante todo en normas morales y éticas; de aquí que se le otorgara el nombre de *equity*. Carecía de las ritualidades procesales del *common law*, lo que le proporcionó un impulso importante que la colocó en situación de claro antagonismo con este sistema del derecho. Según LOSANO, “este desarrollo llevó a la *equity* no solo a suplir sino, incluso, a entrar en concurrencia con el *common law*, lo que hacia finales del año 1500 condujo a sentencias contrastantes en casos análogos. El conflicto fue resuelto en 1616 por FRANCIS BACON, al que JACOBO I había hecho someter un clamoroso caso de conflicto, el Earl of Oxford Case; en caso de conflicto, la *equity* debía prevalecer sobre el *common law*. Esta decisión redujo los casos de conflicto, pero no los eliminó; la armonización de los dos elementos se produjo claramente con su fusión regulada por el Judicature Act de 1873. De todas formas la *equity* siempre se consideró un complemento del *common law* ²⁰.”

La esencia de la *equity* gira en torno a la idea de conciencia: de aquí que inicialmente la competencia para conocer de la equidad se le hubiera asignado a la *Court of Chancery* que estaba en cabeza del Canciller, esto es, en manos del rector de la conciencia del reino.

16 VARANO. *Problemi Attuali della tutela del ciltadino*, cit. Si bien es cierto que el *common law* era el único punto de referencia sustancial, desde el punto de vista del control se había desarrollado por los Estuardos una especie de vía jurisdiccional o corte de conciliación (*prerogative o conciliar courts*) que fue abolida al convertirse en convalidadora de los actos arbitrarios de los monarcas. Consolidando de esta manera la única jurisdicción y el único derecho de que hablaba DYCEY: “La alianza del Parlamento y de las cortes de *common law*’ no podía dejar de comprometer también este aspecto del absolutismo regio: la malformada corte de la *star chamber* fue la primera abolida, en 1641; y muchas otras cortes conciliares correrían la misma suerte en 1688. Estos sucesos, reforzados por el prestigio excepcional y por las garantías de independencia de que se vieron rodeados los jueces de las cortes ordinarias con el Act of Settlement de 1701, contribuyeron sin duda a mantener vivo hasta nuestros días un insuperable y cada vez menos justificable prejuicio contra todo aquello que es ajeno al *common law*” (pp. 906 y 907). La Gloriosa revolución, agrega VARANO, generó un efecto negativo evidente para el desarrollo del derecho administrativo en Inglaterra. A partir de este hecho histórico las cortes del *common law* y el Parlamento se repartieron el control sobre el ejecutivo. Los primeros conociendo de la legalidad de sus actos, y el segundo el control sobre la actividad política (p. 908).

17 DAVID. René. *D derecho inglés*, cit., p. 4.

18 De acuerdo con MERKL, en el derecho continental se hablaba de prácticas administrativas y judiciales que “pueden designarse las reglas que se forman en la práctica de las autoridades administrativas que se forman en la práctica de las autoridades administrativas o de los Tribunales mediante ejercicio constante”. MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935. pp.144 — 145.

19 MURILLO FERROL, Francisco. “El régimen jurídico de la administración inglesa”, en *Revista de Administración Pública*, No. 1, enero-abril de 1950, pp. 48 y 49: “Hasta el comienzo del siglo IX las decisiones de las autoridades investidas de poderes administrativos creaban poco a poco a poco un cuerpo de derecho sobre materias de la administración que se iban concentrando en los archivos [] Estos precedentes daban continuidad y unidad a la acción administrativa y eran, por entonces, la más importante y casi única garantía de los súbditos frente a la arbitrariedad de las autoridades [...] No forman un específico derecho administrativo, sino un complejo de normas que se integran en el derecho común.

20 LOSANO. *Los grandes sistemas jurídicos*. Ob., cit., p. 127.

En este sentido se contraponen un derecho superior, el de la conciencia, al de los preceptos y antecedentes judiciales. Sin embargo, para sus decisiones la equidad siempre debía seguir el derecho, y fundamentalmente defender a la persona. “*El Canciller no podía crear derecho al estilo del common law ni modificarlo o ignorar el generado por los jueces de ese derecho. Solo se podía fallar en conciencia, lo que hacía de la equidad un medio altamente creativo*”²¹.

Los sistemas de *common law* y *equity* fueron objeto de un gran proceso de revisión y adaptación. Entre 1873 y 1907, que es considerado como el de la gran integración de la justicia inglesa contemporánea. El *Judicature Act* de 1873 fusionó la *equity* y el *common law* y reformó el sistema judicial del país. En sus relaciones con el derecho de sometimiento de la administración pública inglesa el punto de partida indiscutible lo constituyen estos dos sistemas judiciales. La interrelación entre el derecho común inglés y la figura del sometimiento de las instituciones a la ley creó un binomio rector indiscutible de la actividad pública de aquel país. En su concepción clásica corresponde al juez juzgar también a la administración pública, teniendo en cuenta el principio de legalidad, emanado de la evolución política inglesa.

El concepto de jerarquía normativa o de supremacía jurídica se desarrolló en Inglaterra de manera simultánea con el *common law* precisamente, y esta fue una idea que predominó hasta el siglo XVII; el *common law* era considerado como ley fundamental en la medida que tenía prevalencia respecto del derecho dictado por el Parlamento, ya que en la práctica constituía un sistema excepcional, y correspondía a la costumbre creada desde el inicio mismo del sistema que el derecho general y unificador de las islas lo daba la división judicial y el precedente, en la medida de su carácter de derecho común.

El *statute law* debía sujetarse al *common law*: jurisdiccionalmente esta fue la tendencia que predominó durante casi seis siglos. Indicaban los jueces en esos años que “la *common law* controla los actos del Parlamento y puede considerarlos como ajenos al derecho (nulos). Cuando una decisión del Parlamento desconoce el derecho común o la razón común, o repugna frente a ellos, o es imposible de cumplir, se puede confrontar con el *common law* para que este la juzgue o la anule si es necesario” (caso Bonham’s 1610, juez EDUARD COKE). Por vía de *equity* se hacían similares planteamientos: un acto del Parlamento producido contra la naturaleza de las cosas podía resultar contrario a la *equity*.

El concepto de supremacía del *common law* frente a las decisiones del Parlamento entra en evidente conflicto a partir de la Gloriosa revolución de 1688 y 1689, que dio lugar al surgimiento del Parlamento como depositario de la soberanía, relegando el poder real a situación de dependencia institucional del Parlamento y de sus leyes. Creó de paso una interesante división de poderes de la Corona que constituyó el punto de partida de los planteamientos ideológicos de LOCKE y MONTESQUIEU, inspiradores de la institucionalización del poder americana y francesa.

Con la gloriosa revolución, los ingleses rompieron el absolutismo real y dieron paso a un sistema institucionalizado de separación de poderes. A diferencia de lo ocurrido en Francia cien años después, el sometimiento del monarca se produce en Inglaterra por las comunas o ciudades y los señores o lores, no directamente por la burguesía. Este proceso se vive en Inglaterra cuando en el resto de la Europa continental se trataba de consolidar el Estado absoluto precisamente frente a los estamentos feudales, lo que, como advertíamos, significó el surgimiento de los Estados nacionales y el fortalecimiento del monarca. Mientras en Europa se fortalecía el monarca, en Inglaterra su poder se trasladaba al Parlamento, que se consideró depositario de la soberanía, dándose así inicio a una interesante división del poder²².

21 CAVANNA. *Storia*. Ob. cit., pp. 530 ss.

22 La división inglesa de poderes resulta particular y especial: establece un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes públicos como garantía de libertad. “La palabra Estado es extraña al derecho inglés mucho más el concepto. En vez de este encontramos el de ‘Corona’ al que se refiere toda la organización administrativa [...] Pero junto a la Corona está el Parlamento como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (pueblo) [...] no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizada en ninguna parte de la unidad del poder. Ambos sujetos están simplemente en relación como lo están las partes en un contrato, nexo en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad. Concretamente, rey y pueblo son reciprocally trustees for each other [...] No tiene objeto que intentemos ahora precisar el contenido de esa relación de trust o de fiducia [...] Basta notar que esa relación que afecta a ambos sujetos afirma y no disuelve su respectiva individualidad [...] Por su parte los tribunales tampoco son órganos de la Corona, sino órganos o expresiones del derecho de la tierra (the law of the land), derecho que por su parte -y esta es la idea esencial del common law— no está estatizado, no es un producto de la voluntad del pueblo, sino obra de las costumbres y decisiones judiciales (las leyes no forman parte, como es sabido, del common law, sino de un statute law, carente de principios generales y, por ello, interpretado normalmente con un criterio restrictivo [...]) Las leyes no integran por eso un verdadero ius orgánico y general, sino que se limitan a resolver local conditions and situations: pound. La idea esencial de la independencia de la magistratura —y así fue en la

A partir de la revolución inglesa, la supremacía del *common law* es cuestionada por el Parlamento que considera que sus decisiones son prevalentes en todos los casos. No existe, en consecuencia, distinción formal entre leyes ordinarias y constitucionales: de aquí la inexistencia y no necesidad de Constitución escrita. El Parlamento en ejercicio de su soberanía podía hacer o deshacer cualquier ley impidiendo incluso que fueran objeto de control. Desde este planteamiento resulta entonces que la innegable supremacía del *common law* inicia su descenso en favor de la ley.

1.1.3.- El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema del *common law*, como una fuente formal de creación del derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la mismas - *ratio decidendi* -, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual por efectos de la evolución del sistema pasa a convertirse en un antecedente vinculante, en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad- *stare decisis* -, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica²³.

La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual, los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*²⁴.

La *ratio decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares. WHITTAKER, retomando la doctrina inglesa y entendiendo por precedente una declaración sobre un punto de derecho, establecida en una sentencia judicial, y que se resume en la justificación del resultado que se alcanza en ese caso, entiende, por *ratio decidendi*, la proposición, o el conjunto de proposiciones de derecho, necesarias para disponer del caso conforme a los hechos que le dieron lugar²⁵.

El concepto se edifica a partir de una simple proposición de derecho, en la medida en que la *ratio decidendi* puede tener diversas formas de manifestación: sea construyendo una verdadera regla de derecho; definiendo un concepto jurídico, o, simplemente proponiendo un enunciado jurídico mucho más amplio configurando las bases de un principio en derecho. Esta la razón por la cual la doctrina inglesa prefiera hablar de “*disposición del caso*” al referirse a la *ratio decidendi*, dando a entender que materialmente la misma puede comprender diferentes sustancias o remedios jurídicos²⁶.

Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi*, es también y de manera significativa el componente fáctico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurara la *ratio* lo que corresponda en derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión, lo demás, no es, ni puede considerarse técnicamente como verdadera *ratio*, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en derecho lo que corresponda en relación con los hechos del caso. Para el derecho inglés esto es significativo al momento de la construcción de un verdadero precedente, en la medida en que las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas por los hechos del caso, de aquí que la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio*

famosa polémica de COKE— no es más que una implicación natural de la independencia del derecho respecto del principio, pero expresa certeramente que el juez es visto como un órgano propio no del Estado ni de la Corona (aunque siga actuando nominalmente en nombre de ésta) sino de la *lex terrae*, como *viva lex regis* o *lex locuens*, teniendo en cuenta que aquí *lex* no expresa la voluntad de un imperante sino el derecho establecido en la comunidad y por ella misma aceptado y vivido. Si el juez no puede recibir órdenes del rey es porque el rey no tiene la disponibilidad sobre el derecho, porque el juez no está según la voluntad del rey; en estos términos los poderes ingleses serían pluralidad que se unifica en la idea de Constitución, que es una idea simple y confesadamente estructural” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 27).

23 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Ob., cit., p. 31.

24 WHITTAKER, Simon. “El precedente en el Derecho In-les: una visión desde la ciudadela”. Ob., cit., pp. 37. y 49.

25 WHITTAKER, Simon. “El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela”. Ob., cit., p. 50.

26 WHITTAKER, Simon. “El precedente en el Derecho ingles: una visión desde la ciudadela”. Ob., cit., p. 50.

decidendi, “... depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación...”²⁷.

Los precedentes pueden ser declarativos si se limita a aplicar una norma ya existente y creativos el que crea y aplica una nueva norma; obligatorio es aquel que inevitablemente los jueces deben seguir lo aprueben o no y persuasivos esta dado por aquel que los jueces no deben seguir pero que dada su existencia de alguna manera deberían tomar en consideración²⁸.

Por otra parte, en esta secuencia descriptiva de la institución a los ojos del derecho inglés, el *obiter dicta*, al contrario de la *ratio decidendi* configura el componente o elemento de la sentencia que no obliga, pero que dadas las circunstancias, básicamente jurídicas, nunca fácticas, fueron necesarias de incluir en la providencia dada su fuerza de persuasión, es decir, se ubican en este apartado, todas aquellas proposiciones de derecho que carecen de la fuerza de la *ratio decidendi*, en cuanto no corresponden con el análisis fáctico del caso puesto a consideración del juzgador²⁹.

1.2.- Las tentativas de construcción de una teoría sobre el precedente administrativo.

Desde la perspectiva de la doctrina del derecho administrativo³⁰, salvo algunos trabajos aislados³¹, no existe una sistemática en relación con el precedente administrativo³², ni mucho menos unificación conceptual de su procedencia bajo el sistema continental o europeo del derecho administrativo, al cual, de por sí, resulta extraño, y cara algunos, contrario a la misma estructuración del principio de legalidad³³,

27 *Ibid.*, pp. 50 y 51. “...Sin embargo el aspecto crucial de la definición arriba enunciado es que la *ratio* de un caso vincula las proposiciones de Derecho discutidas en una o mas sentencias con los hechos y las reclamaciones de las partes...”.

28 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law* Ob., cit., pp. 33-39.

29 WITTAKER, Simón. “El precedente en el Derecho Ingles: una visión desde la ciudadela”. Ob., cit., pp. 49,50 y 52.

30 MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., pp. 144 — 145. En su momento ADOLF MERKL señaló: “Mientras que en los ordenamientos jurídicos que reconocen la fuerza obligatoria de los precedentes y, sea cualquiera la forma de este reconocimiento, la decisión anterior del caso constituye una máxima obligatoria para la solución autoritaria de casos iguales, la fuente jurídica que designamos como uso administrativo presupone una práctica anterior constante. No es posible transferir la obligatoriedad jurídica de las prácticas de las autoridades, reconocida en los ordenamientos jurídicos que admiten los precedentes, a ordenamientos jurídicos que no los admiten o que los rechazan expresamente, valiéndose de la forma modificada —que la ciencia jurídica eleva a la categoría de fuente— de prácticas de las autoridades. Usos judiciales y administrativos significan, en sí mismos, sin que sean reconocidos por una forma jurídica superior, solamente una coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora, junto a otros factores “, en el procedimiento judicial y administrativo”.

31 Vid. ORTIZ DÍAZ, José. “El precedente Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, No 24. 1957. pp.75 — 115. De acuerdo con ORTÍZ DÍAZ el “«precedente» administrativo opera en el ejercicio de la potestad discrecional y se basa, a nuestro juicio, en el principio de igualdad de los administrados ante la Administración, en la necesidad de que ésta trate igualmente a los que se encuentran en la misma situación. Mas la concreción del principio de igualdad no supone siempre la figura del «precedente». Este actúa en la aplicación del principio de igualdad en el tiempo. Cuando la Administración aplica o desarrolla el principio de igualdad simultáneamente o al mismo tiempo, sin relación a situaciones pasadas o anteriores, no aparece el precedente”. DIEZ PICAZO, Luis M. “La Doctrina del Precedente Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No 98, 1982, pp.7 - 46. En este trabajo DÍEZ PICAZO señala que VILLAR PALASÍ entendió como precedente “el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar “, a lo que se añade por ORTÍZ DIAZ que “para que el precedente goce de relevancia jurídica, debe tener una cierta, aunque no siempre bien delimitada, fuerza vinculante. El precedente administrativo es, por tanto, aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares”.

32 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Marcial Pons, Madrid. 2008, p. 21.

33 MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., p.145. En su momento MERKL advertía: “Supongamos que la práctica administrativa, en una serie ininterrumpida de casos, ha hecho uso, en una dirección determinada, de su poder discrecional, de forma que podemos hablar de la existencia de un uso administrativo. Nada se opone en derecho a la autoridad administrativa que, en virtud de su poder discrecional, lo utilice en un sentido que se desvía del habitual hasta el momento. No es posible, suponiendo que el órgano administrativo se haya movido dentro del campo discrecional, condenar el uso nuevo de este poder como abuso de poder. ¿Se puede admitir que las prácticas de las autoridades posean la capacidad de limitar o de excluir el poder discrecional a partir de un caso determinado? ¿Y desde cuándo? Si es ya problemático que un uso judicial o administrativo conforme a derecho pueda crear derecho de tal clase que, entre varias posibilidades de aplicación del derecho, no se reconozca más que una sola, todavía es mucho más difícil reconocer la fuerza creadora de un liso hasta ahora contrario a derecho. ¿Cómo es posible que si la autoridad se ha conducido en noventa y nueve casos en forma antijurídica, el caso cien adquiera patente limpia? Pues la teoría jurídica que otorga a las prácticas de las autoridades fuerza derogatoria de la ley nos obliga a creer todo esto”.

que se encuentra en la base de este sistema y que constituye una de las fuentes directas de derecho, considerando a la jurisprudencia como un simple instrumento auxiliar en la construcción jurídica del derecho positivo³⁴.

Bajo los presupuestos de esta concepción formalista del derecho se entiende al precedente aplicado a la actividad administrativa, como una simple práctica de actos reiterados y sucesivos que no pueden apartarse, ni mucho menos entenderse más que vinculados al principio de legalidad³⁵. En este sentido la fuente dominante y determinante de los mismos no es otra que la ley, careciendo el precedente por lo tanto de un valor autónomo, en consecuencia sin poder vinculante diferente al que pueda tener la fuente legal³⁶.

Esta postura formal y excluyente ha venido en los últimos años siendo recogida en favor de un tesis mucho más amplia y dinámica en la conformación de las bases sustentadoras del sistema positivo, dentro de la cual se retoma el concepto anglosajón de precedente, se le reconoce su procedencia a la actividad propiamente administrativa, bajo las estructuras jurídicas del sistema continental o europeo del derecho administrativo, no como excluyentes de la legalidad, sino como creadoras autónomas de reglas, principios y conceptos precisamente para hacer viable bajo contexto de seguridad jurídica, buena fe, igualdad, el principio de legalidad³⁷.

Se destaca al respecto por la doctrina, que de aceptarse la existencia jurídica del precedente el mismo no puede en ninguna manera configurarse como una práctica contraria a la ley³⁸. El precedente opera bajo nuestras estructuras jurídicas produciendo el efecto de todos los actos propios con posibilidad de que sus consideraciones jurídicas en relación con los hechos y conflictos resueltos por la administración puedan ser invocados posteriormente por terceros en procura de seguridad e igualdad, en la medida en que el precedente así visto, contiene materialmente el sentido y alcance que la administración le ha dado a la aplicación de las normas superiores - constitución, ley y actos administrativos - a las que estaba sujeta para la resolución del caso en concreto. En consecuencia la invocación del precedente administrativo solo es legítima dentro de la legalidad, o dicho de otro modo, su invocación tan solo es posible si el mismo está conforme a derecho³⁹ (e incluso al interés público, como originalmente lo planteó ORTIZ DIAZ⁴⁰). Su fuerza vinculante esta sujeta y condicionada por su adecuación a la legalidad⁴¹.

Algunas posturas fundamentan el concepto en teorías poco comprometedoras con su fuerza vinculante. De manera operacional, algunos sectores de la doctrina, proponen para la conceptualización de la expresión de precedente administrativo la idea de que el mismo encierra ante todo una técnica comparativa de providencias administrativas tendiente a la protección de invaluable derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad de los asociados en tratamiento por las autoridades⁴², sin condicionarla a la legalidad.

En esta dirección se entiende al "... precedente administrativo como una técnica de comparación entre una y varios actos anteriores y otro presente, que juega un papel fundamental en el conjunto del ordenamiento jurídico como garantía de diversos principios generales del derecho consagrados constitucionalmente..."⁴³ principalmente los de igualdad, buena fe, interdicción a la arbitrariedad generando en consecuencia condiciones de seguridad jurídica.

34 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y eficacia Vinculante*, Ob., cit., p. 22.

35 De acuerdo con MERKL, la "aplicación de única o general de la concepción jurídica comprendida en una decisión única anterior, o también en una práctica corriente de las autoridades, requiere la delegación jurídica por parte de una fuente jurídica enraizada en la Constitución, para que de este modo esa manifestación que pretende alcanzar fuerza obligatoria se halle conectada con la Constitución y formando parte, por lo tanto, del total ordenamiento jurídico". MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., p. 146.

36 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p. 23.

37 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo, Ariel Derecho*, Madrid 2003, p. 351.

38 HUERGO LORA, Alejandro. "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", en *Revista de Administración Pública*. No. 137, mayo — agosto, 1995, p.193. "la llamada doctrina del precedente administrativo consiste en que, cuando ante una Administración se reproduce un caso sustancialmente idéntico a otro anterior, debe resolverse del mismo modo, salvo que la resolución del caso anterior haya sido ilegal, o salvo que un motivo de interés público justifique un cambio de criterio".

39 MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Ob., cit., p. 146. "Puede llegar a adquirir fuerza obligatoria, aún en el mismo Estado "legalista", por ejemplo, el precedente, debido a que la ley puede disponer que algunas autoridades tendrán que apoyar sus actos en la concepción jurídica. que se revelan en actos de otras autoridades sobre casos idénticos".

40 ORTIZ DÍAZ, José. "El precedente Administrativo". Ob., cit., pp. 99 ss.

41 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. Ob... cit., p. 351. DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo". Ob., cit., p. 13. "Con sus actuaciones precedentes, la Administración crea una apariencia jurídica y suscita una confianza en los administrados que no puede violar impunemente".

42 Vid. ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sentencia de 20 de febrero de 1991. Ar. 1053.

43 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., pp. 24y25.

Algunos otros sectores van más allá en la conceptualización de la institución retomando de alguna forma la preceptiva descriptiva que del precedente judicial se hace por parte de la doctrina anglosajona, entendiendo por precedente administrativo "... el supuesto ya resuelto anteriormente en un caso similar..." sin mayores consideraciones en relación con la ley y sobre todo con la adecuación, de lo ya resuelto, con el principio de legalidad, pero con fuerza vinculante para efectos de hacer viables los principios de igualdad, interdicción a la arbitrariedad y buena fe: "... El precedente administrativo es, por lo tanto, aquella actuación pasada de la administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares..."⁴⁴, sin requerir necesariamente que se hubiere repetido en su aplicación una pluralidad de veces, lo importante es que de algún modo, la administración hubiere fijado en providencia anterior, el alcance del ordenamiento jurídico en relación con determinada situación fáctica⁴⁵.

Precisamente, es la fijación de la postura, del desdoblamiento de la actuación de la administración la que constituye el centro o base del precedente, y es lo que verdaderamente debe encaminar la tutela de la igualdad ante la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la consistencia en las decisiones administrativas que puedan resolver situaciones fácticas similares. El límite a esta construcción se encontraría en el concepto de gestión pública, en virtud del cual la administración actuando estratégicamente debe adaptarse a los nuevos escenarios, lo que debe pivotar en torno a la racionalización y la planificación⁴⁶.

Esta última postura que realmente retoma el alcance del precedente judicial anglosajón para el derecho administrativo, en especial para las decisiones administrativas, es el prevalente y dominante en las construcciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el precedente administrativo.

2.- EL CONCEPTO DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN EL TRASFONDO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE PRECEDENTE JUDICIAL.

2.1.- El concepto de *precedente administrativo* en el sistema del derecho positivo nacional no ha tenido mayor desarrollo doctrinal. Prácticamente, se puede sostener sin lugar a equívocos, que el tema se encuentra ausente de la discusión doctrinal ordinaria en relación con las materias básicas de nuestro subsistema del derecho administrativo⁴⁷, habiéndole correspondido su desarrollo básicamente a la jurisprudencia constitucional a partir de la remisión a los elementos estructuradores del concepto de precedente judicial, que de vieja data ya se habían incorporado a la legislación nacional, pero que a partir de la entrada en vigencia de la constitución de 1991 se fortalecieron con la adopción por la corporación de la doctrina anglosajona en la materia.

Desde el punto de vista legal el precedente, o como se vino a denominar en nuestro ordenamiento "*doctrina legal más probable*" vino a consagrarse como fuente de derecho en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 a cuyo tenor rezaba: "*en casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina legal más probable*".

A este primer antecedente, posteriormente se agrega lo establecido por la Ley 105 de 1890 (en materia de reformas a los procedimientos judiciales) en cuyo artículo 371 en el que se empleó el concepto de "*doctrina legal*", estableciéndose: "*es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la mismas Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso*" (debe destacarse que la norma en mención estableció, en su artículo 369, que la violación de la doctrina legal se entendía como causal de casación).

44 DIEZ PICAZO, Luis M. "La Doctrina del Precedente Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, No 98. 1982. En este trabajo se retoman las elaboraciones del profesor ORTIZ DIAZ, José. "El precedente Administrativo". *Revista de Administración Pública*, No 24, 1957.

45 SCHMIDT-ASSMAN, E. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" citado en DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.27. Precisamente, el autorizado autor alemán resalta que debe criticarse "la excesiva tendencia a analizar la actividad administrativa desde una perspectiva de control, que toma como referencia exclusivamente la actividad de los tribunales y olvida la perspectiva de la actuación de la Administración".

46 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.43.

47 Alguna referencia en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I., Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003, p. 445.

Luego, con el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 se vino a reemplazar el concepto de “doctrina legal”, por el de “doctrina probable” (manteniéndose como causal de casación la interpretación errónea de la misma doctrina) estableciéndose: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.⁴⁸

Cabe decir, que en el marco de la Constitución de 1886 (art.16) el concepto de “doctrina probable” operó y se hizo aplicable gracias a que la jurisprudencia de la Corte Suprema “fue incorporando paulatinamente el principio de igualdad ante la ley” Con ello fue desarrollando sus diversas facetas, y dándole un carácter material, cuya aplicación el juez está obligado a argumentar en sus decisiones, anticipándose al concepto de igualdad de trato en casos iguales que quedaría posteriormente plasmada en el artículo 13 de la Constitución de 1991 como obligación para todas las autoridades del Estado.⁴⁹

2.2.- Como lo advertía, las escasas referencias al concepto de precedente administrativo, por lo demás recientes entre nosotros, devienen, de la generalización y extrapolación a la gestión y actividad administrativa, de los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el concepto de precedente judicial o jurisprudencia derivados del concepto de doctrina probable⁵⁰ latente en el marco material de la Constitución Política de 1991⁵¹, institución retomada de los desarrollos judiciales anglosajones, y que fun-

48 Corte Constitucional. Sentencia C — 836 de 9 de agosto de 2001. “De tal modo, la Ley 169 de 1896 pretendió flexibilizar la obligación de los jueces de seguir la doctrina legal dictada por la Corte Suprema abriendo la posibilidad de transformar el Derecho por vía jurisprudencial, sin que ello significara prescindir de la casación como mecanismo para unificar la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico, centralizando dicha función en la Corte Suprema de Justicia. El que en el momento de expedición de la Ley 169 de 1896 la contradicción de la doctrina probable fuera considerada una “violación de la ley”, y constituyera causal de casación, pone de presente que, en su sentido originario, el concepto de ley al que hace referencia la norma iba más allá de su acepción en sentido formal, y que interpretarla erróneamente o aplicarla indebidamente al caso concreto era contradecirla. Con todo, posteriormente la Corte Suprema interpretó dicha expresión como una figura optativa para el juez, restringiendo de ese modo la causal de casación por violación de la ley y descartando la contradicción de la jurisprudencia —en las modalidades de interpretación errónea o aplicación indebida de la ley— como causales de casación, o de revisión”.

49 Corte Constitucional. Sentencia C — 836 de 9 de agosto de 2001. Cabe advertir que desde “un punto de vista orgánico, es necesario tener en cuenta que para el año de 1896, la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y que, a pesar de que el Consejo de Estado también contaba con un fundamento constitucional como cabeza de la justicia contencioso administrativa, el ejercicio de esta competencia estaba supeditado constitucionalmente a que la ley estableciera dicha jurisdicción. Posteriormente, en 1905, el Acto Legislativo No. 10 suprimió el Consejo de Estado, sin que jamás hubiera ejercido su función jurisdiccional. No fue sino hasta el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, desarrollado por la Ley 130 de 1913, que se dispuso la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restableciéndose el Consejo de Estado a través del Acto Legislativo 01 de 1914. Fue sólo hasta entonces que se estableció en nuestro país la dualidad de organizaciones jurisdiccionales. En la medida en que el Consejo de Estado carecía legalmente de funciones jurisdiccionales en el momento en que fueron expedidas las normas que crearon la doctrina legal y la doctrina probable, estas dos instituciones, y los grados de autonomía que conferirían, resultaban aplicables a toda la actividad judicial. Con todo, la regulación actual de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y de las facultades de los jueces pertenecientes a cada una de ellas son independientes. A pesar de ello, y sin desconocer que la autonomía judicial varía dependiendo de la jurisdicción y de la especialidad funcional, el análisis general de dicha prerrogativa es predicable de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”.

50 Referente básico en relación con esta importante creación jurisprudencial lo constituye la aclaración de voto de la sentencia de la Corte Constitucional. Sentencia C – 194 de 4 de mayo de 1995 en la que se consideró que si bien en Colombia no existe un rígida regla de stare decisis, tal y como opera en los países de Common Law, debemos aceptar que en principio todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. En el caso de la Corte Constitucional, este principio de respeto al precedente opera con mayor vigor, por la particular fuerza normativa de las decisiones de este tribunal en materia de control abstracto, puesto que ellas obligan a todos los poderes, pues sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, como las normas constitucionales tienen mayor trascendencia -por ser la base de todo el ordenamiento- y vocación de permanencia, la exigencia de seguridad jurídica en las interpretaciones constitucionales es aún mayor”. Asimismo, es referente la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. En esta providencia la Corte se pronuncia en relación con la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1886 en el cual se incorporó por aquella época el concepto de doctrina probable en materia judicial que Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de materialmente corresponde a los contenidos propios de la teoría del precedente judicial.

51 De manera extensa el tema es desarrollado en el derecho colombiano por el profesor Diego Eduardo López Medina. LOPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Universidad de los Andes — Legis, Bogotá, 2009. Del

dada entre nosotros en los principios constitucionales de legalidad, igualdad⁵², buena fe⁵³, pretende ofrecer seguridad jurídica a los asociados⁵⁴ reconociendo fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional en los eventos en que un caso o asunto a ser resuelto por la autoridad judicial coincide en sus razones fácticas con otro ya resuelto por la Corte Constitucional^{55 56}, sin que dicho precedente sea inmutable, ya que la propia Corte Constitucional ha reconocido que “por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales” puede “modificar un precedente constitucional”⁵⁷

2.3.- En materia judicial, el imperativo del precedente constituye una determinante para la motivación de decisiones judiciales posteriores que aborden la misma materia previamente tratada y resuelta por la Corte

mismo autor puede consultarse *El Derecho de los Jueces en America Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento de la justicia laboral para CAFTA-DR. 2010, por publicar.

52 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001 “... La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley...”

53 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. “... En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción...”

54 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. “La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley...”

55 Corte Constitucional, sentencia T-292 de 6 de abril de 2006: “26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿Debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al *obiter dicta*). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente” Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.

56 LOPEZ MEDINA. Diego. *El Derecho de los Jueces*. Ob., cit. pp. 73 ss.

57 Corte Constitucional. Auto 138 de 28 de mayo de 2008.

Constitucional⁵⁸. La motivación de la decisión judicial esta predeterminada, en estos casos, por las directrices jurisprudenciales previamente establecidas, en casos similares, de manera que se pueda generar continuidad en los criterios constitucionales establecidos por la corporación⁵⁹.

Sobre estas consideraciones la Corte Constitucional ha edificado y sustentado el concepto de precedente judicial o jurisprudencial en materia constitucional, entendidos estos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, que genera contenido vinculantes en relación con decisiones posteriores de los jueces⁶⁰, de manera concreta se le ha conceptualizado como *“aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización-determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”*⁶¹, de aquí que las decisiones previas que determinen el derrotero de la interpretación de las norma y principios constitucionales debe ser lo suficientemente consistente en cuanto constituirá la base de la seguridad jurídica y de la coherencia del sistema jurídico, sobre el supuesto de un especial y sólido entendimiento del principio de legalidad pertinente y, por lo tanto, aplicable a un caso determinado^{62 63}.

El carácter vinculante del precedente judicial, está en directa relación con los razonamientos obligatorios incorporados de la parte motiva de las sentencias, relacionados con la situación fáctica que envuelve el caso y que fueron determinantes para la solución del litigio, esto es, en la denominada *ratio decidendi* de la misma, cuya identificación si bien es cierto debe ser el producto de la interpretación constitucional⁶⁴, de todas maneras la jurisprudencia ha decantado reglas para su ubicación e identi-

58 Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 22 de enero de 2009. *“... al emitir sus providencias, los jueces deben tomar en cuenta los precedentes existentes en relación con el tema, que pudieren resultar aplicables, especialmente aquellos que han sido trazados por las altas corporaciones judiciales que, en relación con los distintos temas, tienen la misión de procurar la unificación de la jurisprudencia. Hacer caso omiso de esta consideración puede implicar entonces la afectación de derechos fundamentales de las personas que de buena fe confiaban en la aplicación de los precedentes conocidos, entre ellos el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la igualdad, los cuales serían protegibles mediante la acción de tutela”*.

59 Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2006. *“un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”*. Vid., Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 31 de julio de 2008.

60 Corte Constitucional. Auto 209 de 27 de mayo de 2009.

61 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006.

62 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006. *El precedente judicial tiene “... como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica...”*.

63 BERNAL PULIDO, Carlos. *Estudios al Precedente Constitucional*. Palestra, Lima, 2007, pp. 180 ss.

64 LOPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Ob., cit. pp. 193 ss. Corte Constitucional. Sentencia T-086 de 8 de febrero de 2007. La Corte Constitucional hace distinción entre los argumentos en los que se sustenta la fuerza vinculante y la pertinencia del precedente. En cuanto a los primeros señala la *“fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C. P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 (C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico”*. En tanto que, la pertinencia del precedente *“se predica de una sentencia previa, cuando: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”*.

ficación en aras de la seguridad jurídica⁶⁵ y su perfecta delimitación con los aspectos de la sentencia no vinculantes⁶⁷.

Así las cosas, el precedente judicial en materia constitucional está llamado a permanecer en cuanto especie de norma contentiva de parámetros de comportamiento constitucional, en este sentido su no acatamiento o variación caprichosa, puede ser fuente de arbitrariedad y por lo tanto de desconocimiento del ordenamiento jurídico y de las bases mismas del sistema jurídico positivo y, en consecuencia, cauce desmedido e incontrolable de inseguridad jurídica.

El capricho del operador judicial desconociendo el precedente judicial constitucional, no puede explicar más que situaciones de abuso de poder y de posible desvío del mismo, que pone en riesgo no solo el interés general de la comunidad, los derechos de la colectividad, sino también, los derechos subjetivos de los asociados (debido proceso y acceso a la administración de justicia⁶⁸), la libertad individual, la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas⁶⁹, de tal manera que los asociados no puede quedar bajo estas circunstancias sometidos a los cambiantes criterios de los jueces, en detrimento de la autonomía individual; y, sobre todo, violentando el principio constitucional de igualdad, en la medida en que se estaría sometiendo a tratamientos jurídicos diferentes situaciones fácticas similares⁷⁰.

65 Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 29 de enero 1999. En este aspecto es importante destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional hace clara diferencia entre los diversos componentes de las providencias judiciales: (i) decisorio o parte resolutoria de la sentencia dentro de la cual se ubica la *ratio decidendi* o razón de la decisión, esto es, *“la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. ...El fundamento normativo directo de la parte resolutoria”*, y (ii) los obiter dicta o dichos pasajeros, es decir, *“toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”*. La parte resolutoria o decisorio hace tránsito a cosa juzgada, con efecto erga omnes, en los juicios de constitucionalidad; la *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes por constituir la cosa juzgada implícita, y los obiter dicta sólo tienen fuerza persuasiva pero no obligatoria. Postura recogida en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de febrero de 2002. Exp. Pl — 163.

66 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006. *“Conforme a este análisis general, quien deba aplicar una sentencia tiene la posibilidad de establecer de manera directa, prima facie, lo que se considera como ratio decidendi. Sin embargo, esa determinación no puede ser caprichosa en el sentido de sobreestimar los aportes de una sentencia que le parezcan más llamativos, subestiman los que realmente fueron determinantes, ni desconocer la reiterada jurisprudencia sobre un punto, para sobrevalorar una sentencia poco significativa. Al respecto esta Corporación ha señalado que para establecer la ratio decidendi de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores (Sentencia SU-058 de 2003). -esto es las “posteriores” a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir-, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte. De hecho, esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior” (Sentencias SU-047 de 1999 y SU-1300 de 2001), esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la ratio de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha ratio; de manera tal que le permiten al juez o a quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada”*.

67 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, Ob. cit., p. 83 y ss. Se incorpora en este trabajo una serie de reglas metodológicas para efectos de la identificación de la *ratio decidendi*.

68 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 28 de mayo de 2009. Exp. AC — 460. *“Los jueces tienen la obligación positiva de atender los instrumentos legitimados en los cuales se expresa el derecho, entre los que se encuentra la jurisprudencia, por consiguiente, el deber de observarlo, resulta consustancial al ejercicio armónico de tal función, no sólo respecto de las decisiones propias sino también de las tomadas por los superiores. El respeto por el precedente judicial, máxime si se trata de quien ostenta la calidad de Tribunal Supremo es un deber, como quiera que a través del ejercicio de esta actividad, se asegura la eficacia de los derechos legales y constitucionales de las personas y se genera seguridad jurídica. En conclusión, el respeto del precedente judicial implica la prohibición a las autoridades judiciales para desligarse injustificadamente de los antecedentes dictados por sus superiores salvo que mediante una justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por el superior, la cual en el presente caso no se evidencia. Finalmente es preciso señalar que el desacato al precedente en esas condiciones lleva implícita la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia”*.

69 Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008. *“La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos, fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución”*.

70 Corte Constitucional, Auto 149 de 2008. *“... El respeto a los precedentes constitucionales, entendidos como reglas judiciales emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto (Auto A-208 de 2006), cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus*

El precedente judicial así entendido no es absoluto, puede ser objeto de revisión y reconsideración de manera excepcional por la Corte Constitucional en pleno, por razones de justicia material y de necesaria adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, providencias debidamente sustentadas y motivadas^{71 72}

2.4.- La anterior doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional se desarrolla, no obstante el origen continental—europeo y de profunda raigambre romano—germánica de nuestro derecho y del carácter legislado de nuestras instituciones jurídicas, que teóricamente se distancian de las fuentes anglosajonas y del sistema del derecho común que engendra la teoría del precedente judicial. Desde una óptica crítica, resulta paradójico que la construcción del precedente judicial entre nosotros se incorpora muy a pesar del contenido del artículo 230 constitucional según el cual “... Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial..”⁷³, lo que vino a generar fraccionamientos en la doctrina nacional, en especial en la formación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el tema existencia y aplicabilidad de la teoría de

decisiones previas (Ver, por ejemplo, entres otras, las sentencias T-193 de 1995 y C-100 de 1998), debido a (i) elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; (ii) una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades (Sentencia SU 047 de 1999); y (iii) en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. De allí que, si bien la Sala Plena puede, excepcionalmente, por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales, modificar un precedente constitucional. tal decisión le está vedada a las Salas de Revisión, so pena de incurrir en una causal de nulidad”.

71 Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 29 de enero de 1999 “...El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas...”. Víd. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 28 de agosto de 2008. Exp. AC — 523. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de mayo de 2007. Exp. 32711. “Además, la misma jurisprudencia constitucional, y también la doctrina, no solo permiten el alejamiento de las subreglas, sino que es más lo demandan cuando existen argumentos o ponderaciones valiosas que superan la línea jurisprudencial de cualquiera de las altas cortes, eso sí, cumpliendo el deber de justificación. de argumentación, en cuanto a la modificación del criterio. Podría hablarse, entonces, no de una facultad sino de un deber de racionalidad, el no asumir posturas que ni en lógica ni en justicia se comparten. En este mismo sentido dice Robert Alexy, comentando el uso de los precedentes judiciales, y la regla de la carga de argumentación relacionada con el que “...En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello”.

72 BERNAL PULIDO, Carlos. *Estudios al Precedente Constitucional*. Ob., cit., pp. 184 ss. Puede verse también BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. la ed, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, pp.153 — 165.

73 *Ibid.*, pp. 177 ss. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. *Aclaración de voto a la sentencia de 4 de marzo de 2008*. Exp. 3 11 20. No se puede “desconocer la discusión seria y profunda que se ha venido dando tanto en la jurisprudencia como en la doctrina acerca de los alcances que deben reconocerse al valor y a la fuerza jurídica del “precedente” en un ordenamiento jurídico como el colombiano, de marcada raigambre romano-germánica y con evidentes particularidades que lo distancian del sistema de derecho común anglosajón, caracterizado este último, precisamente, por el indudable carácter vinculante y la centralidad del papel que en él desempeña la noción de precedente judicial. Así pues, quienes se muestran reacios a aceptar algún grado de obligatoriedad del precedente en el derecho colombiano, señalan que es la naturaleza primordialmente jurisprudencial del sistema de common law que explica el rasgo que, dentro de él, se atribuye al precedente, mientras que al hundir sus raíces, el ordenamiento jurídico colombiano, en la tradición romano germánica “fundamentalmente legislada” la posición de preeminencia en nuestro sistema la ocupa la ley, razón por la cual se entiende que adscribir, en el derecho nacional, valor de precedente a las sentencias judiciales, resulta extraño a los rasgos identificadores más inherentes a aquél. En apoyo de esta perspectiva negadora de efectos vinculantes al precedente judicial suele invocarse el tenor literal del artículo 230 de la Constitución Política, por cuya virtud “se afirma” la Carta estableció un

los precedentes al sistema jurídico del derecho positivo nacional, aplicabilidad referida a su entendimiento como una fuente formal de derecho vinculante^{74 75}

2.5.- Conforme lo anterior, se puede concluir, sin mayor dubitación, que la tesis dominante en los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en cuanto respecta al precedente judicial es el de su carácter de fuente de derecho, en cuanto poseedor de fuerza normativa suficiente para imponerse en cuanto las razones fácticas del caso lo permitan, en la motivación de las decisiones judiciales, configurando por lo tanto, regla aplicable por los operadores del derecho.

Ahora bien, se deduce de los anteriores trabajos de la jurisprudencia constitucional que, si bien es cierto se le adjudica al precedente el valor que se ha indicado, corresponde al intérprete entender que no todo el contenido decisorio es vinculante para efecto de la teoría del precedente, el mismo tan solo se deduce de la ratio decidendi de los fallos, es de aquí donde surgen las reglas obligatorias que reiteradamente deben ser invocadas en la motivación de las providencias con el fin de mantener la seguridad jurídica, y los principios de igualdad, buena fe y debido proceso dentro del Estado de derecho, en cada providencia judicial.

Por esta razón, se deduce de los trabajos jurisprudenciales que, no obstante la redacción del artículo 230 constitucional, no puede predicarse que el sistema de fuentes en Colombia excluya a los precedentes judiciales, o les otorgue un tratamiento meramente secundario, en cuanto la ley bajo estas circunstancias no es la única fuente formal de derecho y que la calificación constitucional de criterios auxiliares a las fuentes ordinarias deba entenderse en el sentido de que no excluye su carácter también de principal cuando de acuerdo a su trascendencia adquiera este papel en el conformación del derecho positivo⁷⁶.

sistema de , fuentes dentro del cual sólo constituye fuente formal de derecho la ley y, por tanto, el juez, en sus providencias, sólo se encuentra obligado a sujetarse a ella".

74 La no recepción pacífica de la teoría del precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se deduce de los salvamentos de voto suscritos por los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Alvaro Tafur Galvis, a la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001. Se parte en estos salvamentos no solo de la incompatibilidad de los sistemas jurídicos en cuestión, sino también, y de manera principal en el papel de la ley como fuente y en la duda absoluta de los disidentes en relación con el apremio e imperatividad dentro de un esquema de fuentes en donde el precedente puede ser variado justificadamente por el juez o funcionario correspondiente. De esta misma providencia es importante destacar los aportes de la aclaración de votos de los magistrados José Manuel Cepeda y Marco Gerardo Monrov Cabra en relación con el valor normativo y el carácter de fuente formal de derecho del precedente, al igual que con el carácter dinámico de la tradición jurídica colombiana, que permiten sustentar la presencia inevitable de la teoría del precedente entre nosotros. En ese sentido, es preciso, también, tener en cuenta la sentencia C-335 de 2008 en la que se dijo: "... La creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema jurídico de origen romanista, legislado y de tradición continental europea como el colombiano, no sólo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales, y por ende el carácter normativo de la Constitución...". Corte Constitucional. Sentencia C — 335 de 16 de abril de 2008.

75 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 11493. Salvamento de voto "... Pero la anterior es, precisamente, una de las razones que justifica que de ningún modo pueda entenderse que la inclusión de la palabra "ley" en el texto del comentado artículo 230 de la Carta suponga que el juez, en sus providencias, sólo se encuentre compelido a respetar los contenidos de la fuente formal de derecho integrada por los preceptos con rango formal de ley; semejante inteligencia conduciría al absurdo de sostener que el juez, por expreso mandato constitucional, se encontraría exento de observar el contenido, para empezar, de la Ley de Leyes, vale decir, de la propia Constitución Política —cuya supremacía en el orden interno garantiza e impone el artículo 4 de la propia Carta— que no necesariamente debería atender, además, en sus fallos, a los preceptos de los tratados internacionales, cuya preponderancia en el ordenamiento jurídico nacional también estatuye el artículo 93 constitucional. ni tendría el deber de observar y aplicar los decretos que carecen de fuerza de ley, los cuales, junto con las demás normas de naturaleza administrativa igualmente, forman parte del derecho positivo e incluso en ciertos casos se ocupan de reglamentar la ley con el Único propósito de asegurar su debida y cumplida ejecución. En consecuencia, el entendimiento quizás más apropiado de la expresión "imperio de la ley" preconizada por el artículo 230 de la Constitución debe apuntar a una noción amplia o genérica de la ley, esto es del ordenamiento vigente, lo cual no excluye en forma absoluta el reconocimiento de cierta fuerza vinculante a los antecedentes jurisprudenciales, cuestión que, a mi juicio, no resulta ajena o contradictoria con la tradición jurídica colombiana —o a cualquier otra cultura jurídica— si se tiene en cuenta que esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a que la decisión del juez debe venir fundamentada no en criterios ad hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o reglas que puedan ser "universalizables" en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro...".

76 Corte Constitucional. Sentencia SU — 1 300 de 6 de diciembre de 2001. "En primer lugar, la Sala Plena considera oportuno reiterar su jurisprudencia sobre el valor normativo de los precedentes constitucionales en materia de control

Lo anterior es ratificado recientemente con lo establecido en los artículos 4 inciso tercero y 115 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, según los cuales respectivamente “...*A solicitud del Magistrado sustanciador, la sala plena especializada podrá decidir los recursos de apelación interpuestos contra autos o sentencias, cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial...*”, de donde se concluye que el legislador, no solo hace diferencia entre jurisprudencia y precedente, reconociendo autonomía a esta última figura en materia judicial, sino que adicionalmente le está otorgando a este medio, constitucionalmente auxiliar, un papel principal en la determinación del derecho aplicable a un caso concreto y de contera también el papel estelar del juez en su creación, indicando que para el derecho nacional resulta de la mayor trascendencia el papel del juez en la construcción del sistema jurídico a través del establecimiento de precedentes jurisprudenciales.

En esta dirección el precedente judicial en el derecho colombiano, pasa de ser una simple creación jurisprudencial, a convertirse de manera expresa en una institución de reconocimiento legal, con contenido propio y naturaleza diferente a las simples y tradicionales construcciones jurisprudenciales. El precedente es ante todo, desde esta perspectiva, la razón misma de la decisión, independientemente de cualquier otra consideración propia de una estructura jurisprudencial, por lo tanto una figura autónoma con contenido y caracterización propia, conceptualmente diversa a la simple fuente jurisprudencial, derivada del reconocimiento constitucional de la independencia y autonomía de los jueces determinante de una vinculación jerárquica formal⁷⁷.

En la segunda de las disposiciones se faculta “a los jueces, tribunales, altas Cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso...”. En esta última disposición queda borrada cualquier duda de un entendimiento del precedente como criterio principal en la determinación del orden positivo a cargo de los jueces consolidando lo que la doctrina nacional ha dado en llamar como un verdadero derecho de los jueces⁷⁸.

abstracto de constitucionalidad, ya que el peticionario alega que la regla de derecho que fue inaplicada en su caso, es una supuesta regla establecida por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 1993. La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (7-13193, C-083/95, C-037./96, SU-04799, C-83612001). En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (se sigue aquí la sentencia SU-04799,). En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que “tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutoria; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutoria de las sentencias y que incida directamente en ella”.

77 DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.137. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 6311984 de 21 de mayo. “... cuando los Tribunales comienzan a interpretar y aplicar una nueva normativa no es realista exigir que todos sus pronunciamientos sean idénticos o que cada uno de ellos haya de estimarse precedente obligado de los que le siguen, pues las diferencias que puedan existir inicialmente parten de un razonable proceso de ajuste interpretativo y no vulneran el derecho a la igualdad”.

78 LÓPEZ MEDINA, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Ob., cit. pp. 73 ss. Del mismo autor puede consultarse *El Derecho de los Jueces en América Latina*, Programa de USAID para el fortalecimiento de la justicia laboral para CAFTA-DR. 2010, por publicar. HART., H. L. A. *El concepto de derecho*. 2 ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1961. “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. ¡Yo obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de standards variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso”.

3.- LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO PROPIAMENTE DE PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

3.1.- La construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el precedente judicial, entendiéndolo como un instrumento material y sustancial del Estado de derecho, para la consolidación de la seguridad jurídica, la igualdad, la buena fe y la confianza legítima en el ejercicio de la función judicial, constituye en el derecho colombiano el fundamento teórico y doctrinal para la predica y sustentación de la existencia, también, de una teoría sobre el *precedente administrativo*, construido a partir de una particular evolución de la jurisprudencia constitucional⁷⁹, en donde se considera que la figura no es de exclusiva predica de la actividad judicial del Estado, sino que envuelve y cobija, también, a otras autoridades determinadas, que deban proferir o dictar decisiones, como es el caso indiscutible de las autoridades administrativas⁸⁰.

3.2.- Se trata de una clara y evidente aplicación horizontal del contenido sustancial de la concepción del precedente, que se invoca de manera directa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no en relación, propiamente, con la actividad decisoria de los jueces, sino con las decisiones de las autoridades investidas de potestades públicas administrativas, tendiente a garantizar similares principios de los predicados en la sustentación del precedente judicial, pero que ahora buscan dotarle de entidad, cuerpo, fuerza y sobre todo estabilidad a las relaciones propias de la administración y los asociados, procurando y buscando siempre el respeto a las derechos e intereses tanto subjetivos como colectivos, sin desconocer el principio de legalidad material característico de toda organización sujeta a los marcos del Estado social y democrático de derecho.

Se fundamenta este traslazo conceptual, y de principios, en la imperiosa necesidad de reconocer algo vital y connatural a nuestro modelo de Estado Social de Derecho, como es, el papel vital que cumple la organización administrativa del Estado en la generación de condiciones de estabilidad y seguridad suficiente para el sistema jurídico positivo, por lo tanto, a la plenitud de los asociados.

En consecuencia, lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios

79 Vid. Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. Esta providencia que indudablemente constituye un hito en cuanto a la aplicación del precedente administrativo en nuestro ordenamiento jurídico positivo es el producto de una acción de tutela intentada por un funcionario al servicios de la estatal INVIAS que aleó el desconocimiento y vulneración de sus derechos laborales, a partir del cambio injustificado de interpretación por la administración, del régimen jurídico aplicable para efectos de su pensión convencional "...Para el demandante, el INVIAS acoge una interpretación del Decreto 2171 de 1992 según la cual, para contabilizar- el tiempo para acceder a la pensión convencional en el caso de los trabajadores oficiales, deben tenerse en cuenta los días, efectivamente laborados de cada mes respectivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que ordena que a los trabajadores les computen el tiempo de servicios sobre la base de 365 días. Esta interpretación implica modificar el entendido acerca del número de días exigidos por la norma convencional, que según otra interpretación de dicho decreto es de 10.080 días laborados, que corresponden a 28 años de 360 días. Finalmente, Muñoz González indica en su solicitud de amparo no haber recibido respuesta alguna al respecto. De otro lado, Muñoz González indica que en el presente asunto se presentó una situación que vulnera su derecho a la igualdad, pues en un asunto similar, en el contexto de un procedimiento administrativo de reconocimiento de pensión convencional, al ciudadano Ramón Morera Rojas, trabajador oficial del INVIAS, le fue reconocida dicha prestación tomando como base años laborados de 360 días (en este sentido se requiere para cumplir el requisito de los 28 años completar un total de 10.080 días que es el resultado de multiplicar 360 días por 28), y no sobre los años de 365 días, según lo prescribe la Ley 153 de 1887..."

80 A partir de la sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004 la jurisprudencia de la Corte se preocupa de no hacer exclusiva referencia, al teorizar en materia de precedentes, a los jueces, sino que también, predica los mismos en relación con otras autoridades. Véase Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 6 de abril de 2006, donde se "... reconoce como precedente aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia. En ese sentido, lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, -o de varias si es del caso-, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico. Es decir, la ratio decidendi de una providencia, puede ser un precedente de aplicación vinculante en un caso posterior, para un juez o una autoridad determinada Esta relación entonces, entre una y otra figura, es lo que ha favorecido que se usen comúnmente los dos conceptos como semejante, - ratio decidendi y precedente. Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su ratio decidendi. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la ratio decidendi de la(s) sentencia(s) pertinente(s)".

constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, - por la reiteración de sólidos y razonables⁸¹ argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad⁸².

3.3.- Esta idea de precedente administrativo, en cuanto base indiscutible de seguridad jurídica, no puede, en manera alguna, quedar al capricho o arbitrariedad subjetiva de quienes ejercen las funciones públicas administrativas. En el entender de la Corte Constitucional, las fuentes normativas constitucionales que sustentan la teoría del precedente en todos sus ordenes, ofrecen garantías suficientes tendientes a que los postulados que se guardan en los mismos, en relación con el alcance e interpretación sólida y razonable del ordenamiento jurídico, permanezcan y se apliquen de manera pacífica cuando se den los presupuestos fácticos y jurídicos en ellos contenidos, no pudiendo impunemente ser objeto de arremetidas arbitrarias por parte de los operadores administrativos, modificándolos o desfigurándolos a su antojo o en actitudes subjetivas fundadas en su mero libre entender, carentes de sustantividad y objetividad.

En estas hipótesis para la Corte Constitucional se estaría actuando por fuera de los presupuestos garantistas del debido proceso que exige que toda decisión administrativa este debidamente motivada. En este sentido, el concepto de precedente administrativo propuesto se enmarca dentro de los senderos de las plenas garantías institucionales a los asociados, configurando una clara hipótesis de imperativo para todo tipo de operador en sus relaciones con las personas dentro de los marcos del Estado social y democrático de derecho^{83 84}.

3.4.- Esta línea de interpretación constitucional, en relación con el precedente y el ejercicio de la función pública administrativa, se consolida de manera sustancial, y sin lugar a mayores equívocos, en recientes trabajos de la Corte Constitucional⁸⁵, cuando al definir los destinos constitucionales de la remisión legal, que el artículo 24 de la ley 1340 de 2009⁸⁶ efectuaba al concepto de la doctrina probable y al principio de la confianza legítima, como determinadores y rectores de la motivación, fundamentación y razonabilidad de

81 Corte Constitucional. Sentencia T- 545 de 28 de mayo de 2004 — *...Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales...*

82 Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004. “... El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico...”.

83 Corte Constitucional. Sentencia T-545 de 28 de mayo de 2004 “... Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia. Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver...”.

84 Corte Constitucional. Sentencia T-334 de 6 de julio de 1998 “... La observancia del principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la situación concreta. Es más, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas: inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo...”.

85 Véase al respecto Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010.

86 Ley 1340 de 24 de julio de 2009. Artículo 24. “... Doctrina Probable y Legítima Confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las

las decisiones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal y protección al consumidor, reiteró que el alcance de la teoría del precedente no se agotaba en relación con las decisiones simplemente judiciales, a partir de una construcción estrictamente constitucional, determinando que su ámbito comprendía de similar manera y bajo la misma preceptiva justificante, la actividad propiamente de las autoridades administrativas y lo esbozado por ellas en relación con el principio de legalidad, para darle así continuidad a los motivos y fundamentos en los que las autoridades apoyan sus decisiones administrativas, lo que significa que estas tienen en sus manos la responsabilidad, y el deber funcional constitucional, de garantizar los principios de legalidad, igualdad, buena fe, debido proceso en aras de la consolidación de la seguridad jurídica⁸⁷.

Para la Corte Constitucional, de ninguna manera la doctrina contenida en su sentencia C-836 de 2001 -a través de la cual apuntaló de manera definitiva la teoría del precedente en el sistema del derecho positivo nacional-, excluía de su aplicación la actividad de las autoridades administrativas y sus decisiones; en consecuencia, que la procedencia de la denominada y definida en la misma ley como doctrina probable, y sobre todo el acatamiento del principio de la confianza legítima, no podía ser extraño o incompatible con el ejercicio de la actividad pública administrativa⁸⁸, entendiendo para estos efectos como doctrina probable, nada más y nada menos, que una clara modalidad de precedente administrativo, sujeta a la construcción doctrinal vinculante sobre el precedente en general, en especial, en lo que tiene que ver con el precedente judicial, en los términos expuestos en la primera parte del presente estudio⁸⁹.

actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable..."

87 Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. *"En síntesis, a juicio de la Corte, no existe prohibición constitucional para que a través de la ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo, la cual se establece en desarrollo de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Sin embargo se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta en situaciones específicas, evento en el cual se debe motivar el acto con razones suficientes por parte de la entidad supervisora"*.

88 Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. *"... Sobre estas consideraciones, la Corte estima que se debe precisar la correcta interpretación de la Sentencia C - 836 de 2001. Dicha Sentencia en el numeral 6° establece que la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia proviene, "(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado, (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular".... Observa la Corte que esta serie de características que se especifican en el estudio de constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación del apartado del artículo 24 de la Ley 1340. En este caso la autoridad creada constitucionalmente por la vía del artículo transitorio 20 de la Constitución, fue la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene el deber de vigilancia y control de la libre competencia en Colombia.... En este caso no es cierto, como afirman los demandantes, que la vinculación a la doctrina probable solo pueda ser creada por una norma constitucional. El artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que vincula a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, tiene jerarquía legal y no constitucional. y se relaciona con principios constitucionales como el derecho a la igualdad (art. 13), confianza legítima, buena fe (art. 83) y seguridad jurídica. Por esta razón estima la Corte que la interpretación de los demandantes de que en la Sentencia C - 836 de 2001 se estableció que dicha doctrina solo puede ser establecida por la Constitución, es errada..."*

89 Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010. *"... La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo similiter judicatarum. En Colombia, como se indica en la Sentencia C — 836 de 2001. la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia... Considera la Corte, que con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas... En suma, la Corte estima que no existe prohibición constitucional para que a través de la Ley se pueda establecer la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vinculación a la doctrina probable no elimina la posibilidad de que se pueda cambiar ésta por parte de la entidad supervisora*

3.5.- De acuerdo a lo anterior, resulta claro que en el derecho nacional el precedente administrativo no es el producto o resultado de la costumbre o de la simple y reiterada práctica administrativa. En estricto sentido, dentro de un contexto de legalidad formal, la costumbre no puede generar norma de derecho público. Una afirmación en este sentido podría ser violatoria del principio de legalidad. No obstante, su valía como criterio auxiliar para medir el alcance de las normas es indiscutible. La Ley 153 de 1887, en su artículo 13, establece a este respecto, en concordancia con el artículo 230 constitucional, que “... la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva...”, predicado este perfectamente válido para las relaciones entre particulares, pero que tratándose de las relaciones e intereses públicos, en donde predomina el interés público y general y sobre todo en donde reina el principio de legalidad, lo consideramos inaplicable y carente de cualquier tipo de fuerza para una vinculación válida y constitucional de quienes ejercen funciones público administrativas.

Conforme los designios de este planteamiento, no se podría predicar la costumbre en la base del precedente en cualquiera de sus modalidades, sea este judicial o administrativo, en cuanto el precedente está vinculado de manera directa con problemas de legalidad y no con la especulación arbitraria propia de la aplicación sistemática de una conducta. El precedente conforme a las construcciones jurídicas de la Corte Constitucional configura reglas emanadas de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto, y no propiamente de la aplicación de la etérea, subjetiva, inmaterial y metafísica de la moral cristiana⁹⁰. Tratándose de un problema vinculado al principio de legalidad, el precedente genera en consecuencia contenidos vinculantes - *ratio decidendi* — aplicables en las decisiones posteriores de los jueces, configurando, tal como lo resaltamos de conformidad con los desarrollos de la jurisprudencia constitucional, reglas - prohibición, orden o autorización- determinantes para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica semejante, de aquí que las decisiones previas — precedente - determinen el derrotero de la interpretación de las norma y principios constitucionales hacia el futuro.

Estos planteamientos de la Corte Constitucional, sin embargo, debemos acogerlos con supremo recelo frente a la función pública administrativa, en la medida que podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro derecho y no secundaria, restringida exclusivamente a los casos en que esté autorizada expresamente por el legislador, como en las hipótesis en que el derecho comercial deba aplicarse a la administración pública, en la medida en que en este ordenamiento es admitida la costumbre para precisos efectos probatorios.

No discutimos la procedencia de la costumbre en el derecho privado, pero en materia de asuntos públicos tendría la capacidad suficiente para deteriorar profundamente el Estado de derecho. Incluso la Corte la admite con restricciones: “La costumbre sólo es fuente de derecho en Colombia a falta de norma legal expresa sobre el asunto; nunca [...] puede aceptarse que una costumbre contraria a expresa norma legal prime sobre esta última. La repetida violación de la ley no la deroga ni la excepciona, y el alegato de la propia ilegalidad no se hace de recibo cuando se le añade la confesión de su práctica inveterada”⁹¹.

en situaciones específicas, caso en el cual debe motivar el acto con razones suficientes para evitar la vulneración de los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima...”.

90 La Corte Constitucional, en sentencia del 5 de mayo de 1994, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, la encontró ajustada a la Carta: interpretó la moral cristiana como la moral común, genérica, que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. En sus relaciones entre la Constitución y la costumbre, la Corte hace énfasis en la plena vigencia del artículo 13, e incluso en su necesidad de admitirla como creadora de norma objetiva. El pueblo puede generar costumbre, a la cual le puede imprimir fuerza vinculante: “De otra parte hay que afirmar con toda claridad que negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo, representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa. Y sería paradójico que la costumbre, permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita por la actual”. Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 5 de mayo de 1994.

91 Corte Constitucional. Sentencia T- 340 de 1 de agosto de 1995.

4.- ANÁLISIS Y CRÍTICA A RECIENTES DISPOSICIONES NORMATIVAS Y ALGUNOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE INCORPORAN REFERENCIAS AL PRECEDENTE EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En las recientes disposiciones normativas y proyectos de reforma constitucional del Código Contencioso Administrativo y de la Justicia se evidencia cierto interés por regular el precedente judicial y el precedente administrativo, lo que exige revisar de manera crítica si se corresponde con los postulados en los que se sustenta conceptual y materialmente, y si es necesario proponer su modificación, e incluso presentar la redacción alternativa de los textos legales que se están tramitando legislativamente.

4.1.- Análisis y crítica en relación con el manejo del precedente en el artículo 114 de la ley 1395 de 2010. El viejo error de la reiteración para la conformación de un precedente.

La pretensión de reconocer el precedente como instrumento para el logro de la coherencia y continuidad en la adopción de decisiones de la administración -en materias tan disímiles como el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales, definición del pago frente a daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, solución de peticiones o expedición de actos administrativos-, puede verse comprometida, desde la perspectiva legal al prescribirse que sólo adquiere la forma de precedente aquella reiteración que se presente en un mínimo de casos análogos, limitando así su alcance sólo a la repetición de ciertos supuestos fácticos, dejando de lado la consolidación de una coherente *ratio decidendi* en determinado tema, independiente del número de veces que se hubiere invocado por la jurisprudencia. Se desconoce con estas actitudes del legislador el carácter sustancial del precedente, tal como se ha expuesto en las páginas anteriores y no su procedencia formal.

Esta profunda imprecisión en la concepción del precedente se evidencia en la redacción del artículo 114 de la ley 1395 de 2010 cuando establece que las entidades públicas de cualquier orden *“... tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contencioso administrativa, por los mismo hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos”* cae en el error de acudir a la idea de línea o reiteración jurisprudencia, que puede desencadenar efectos perversos, ya que como la doctrina lo sostiene si *“siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de “errática” o “no consolidada”, con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica”*⁹².

No puede confundir la norma el precedente con la costumbre y la práctica judicial. El precedente como razón de ser de la decisión en relación con los hechos y circunstancias del litigio, esto es, como instrumento de control de la aplicación de las normas, no tiene que encontrar su justificación en la repetición o reiteración para operar, para ser mejor en lo propuesto en relación con la solución del caso respectivo⁹³, sino que encuentra su validez en la consolidación que ofrezca la *ratio decidendi* respecto a una construcción jurídica que merece proyectarse en el tiempo para permitir la plena efectividad de los principios de seguridad jurídica (confianza legítima) e igualdad ante la ley.

92 DÍEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., p.137.

93 *Ibíd.*, p.92 -93. *“... es común que la doctrina y la jurisprudencia...entiendan que los precedentes han de ser reiterados, teniendo en coman con la costumbre “el hecho de que procedan de la reiteración de comportamientos con un mismo contenido “... Este hecho puede interpretarse como una reminiscencia de la analogía creada entre precedente y costumbre, pues lo cierto es que mientras la reiteración es un rasgo inherente a la idea de costumbre, no lo es en el caso del precedente... Las razones por las que en un sistema jurídico puede exigirse la reiteración de un precedente podrán responder a la inercia, a la confusión con la costumbre, o bien a alguna razón de orden práctico, como, por ejemplo, facilitar la identificación de la verdadera ratio decidendi, de la regla central de un precedente. En cualquier caso, la reiteración será un dato fáctico a tener en cuenta con fuerza persuasiva, pero no condicho sine qua non para que el precedente pueda desplegar sus efectos, tal y como sucede con la costumbre”*.

4.1.1. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del texto legal (que debe tenerse en cuenta también en las reformas que operen y afecten la ley 1395 de 2010) en los siguientes términos:

“Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa hubieren proferido”.

4.2.- Análisis y crítica en relación con el artículo 10 del proyecto de código contencioso administrativo que actualmente cursa en el congreso nacional. Una crítica y una propuesta que merecen ser oídas por el gobierno y los legisladores.

El análisis y discusión acerca de la naturaleza e importancia del precedente administrativo como instrumento unificador y articulador, no ha sido ajeno a la actividad desarrollada por el legislador colombiano, en atención a la relevancia que este tema reviste respecto de la fundamentación coherente y garantista que ha de caracterizar a las decisiones adoptadas por la administración y adicionalmente como presupuesto básico, tanto de su correcto y continuo funcionamiento, como de la garantía y protección de los derechos de los administrados; cuestión que se ha visto reflejada en iniciativas tales como el proyecto de reforma del Código Contencioso Administrativo, teniendo cabida en lo consagrado en el artículo 10 donde se señala que al *“resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares. Igualmente, estarán obligadas a decidir de conformidad, con las sentencias de unificación del Consejo de Estado, la jurisprudencia reiterada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia constitucional en materia de Derechos Humanos”*⁹⁴. No obstante lo anterior, y a renglón seguido, el proyecto agrega como inciso final del citado artículo 10 que *“sin perjuicio de lo anterior, las autoridades no podrán exigir la aplicación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares en virtud de un concepto jurídico emitido por estas mismas”*.

El proyecto así visto padece de serias fallas de orden jurídico que pueden dar lugar a que los efectos esperados con su incorporación al proyecto no se cumplan cabalmente, en cuanto confuso e impreciso. La idea que se desprende de la disposición, indudablemente no es otra, que la de hacer mucho más ágil y seguro el funcionamiento del aparato estatal administrativo a través de la garantía del principio constitucional de igualdad, para lo cual, se quiere evitar a toda costa la improvisación en la motivación de las decisiones administrativas, sin embargo, el proyecto no cumple con este objetivo y por el contrario, puede llegar a constituirse, de prosperar el artículo como fue propuesto, en fuente inagotable de inseguridad jurídica e improvisación por la administración al momento de proferir las decisiones que le correspondan.

Al parecer lo que quisieron incorporar en el proyecto fue la figura del precedente, pero de las expresiones contenidas en la disposición, este propósito puede verse frustrado, si se analizan con detenimiento y profundización, en cada una de las ideas motoras del mismo, que si se visualizan en escenarios dinámicos, sustancialmente pueden ir más allá, de lo que la jurisprudencia ha delineado en relación con el concepto de precedente administrativo y de su núcleo central la *ratio decidendi*.

Definitivamente al indicar el proyecto en el artículo citado, que para los efectos previstos las autoridades *“... aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares...”*, puede estar, estableciendo un despropósito jurídico en cuanto está incorporando la costumbre, o si se quiere, la simple práctica administrativa como fuente del sistema del derecho positivo aplicable a la administración pública, con claro desconocimiento del principio de legalidad, en la medida en que la simple reiteración de una conducta, como lo ha sostenido nuestra Corte Constitucional, por si sola no puede ser fuente de nada en este ámbito del derecho positivo.

Se trata de una afirmación regresiva, y por lo demás de una visión desfigurada y confusa, en relación con los progresos de la jurisprudencia constitucional en torno a la figura del precedente, de la seguridad jurídica y del principio de igualdad que debe dominar en toda relación entre la administración y los asociados. Lo

⁹⁴ En el proyecto inicial (artículo 9) se propuso que cuando se trate del precedente que debe ser aplicable por la jurisdicción contencioso administrativa, el proyecto establece que para *“garantizar el respeto a las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia reiterada o de unificación, se propone como mecanismo el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en un fallo de unificación jurisprudencial en el que se haya reconocido una situación jurídica siempre que, en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado”*.

importante y trascendente bajo las estructuras del Estado social de derecho, no es tanto, que una visión o concepción de la legalidad hubiere sido reiterada por la administración — costumbre o práctica— sino que ésta sea el producto de una sólida y coherente visión y adecuación al orden jurídico y constitucional. así no se hubiere reiterado o no hubieren sido muchos los casos en que se hubiere aplicado. Pero adicionalmente que ésta sólida argumentación hubiere surgido de la confrontación de los hechos de un caso concreto con el derecho y no de una simple generalización de apreciaciones y conceptualización jurídica en el tiempo como lo pretende el proyecto.

Se agrega en la norma criticada, que Igualmente, estarán obligadas las autoridades administrativas a decidir de conformidad, “... con las sentencias de unificación del Consejo de Estado. la jurisprudencia reiterada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la jurisprudencia constitucional en materia de Derechos Humanos...” aquí el error también es de magnitud, en cuanto parte el proyecto, en primer lugar de insistir en el tema de la reiteración como referente objetivo para la determinación de la jurisprudencia como norma vinculante en las decisiones administrativas, lo cual consideramos un despropósito formalista, y en segundo lugar, de un profundo desconocimiento de la estructura propia de toda providencia judicial o administrativa, que conforme lo ha reconocido y adoptado la doctrina y la jurisprudencia, tanto constitucional como administrativa, ampliamente expuesta en los numerales anteriores, implica un todo complejo integrado materialmente de *ratio decidendi* pero también de *obiter dicta*, en donde el primero es claramente el componente vinculante en cuanto concentra el debate fáctico - jurídico del caso, y el segundo un simple complemento especulativo de raíces no fácticas.

De aquí se concluye que lo imperativo para la administración, en la estructuración de toda decisión creadora de situaciones jurídicas subjetivas, no es en su integridad la providencia judicial o la sentencia en sí misma, sino simplemente si *ratio decidendi*, esto es lo que verdaderamente configura un antecedente vinculante de la misma o precedente propiamente dicho.

Es preciso concluir que lejos de brindar mayor claridad acerca del papel que juega el precedente administrativo dentro del ordenamiento jurídico, y en especial en lo concerniente a la práctica del derecho administrativo, el proyecto incorpora un concepto confuso y ambivalente respecto a su aplicación e interpretación, elevando a fuente la jurisprudencia reiterada y no propiamente la idea vinculante de *ratio decidendi* articulada dentro del concepto de precedente.

Pero lo que resulta aún más criticable es que insiste el proyecto en el tema de la reiteración mediada por la uniformidad para la configuración de la imperatividad de un antecedente jurisprudencial. La aplicación uniforme del ordenamiento jurídico, por sí sólo, no puede llevar a distorsionar la idea de precedente. Lo lógico es que la norma simplemente se remita al precedente como entidad definida y con contenido propio de conformidad con los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y no a una simple unificación o reiteración jurisprudencial como fundamento de las decisiones de la administración, que lo único que intentan incorporar en el ordenamiento jurídico no son otra cosa que la costumbre y la práctica administrativa que tan lejanas están del marco conceptual objetivo y cierto de lo que venimos entendiendo por precedente administrativo.

Se reitera, el precedente tiene como virtud la consolidación de las construcciones jurídicas que ofrece la *ratio decidendi* en la resolución de caso a caso, de manera que el alcance de la teoría del precedente no se agota en relación con las decisiones simplemente judiciales, sino que puede comprender de similar manera y bajo la misma preceptiva justificante, la actividad propiamente de las autoridades administrativas y, lo esbozado por ellas en relación con el principio de legalidad, para darle así continuidad a los motivos y fundamentos en los que las autoridades apoyan sus decisiones administrativas, lo que significa que estas tienen en sus manos la responsabilidad, y el deber funcional constitucional, de garantizar los principios de legalidad, igualdad, buena fe, debido proceso en aras de la consolidación de la seguridad jurídica.

Lo anterior exige que se revise, con base en similares argumentos, lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 respecto a la doctrina probable, ya que induce no a la aplicación del precedente administrativo, sino a la operatividad de la denominada “práctica administrativa”, que por mecánica y automática no reviste la entidad de precedente, lo que no implica desestimarla puesto que puede servir como instrumento probatorio y de legitimación de la confianza de los administrados. Debe, por tanto, la doctrina decantar la discusión del análisis o bien por la defensa de un solo acto como constitutivo de precedente, o la exigencia de reiteración como prueba no del precedente sino como criterio de actuación para la administración.

4.2.1. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del artículo 10 del proyecto de Código Contencioso (se propone suprimir el inciso 2º), en los siguientes términos:

“Artículo 10. Deber de aplicación del precedente administrativo y judicial. Al resolver los asuntos de su competencia las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a casos similares conforme a los precedentes administrativos existentes. Igualmente, estarán obligadas a decidir de conformidad, con los precedentes judiciales pertinentes”.

4.2.2. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

“Artículo 24. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Los precedentes administrativos son vinculantes en toda decisión posterior en donde se resuelvan situaciones Tácticas similares”.

4.3.- Análisis y crítica en relación con la propuesta gubernamental de reforma al artículo 209 constitucional que aborda el concepto de doctrina administrativa y desconoce la construcción jurisprudencial del precedente administrativo. Una crítica y una propuesta que merecen ser oídas por el gobierno y los legisladores.

La propuesta del gobierno de reforma del artículo 209 constitucional desconoce la amplia construcción jurisprudencial que existe en materia de precedente judicial, y la que viene emergiendo acerca del precedente administrativo, al establecer que las *“autoridades administrativas están sometidas a la Constitución, al ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia y a su propia doctrina. La ley definirá los casos en que la propia doctrina tendrá fuerza vinculante. Los cambios doctrinales no podrán tener efecto retroactivo”*. Los defectos de la propuesta de reforma constitucional radican en dos aspectos fundamentalmente:

El primero, la incorporación de la jurisprudencia como fuente directa para la construcción de las decisiones administrativas, haciendo vinculante la totalidad de sus elementos estructurantes — *ratio decidendi* y *el obiter dicta* - de manera indiscriminada, generando inseguridad en la medida en que las razones imperativas derivadas de la solución del conflicto y de los hechos controvertidos directamente en el fallo esto es la *ratio decidendi*, que como hemos estudiado configura por las múltiples y profundas razones expuestas el elemento realmente cierto y vinculante de la providencia, aparece diluido ante la falta de técnica utilizada en la referencia a la jurisprudencia como fuente directa para las decisiones administrativas, pudiendo generar esta situación un efecto no deseado y nocivo para las decisiones administrativas, el de que la administración termine motivando y decidiendo, no por las razones objetivas de las *ratios decidendi* previas, esto es, realmente por sus precedentes administrativos, sino, por las marginales y muchas veces impertinentes razones de adorno incorporadas en los *obiter dicta* que se acompañan tradicionalmente en nuestras providencias judiciales y administrativas, es decir, especulando y no fallando sobre la base de la igualdad y la seguridad jurídica que es realmente lo que se espera de la administración pública según los designios del Estado social y democrático de derecho.

Agregaría a este marco de críticas, que las observaciones efectuadas en relación con el numeral anterior, esto es, en cuanto se refiere al tratamiento de la jurisprudencia en el proyecto de código contencioso administrativo. Planteamientos que tienen plena aplicación para efectos del presente análisis, en cuanto en la realidad de las cosas el efecto perseguido en el proyecto de reforma constitucional no es otro que el de hacer imperativo para la administración los trabajos jurisprudenciales y no propiamente los precedentes judiciales y administrativos.

El segundo la elevación a rango constitucional de la fuente doctrinal, esta vez no como creación e ideación jurídica de los tratadistas y estudiosos de los temas y problemas jurídicos, sino, como el resultado de las elaboraciones de la misma administración, con el agravante de que se imprime fuerza vinculante a los mismos, generando un caldo impredecible e inadmisibles de confusión entre doctrina y precedente, cuando a esta altura de nuestra cultura jurídica se han decantado suficientemente ambas figuras.

Es más, se acude a este tipo de redacción, cuando los trabajos jurisprudenciales y precisamente los realmente doctrinales, le han dado cuerpo y naturaleza jurídica propia a cada una de ellas permitiéndonos identificarlas y ubicarlas perfectamente dentro de la secuencia de nuestro derecho positivo. En definitiva lo único que tendría que agregar aquí, es que realmente doctrina no es precedente y que la administración en sus decisiones no genera doctrina sino precisamente precedentes - *ratio decidendi* - o eventualmente especulación *obiter dicta*, pero nada más.

Con esta norma se estaría confundiendo la doctrina como precedente, porque como lo ha resaltado la sentencia C — 037 de 2000: *“Prima facie, excluye que la norma se refiera a los conceptos vertidos por los tratadistas en sus estudios o publicaciones, pues nuestra tradición jurídica colombiana no ha considerado a la doctrina así entendida*

como fuente formal del derecho, aunque si como fuente material. En este sentido es considerada como factor o elemento que puede llegar a determinar el contenido de las normas, mas no como expresión de preceptos vinculantes propiamente dichos”⁹⁵, poniéndose en riesgo la seguridad jurídica de los asociados.

Debe, por tanto, reiterarse, que si se quiere elevar a norma constitucional el precedente administrativo, se precisa que se delimite su concepto y alcance, recurriendo a la decantación que la jurisprudencia constitucional ha efectuado al respecto ya que lo que se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo es que a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas, específicamente, la *ratio decidendi* de las providencias administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad⁹⁶.

Se requiere advertir que la definición legal de los casos en los que la doctrina revista carácter vinculante, afecta la construcción dogmática de las fuentes del derecho de manera que solapada en dicha doctrina la jurisprudencia adquiere la connotación de fuente formal, lo que puede ocurrir con la doctrina legal, que hasta la fecha se consideran fuentes materiales, y cuyo carácter vinculante no puede llevar a crear un nivel normativo adicional, al que se le daría capacidad reglamentaria de las normas, consolidando el papel de colegislador del juez o autoridad administrativa, generando como resultado el riesgo en el que queda comprometido el principio de igualdad en sus nuevas concepciones (encaminadas al reconocimiento de la diferenciación), a la afectación de la justicia material y, a la deformación de la seguridad jurídica.

4.4.1. Conforme a los argumentos anteriores, se precisa proponer la modificación en la redacción del inciso 3° del artículo 9 de la Reforma de Justicia que modifica el artículo 209 de la Constitución, en los siguientes términos:

“Artículo 9. El artículo 209 de la Constitución Política quedará así: Las autoridades administrativas están sometidas a la Constitución, la Ley y a los precedentes administrativos y judiciales”.

5.- CONCLUSIONES: RESPUESTAS A LOS INTERROGANTES FORMULADOS EN EL PROBLEMA JURÍDICO

(i) **¿Cuál sería un concepto adecuado de precedente administrativo dentro de nuestro derecho positivo?**

Se entiende el precedente administrativo, la decisión administrativa que fija de manera consistente y vinculante a partir de una solución jurídica a una situación fáctica específica-, el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, - *ratio decidendi* - no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la exposición de sólidos y razonables argumentos jurídicos que hacen vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad, legalidad, seguridad jurídica y el debido proceso.

Dentro dicha definición debe reiterarse, críticamente, que no puede operar como criterio determinante de la definición del precedente administrativo la concurrencia de un mínimo de decisiones coincidentes, ya que puede ocurrir que la doctrina probable, o precedente administrativo, no tenga ocurrencia en períodos

95 Corte Constitucional. Sentencia C — 037 de 26 de enero de 2000.

96 DIEZ SASTRE, Silvia. *El Precedente Administrativo Fundamentos y Eficacia Vinculante*, Ob., cit., pp.62 — 63. “... los precedentes se emplean como parte de la justificación jurídica que se realiza en el razonamiento argumentativo necesario en la aplicación del Derecho”.

consecutivos, esto es, que no es un elemento esencial para la construcción de un concepto válido entre nosotros, de precedente administrativo el que el mismo hubiere sido reiterado para efectos de garantizar su carácter vinculante y su debida aplicación por las autoridades administrativas en sus decisiones. Una decisión contentiva de una sólida *ratio decidendi* es suficiente para determinar y abrir un camino de aplicación de una solución jurídica para los múltiples casos futuros.

(ii) ¿Constituye en la realidad de las cosas jurídicas, el precedente administrativo, un elemento fundante del sistema jurídico del derecho positivo?, o por el contrario, ¿Constituye el precedente administrativo un simple instrumento coadyuvante en la consolidación de los elementos básicos del sistema jurídico del derecho positivo como lo son la Constitución Política, la Ley y el Acto Administrativo?

Si se acoge la jurisprudencia constitucional en materia de precedente judicial o jurisprudencial, y se traslada al debate del precedente administrativo, cabe afirmar que este sólo será elemento fundante del sistema jurídico si se entiende que tiene como propósito y objetivo fundamental de la consolidación de los principios de seguridad jurídica, buena fe e igualdad ante la ley de todos los asociados, de manera que el precedente forme parte de un todo sistémico donde la Constitución, las leyes y su aplicación por esta técnica ratifiquen el respeto y prevalencia de los principios mencionados. De aquí que sostengamos en la construcción del concepto su carácter de vinculante en nuestro derecho.

Luego, el precedente administrativo tiende a acogerse como elemento en el que pueda fundarse el sistema jurídico, entendido como instrumento material y sustancial del Estado de Derecho, de manera que opere, a su vez, como una suerte de control de la discrecionalidad administrativa, reforzando las garantías de los asociados y, permitiendo el desdoblamiento de la tutela efectiva de los derechos en el marco del ejercicio de las actividades administrativas.

El concepto de precedente administrativo propuesto se enmarca dentro de los senderos de las plenas garantías institucionales a los asociados, configurando una clara hipótesis de imperativo para todo tipo de operador en sus relaciones con las personas dentro de los marcos del Estado social y democrático de derecho.

(iii) ¿Cual debe ser la relación entre el concepto de precedente administrativo con los principios generales del derecho y en especial con principios como los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica y buena fe?

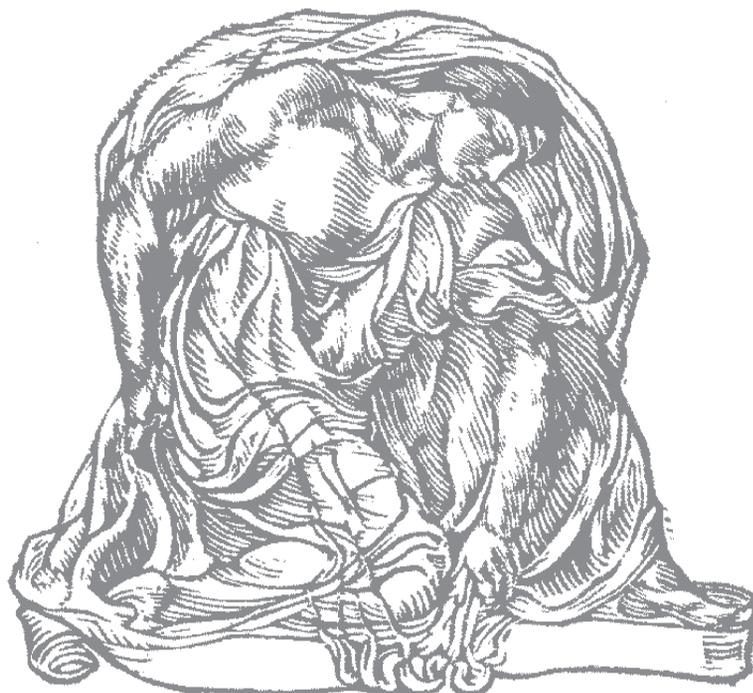
Se busca con la elaboración de un concepto de precedente administrativo que, a través de decisiones administrativas sujetas a la legalidad, pero también, respetuosas de los principios constitucionales de igualdad y buena fe, se ofrezca plena seguridad jurídica a los asociados, para lo cual inevitablemente se le debe reconocer fuerza vinculante a las decisiones administrativas que fijen de manera consistente el alcance y aplicación de las normas, principios y valores a las que se encuentra sujeta la administración en relación con un evento determinado, de manera tal, que un caso o asunto administrativo a ser resuelto por la autoridad administrativa correspondiente, y que coincida en sus razones fácticas con otro ya resuelto por el mismo reparto o dependencia administrativa, le sea aplicada la misma concepción jurídica y solución en derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas de la administración, sino, por el contrario, por la reiteración de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad.

Se exige, por tanto, que las decisiones administrativas respondan con certeza y concreción a la necesaria coherencia a la que debe corresponderse, de manera que la uniformidad de criterios permita consolidar una protección adecuada a los fines estatales, y se revierta la tendencia hacia la creación de beneficios y de situaciones jurídicas que pronto se ofrecen contradictorias unas a otras. Lo anterior, además, puede representar la afectación patrimonial de la administración pública, y la pérdida de eficiencia y de eficacia a la que debe obedecer la actividad administrativa (y que es reconocida constitucionalmente en nuestro artículo 209 CP). Todo lo cual se sostiene, sin desconocer el principio de legalidad material característico de toda organización sujeta a los marcos del Estado social y democrático de derecho.

En ningún caso, la aplicación del precedente administrativo puede socavar la primacía del principio de legalidad por razón del favorecimiento de actividades, o prácticas que autorizadas, permitidas o no sancionadas se constituyan en regla amparada por la decisión administrativa (precedente ilegal), sino que, por el contrario, el precedente administrativo debe convertirse en la reafirmación y consolidación de dicho principio, y en límite adicional al ejercicio discrecional de las decisiones que adoptan las autoridades administrativas.

Salvo que haya cambios históricos, sociales, culturales, o sea indispensable por razones de interés público, la aplicación del precedente administrativo debe permitir que opere un verdadero criterio de justicia en las decisiones administrativas, de manera que haya igualdad de trato y de consideración, e incluso que se puedan consolidar eventos de discriminación positiva que exigen que dicha igualdad se representen en condiciones excepcionales que son aplicables en atención a criterios subjetivos, colectivos o culturales especiales y específicos.

Finalmente, de dotarse de carácter vinculante al precedente administrativo se lograría la seguridad jurídica, creando estabilidad y ponderación adecuada de los intereses que estén en juego, de manera que se permita darle sentido al Estado Social de Derecho y, permitiendo que se acreciente la confianza de los asociados en sus autoridades administrativas, lo que tiene como principal, y máspreciado, resultado permitir que el ordenamiento jurídico se respete y madure de manera sinérgica con las propias aspiraciones, demandas y necesidades de la sociedad, y la coherencia de las decisiones administrativas.



JURISPRUDENCIA COMENTADA

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 799 de
12 de octubre de 2010

DELPIAZZO ANTÓN, José Miguel

*Ámbito de aplicación personal de la responsabilidad solidaria de
los representantes establecida en el art. 21 del Código Tributario
y carga de la prueba.*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N° 799 DE 12 DE OCTUBRE DE 2010

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "L.V., M.C contra Ministerio de Economía y Finanzas. Acción de nulidad" (Ficha N° 660/07).

CONSIDERANDO:

I) Que en la especie, conforme a lo establecido en la normativa vigente (Ley N° 15.869), se han satisfecho debidamente los presupuestos esenciales para el accionamiento en sede de nulidad.

II) El acto administrativo resistido en autos -una vez dictada la Sentencia interlocutoria N° 375 de 14 de agosto de 2008 (fs. 56/57vto.)-, resultó ser la Resolución N° 980/2006 de fecha 26 de agosto de 2006, dictada por el Director General de Rentas (Dirección General Impositiva), por la que declaró a M.C. L.V. solidariamente responsable de las obligaciones tributarias determinadas respecto de la contribuyente E. S.A. en el numeral 1° de la Resolución N° 048/2005 de 20 de enero de 2005, y personalmente responsable de las sanciones por Mora y Contravención tipificadas en los numerales 2° y 3° de ese mismo acto (AA, fs. 425/425vto.).

II.1.- Dicha volición fue útilmente recurrida por M.C. L.V., mediante la interposición de los recursos de Revocación y Jerárquico en subsidio (AA, fs. 463/466vto.).

ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS REPRESENTANTES ESTABLECIDA EN EL ART. 21 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO Y CARGA DE LA PRUEBA.

JOSÉ MIGUEL DELPIAZZO ANTÓN

I. INTRODUCCIÓN

El art. 21 del Código Tributario Uruguayo (CTU), relativo a la solidaridad de los representantes, ha dado lugar a múltiples controversias entre la Administración y los administrados y es por lo tanto una norma tributaria sobre cuya aplicación se pronuncia con más asiduidad el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA).

A su vez, a la complejidad que significa determinar su ámbito de aplicación, debe adicionársele la existencia de otros elementos propios del Derecho Tributario que, al ser una norma integrante de esta rama autónoma del Derecho, no pueden desconocerse. Así, a modo de ejemplo, la importancia del principio de primacía de la realidad, la indeterminación de algunos conceptos jurídicos utilizados (como ser el de "debida diligencia"), la complejidad y falta de coordinación del legislador al redactar normas en materia impositiva que discrepan en ciertos fundamentos con los que adopta el CTU (tal como sucede con el Impuesto a la Renta de Actividad

II.2.- Por Resolución N° 197/2007, de fecha 15 de febrero de 2007, el Director General de Rentas dispuso mantener el acto administrativo impugnado (AA, fs. 499/499vto.); y, por Resolución de fecha 11 de mayo de 2007, el Ministro de Economía y Finanzas (en ejercicio de atribuciones delegadas), confirmó la Resolución N° 980/2006 de 26 de agosto de 2006 emitida por el Director General de Rentas (AA, fs. 507/507vto.).

II.3.- Luego, la demanda anulatoria de infolios fue deducida en tiempo y forma, el día 13 de setiembre de 2007 (fs. 11).

III) Los agravios movilizadas por la parte actora en el libelo introductorio, sustancialmente, aluden a su desvinculación de la contribuyente E. S.A. con anterioridad a la generación de las obligaciones cuya responsabilidad solidaria y personal se le imputa.

IV) Tras el análisis detenido del subcausa, el Tribunal, por el voto unánime de sus Ministros integrantes, de consuno con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y, observando su jurisprudencia constante respecto de casos jurídicamente similares, habrá de recibir la pretensión anulatoria actuada en este proceso.

IV.1.- En efecto, esencialmente, las responsabilidades atribuidas a la accionante por los adeudos tributarios determinados para la contribuyente E. S.A. fincan en lo establecido por los arts. 21 y 102 del Código Tributario y, art. 59 del Texto Ordenado 1996 (redacción anterior a la Ley N° 18.083).

De allí que, este Tribunal haya sostenido oportunamente (Sent. 341/09), que la calidad de Representante o, en su caso de Director de la sociedad contribuyente determinada, se constituye en un requisito indispensable tanto para la aplicación del art. 21 del Código Tributario, cuanto de lo establecido por el art. 59 del T.O. 1966.

Económica a raíz de la ley de reforma tributaria N° 18.083 de 27 de diciembre de 2006), son solo algunos de los elementos que generan mayores complicaciones a la hora de aplicar la norma.

En efecto, la aplicación de este artículo por parte de la Administración, ha suscitado múltiples problemas de interpretación y ha sido objeto de numerosas impugnaciones por parte de quienes se han visto perjudicados en su aplicación. Esta situación ha dado lugar a jurisprudencia variada a lo largo de los años pero que, a raíz de los últimos pronunciamientos del TCA, se puede vislumbrar la existencia de una interpretación más ajustada al texto legal y a su espíritu, contemplando de manera correcta su ámbito de aplicación.

Es justamente el caso de la sentencia N° 799/2010 de fecha 12 de octubre de 2010. En ella, se nota que el TCA ha comenzado a considerar correctamente los elementos que exige el art. 21 y conjugarlos con los diversos institutos propios del Derecho Tributario, brindando mayor certidumbre respecto de su aplicación. Sin perjuicio de ello, hay algunos elementos que merecen mayor detenimiento a la hora de interpretar el alcance de la responsabilidad de los representantes para lograr entender hacia dónde va la jurisprudencia.

II. ALCANCE Y FIN DEL ARTICULO 21 DEL CTU

El Código Tributario Uruguayo consagra la responsabilidad solidaria de los representantes. En su art. 21, bajo el acápite de "Solidaridad de los representantes", establece que "Los representantes legales y voluntarios que no procedan con la debida diligencia en sus funciones, serán solidariamente responsables de las obligaciones tributarias que correspondan a sus representados. Esta responsabilidad se limita al valor de los bienes que administren o dispongan, salvo que hubieren actuado con dolo".

A mí entender, el fin que el legislador persigue con esta norma es básicamente el de tutelar el crédito fiscal. Resulta claro que la alternativa de reclamar indistintamente al contribuyente y al responsable solidario colabora para mitigar los riesgos generados por contribuyentes insolventes. De esta manera, la tarea

Por lo tanto, en el *casus*, a fin de arribar a una correcta dilucidación de la litis, se impone determinar si, efectivamente, M.C. L.V., en el período en que se generaron las obligaciones tributarias determinadas a la contribuyente E. S.A.: **Julio de 1999 a junio de 2001** (AA, fs. 190/192), revestía la condición de Representante (art. 21 C.T.) o Director (art. 59 T.O. 1966) de la anterior.

IV.2.- Debe reconocerse que, a estar a las fotocopias autenticadas del legajo del Registro Único de Contribuyentes de la empresa E. S.A. (AA, fs. 246 y ss.), más precisamente a fs. 256vto., M.C. L.V. y A.P.L. aparecen firmando el Formulario N° 5/502 en representación de dicha sociedad anónima; formulario acompañado por un certificado notarial expedido el **25 de mayo de 1990**, donde se consignaba que esas dos personas integraban el Directorio de la citada empresa (AA, fs. 257/257vto.).

También, que por así disponerlo el art. 70 del Código Tributario, los contribuyentes y responsables están obligados a inscribirse en los registros pertinentes a los que aportarán los datos necesarios y a comunicar oportunamente sus modificaciones (lit. B); así como a comunicar cualquier cambio en su situación que pueda dar lugar a la alteración de su responsabilidad tributaria (lit. F).

IV.3.- No obstante, afirma la actora que tal como se desprende de diversas actas de Directorio y de Asamblea de Accionistas de E. S.A. agregadas a las actuaciones administrativas en fotocopia autenticada (AA, fs. 362/381), a la fecha en la que las obligaciones cuya responsabilidad se le imputa se tornaron exigibles, ya no integraba el Directorio en calidad de vocal, de la mencionada sociedad. Circunstancia, que reconoce nunca fue comunicada a la Dirección General Impositiva por E. S.A.

Por su parte, la Administración accionada desconoce tal desvinculación en tanto la misma no fue comunicada en debida forma, sosteniendo, además, que la documentación relativa a esa desvinculación carece de fecha cierta que garantice que tal circunstancia acaeció efectivamente (art. 1587 C.C.).

recaudatoria se torna más eficiente y efectiva, elevándose las posibilidades de lograr la íntegra satisfacción del crédito¹. Además, con este tipo de normas, se promueve el desempeño diligente de quienes ocupan el cargo de representantes. Así, “si en el ejercicio de sus funciones, el responsable es consciente que su actuar puede comprometer su patrimonio personal, habrá de ser más cauteloso en la toma de decisiones, elevando significativamente el nivel de diligencia en el desarrollo diario de sus tareas”².

El problema radica cuando la Administración, invocando el fin mencionado, abusa de la herramienta consagrada en el art. 21 y considera representantes a individuos que realmente no ostentan dicha condición, a veces incluso sin probar fehaciente la configuración de los elementos integrantes del hecho generado. Esta situación es aún más agravante si, al interpretar la norma, el aplicador o intérprete no considera correctamente el alcance de cada uno de dichos elementos, los cuales el legislador previó justamente para evitar su errónea aplicación.

En virtud de lo mencionado y teniendo en cuenta la finalidad de la norma, resulta esencial determinar con exactitud el alcance del hecho generador establecido en el art. 21 del CTU y conocer cómo interpreta el TCA cada uno de sus elementos a la hora de aplicar la norma al caso concreto.

1 En este sentido: Achielle Donato GIANINNI – “Instituciones de Derecho Tributario”, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1957, pág. 124; José Juan FERREIRO LAPATZA – “Curso de Derecho Financiero Español”, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid 1993, pág. 386; Ramón VALDÉS COSTA – “Curso de Derecho Tributario” Segunda Edición, Depalma – Temis – Marcial Pons, Buenos Aires – Santa Fe de Bogotá – Madrid, 1996, pág. 336; Carlos GIULIANI FONROUGE – “Derecho Financiero”, Depalma, Buenos Aires 1965, pág. 376 y VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de Lima de 1977 (Considerando N° 4).

2 Andrés HESSDÖRFER ROZEN – “Particularidades de la aplicación del régimen de responsabilidad tributaria de representantes a directores de sociedades comerciales” en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año IX (2010), N° 17, pág.42.

IV.4.- Expresa con acierto en su dictamen el Procurador del Estado, que más allá de lo precedentemente apuntado, que sin duda atenta contra la certeza de la situación planteada, no debe olvidarse que para que opere la solidaridad pretendida el Representante o Director debe tener una posibilidad efectiva de ejercer sus funciones y una injerencia apropiada en materia tributaria, tal como lo ha sostenido desde la vigencia del Código Tributario la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constante de este Tribunal (v. VALDÉS, VALDÉS y SAYAGUÉS: "Código Tributario comentado y concordado" 5ª ed., nota al art. 21, págs. 281 y ss.).

Por ello, se considera que la mera ausencia de dicha comunicación a la Administración Tributaria del cese en la calidad de representante, no necesariamente implica que éste pueda ser responsabilizado por un período posterior a esa desvinculación, si por otros medios fehacientes puede acreditar que la misma efectivamente tuvo lugar.

Igualmente, se entiende que la falta de comunicación a la Dirección General Impositiva no puede ser imputable a la accionante, en la medida que tal obligación -a estar a los términos del art. 70 del Código Tributario- era de cargo de la empresa (en sus declaraciones de fs. 98/99, quien oficiaba como Presidente del Directorio: O.P.R., reconoce que fue un error de la empresa no haber realizado esa comunicación, atribuyéndoselo al Contador que tenían en ese momento), en tanto una vez que M.C. L.V. dejó de pertenecer a la misma, no mantuvo ningún vínculo jurídico con la Dirección General Impositiva.

IV.5.- Entonces, a poco que se examine con detención el cúmulo probatorio incorporado al proceso y, se le valore de acuerdo a las reglas de la sana crítica -concebidas como las reglas del correcto entendimiento humano, suma de lógica y de experiencia vital, según la impercedera concepción de Eduardo J. Couture, sin cortapisas ni predeterminaciones legales de especie alguna (Cf. BERMÚDEZ, Víctor Hugo: "Los medios de Prueba" en Curso sobre el Código del Proceso Penal, pág. 319)-, necesariamente debe arribarse a la convicción de que, efectivamente, a la fecha de la determinación por el período reclamado, M.C. L.V. no reunía las condicionantes estipuladas por los arts. 21 del Código Tributario y 59 del T.O. 1996 para ser solidariamente

III. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DEL ART. 21

a) Encuadramiento

Conforme viene de mencionarse, del texto del art. 21 del CTU emanan varios elementos fundamentales para conocer su ámbito de aplicación, los cuales deben ser analizados individualmente a fin de determinar con exactitud cuándo debe el representante responder solidariamente por las obligaciones tributarias del contribuyente.

En efecto, a dicha norma cabría desgajarla en distintos ámbitos, a saber: a) ámbito personal; b) ámbito subjetivo; c) ámbito objetivo; d) ámbito cuantitativo; y e) ámbito temporal.

Por ámbito personal hemos de referirnos a los sujetos que se encuentran abarcados por la norma; por ámbito subjetivo a los grados de culpabilidad que la norma exige ("debida diligencia" o "dolo"); por ámbito objetivo a las obligaciones comprendidas (solo comprende deudas por tributos y sus accesorios, no a las sanciones tributarias³); por ámbito cuantitativo de la responsabilidad me refiero al límite hasta el cual debe responder el representante (en caso de culpa "se limita al valor de los bienes que administres o dispongan" y en caso de dolo responden ilimitadamente); y, finalmente, por ámbito temporal se entiende el periodo en que se generan las obligaciones tributarias determinadas al contribuyente.

"Los aspectos que merecen especial atención se relacionan con la participación efectiva de los representantes en los hechos que motivan la responsabilidad de sus representados, la culpa que se les pueda imputar en su eventual participación y la distinción que habitualmente se hace entre responsabilidad por la deuda tributaria

³ Así se ha pronunciado el TCA en diversas oportunidades: Sentencias N° 5 de 4 de febrero de 1987; N° 1048 de 16 de noviembre de 1998; N° 603 de 24 de abril de 1995; entre otras.

responsable del pago de los adeudos tributarios que se le reclaman; en tanto había cesado en el ejercicio del cargo de vocal a partir del año 1990.

Lo anterior se infiere razonablemente de:

a) el Libro de Actas del Directorio y Asambleas obrante a fs. 362 y ss. (AA), de donde surge que con fecha **24 de agosto de 1990** la asamblea de accionistas designó un Directorio únicamente integrado por: Presidente: O.P.R.; Vicepresidente: A.P.L.; Secretaria: E.R.R. (AA, fs. 367). Pudiéndose constatar que, M.C. L.V., de allí en más ya no figuró en ninguno de los cargos de los sucesivos Directorios de la empresa E. S.A., como se desprende de las subsiguientes actas hasta el mes de Junio de 1997 (AA, fs. 368/381).

b) pese a la carencia de fecha cierta de la documentación precedente, la información que ofrece respecto de la desvinculación de la demandante en fecha anterior al período determinado, se complementa con otros elementos probatorias de relevante enjundia, a saber: la información registrada por el Banco de Previsión Social en la documentación “Situación de Contribuyentes y Empresas” en la cual no aparece la accionante como Directora de E. S.A. (AA, fs. 382/385); también, según lo informado por la propia inspección, de los datos obrantes en la Planilla de Trabajo del año 2001, no se extraía que M.C. L.V. integrara el Directorio de la referida empresa (AA, fs. 198/201); y, de la declaración rendida en autos por el Presidente de E. S.A.: O.P.R., pudo conocerse que la actora fue colocada como vocal en dicha sociedad únicamente porque se le necesitaba para formar la misma; que nunca trabajó en esa empresa, ni participó de las reuniones de Directorio en el período 1981 – 1990 que lo integró, y que dejó de ser vocal en el año 1990.

Todavía, en lo que refiere a la imprescindible condición de representante, debe acotarse que, según el art. 8º de los Estatutos Sociales de E. S.A., M.C. L.V., mientras ejerció el cargo de vocal en el Directorio, no podía representar por sí misma a la sociedad, ya que para ello se requería de la participación necesaria de otro Director (AA, fs. 175/177).

y por las infracciones y delitos”⁴. Sin perjuicio de ello, cada uno de estos elementos debe ser necesariamente acreditado por la Administración para poder invocar la solidaridad del representante.

Sin embargo, algo que parece tan elemental, no siempre es considerado por el intérprete, ya sea porque se confunde el alcance de cada uno de ellos o, simplemente, porque no se toma en cuenta el texto legal y su espíritu.

El objeto de esta reseña -sobre la cual versa fundamentalmente la sentencia N° 799/2010 a estudio-, es analizar lo atinente al ámbito de aplicación personal de la responsabilidad, determinando su alcance, su correcta interpretación y la importancia de la prueba para su acreditación. En definitiva, qué se debe entender cuando la norma se refiere a “representantes legales y voluntarios”.

b) Representantes legales y voluntarios

El texto legal dado por el art. 21 del CTU es muy claro, refiriéndose únicamente a “los representantes legales y voluntarios”. Los primeros son aquellos cuya representación es otorgada directamente por la ley, tal como se da en el caso de los titulares de la patria potestad o aquellas circunstancias en que la ley comercial atribuye representación a los factores y dependientes de comercio. En cuanto a la representación voluntaria, es aquella que surge de un acto voluntario como son los contratos, incluyéndose en esta categoría aquellos casos de representación otorgada en los estatutos de sociedades, dado el origen convencional de los mismos, así como mandatos, poderes, u otros.

Si bien esta remisión al texto legal parece ser de sencilla interpretación, ha dado lugar a diversas opiniones acerca de su alcance, básicamente en lo que respecta a los directores, administradores y gerentes de las sociedades y demás entes colectivos.

4 Ramón VALDÉS COSTA – “Curso de Derecho Tributario”, cit., pág. 336

En definitiva, pese a la mentada ausencia de comunicación, una adecuada valoración de todos los elementos de prueba que vienen de señalarse permite extraer que, realmente (art. 6 C.T.), la pretensora había cesado en su calidad de Directora de la empresa contribuyente con anterioridad al período de generación de los adeudos tributarios determinados por la Dirección General Impositiva a E. S.A., imponiéndose la anulación del acto administrativo en causa.

Por los expresados fundamentos, lo establecido por el art. 309 de la Constitución de la República y, lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal, por unanimidad,

FALLA:

Acogiendo la demanda y, por ende, anúlase el acto administrativo impugnado en autos. Sin especiales condenaciones procesales.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$19.000 (pesos uruguayos, diecinueve mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

En efecto, parte de la doctrina⁵ -e incluso la Administración- han incluido a veces a estos sujetos dentro del art. 21, sin considerar si efectivamente ostentaban la calidad de representantes. Sin embargo, a mi criterio y como se verá a continuación, ello resulta desajustado con la norma y desconoce su ámbito de aplicación personal.

En primer lugar, por la simple razón de que, en principio, los directores y administradores no se encuentran abarcados por el ámbito de aplicación personal de la norma. Para que ello suceda, dichos individuos, además de ser directores o administradores, deben ser representantes, ya sea en virtud de lo estipulado en el estatuto o contrato social de la sociedad contribuyente. Sólo en esos casos, podrán ser afectados por esta responsabilidad solidaria del art. 21.

En segundo lugar, más allá del tenor literal del artículo, también cabría optar por esta solución en base a la consideración de sus antecedentes y su contexto. En efecto, el Modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL) junto con la legislación argentina, fueron los antecedentes normativos consultados por nuestro codificador. Ambos códigos hacen una enumeración detallada de los responsables, entre las cuales se incluye “a los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida” (art. 28, num. 2 del MCTAL).

Sin embargo, el art. 21 del CTU se aparta de dicha solución, refiriéndose únicamente a “representantes legales y voluntarios”. A mi entender, siguiendo con el criterio adoptado por la mayoría de la doctrina como por la jurisprudencia, la solución adoptada por nuestro código de excluir dicha enumeración refleja la inten-

5 Así: Ricardo OLIVERA GARCIA – “Responsabilidad Tributaria de los Directores de Sociedades Anónimas”, en *La Justicia Uruguaya*, 1980, Tomo LXXXI, pág. 353; Addy MAZZ – “Curso de Derecho Financiero y Finanzas”, 3ª edición, FCU, Montevideo 1991, pág. 246.

ción de que únicamente respondan solidariamente aquellos sujetos que tengan atribuida la representación del contribuyente⁶.

En tercer lugar, en función de su contexto normativo, también nuestro Código Tributario parece afiliarse a esta concepción, esto es, de que la solidaridad del art. 21 se refiere pura y exclusivamente a quienes son efectivamente representantes legales y voluntarios. En efecto, cuando el codificador quiso contemplar dentro de una norma, —además de a los representantes—, a los directores, gerentes o administradores, así lo hizo. Por ejemplo, en sede infracciones y sanciones (Capítulo V), el art. 104 enumera “representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios” y el art. 105 habla de “mandatario, representante, administrador o encargado”. Por lo tanto, tampoco habría razón para entender que la referencia a “representantes legales y voluntarios” del art. 21 se deba interpretar con carácter extensivo a otros sujetos.

En cuarto lugar, debe considerarse que previo a la sanción del CTU, los socios y directores de sociedades contribuyentes se encontraban contemplados particularmente en un texto legal propio (art. 357⁷ de la ley N° 14.252 de 22 de agosto de 1974) y que, naturalmente, debe haber sido tenido en cuenta por los codificadores del CTU a la hora de redactar el art. 21. Dicho texto se conserva actualmente para el IRAE por la nueva redacción al art. 95 del Título 4 del Texto Ordenado de 1996, dado por el art. 3 de la LRT.

Por lo tanto, considerando que los directores y socios de entidades contribuyentes se encuentran contemplados expresamente en un texto propio, ello conlleva naturalmente a pensar que el art. 21 se aplica solo a los representantes.

En definitiva, como consecuencia lógica de lo mencionado, tanto de los antecedentes como del contexto del art. 21 del CTU, la mención a “representantes legales y voluntarios” debe interpretarse con carácter exclusivo de quienes ostentan dicha condición. Como consecuencia, si hubiera directores o administradores de un contribuyente que no sean representantes, no estarán comprendidos en la hipótesis prevista en el artículo 21 del CTU por no coincidir con su ámbito de aplicación personal.

c) Principio de prevalencia de la realidad

Una vez sorteada la dificultad que implica interpretar con exactitud el alcance del concepto de “representantes legales y voluntarios” fijado en el art. 21, nos encontramos con otro elemento que dificulta aún más la determinación del ámbito de aplicación personal de la norma. Este es el principio de prevalencia de la realidad y su aplicación obligatoria en nuestro ordenamiento.

En virtud de este principio, establecido en sede de interpretación del hecho generado (art. 6, inc. 2 del CTU⁸), tanto el intérprete como el aplicador del Derecho deberán “prescindir de las formas jurídicas y atender más a la realidad de las situaciones y actos ocurridos, que a la rúbrica jurídica de los mismos”⁹. Por lo tanto, en materia tributaria, cuando el Tribunal o Juez analiza un caso concreto donde la forma jurídica adoptada por los particulares no coincide con la realidad, deberá estar a la realidad de los hechos por encima de la forma jurídica.

Así, se ha dicho que “con respecto a la participación de los representantes en los hechos generadores de la responsabilidad de la empresa no basta la sola calidad legal de representante para poner en juego su responsabilidad”¹⁰.

6 Así: Ramón VALDÉS COSTA, Nelly VALDÉS de BLENGIO y Eduardo SAYAGUES – “Código Tributario de la República Oriental del Uruguay – Comentario y concordado”, 5ª edición, FCU, Montevideo 2002, pág. 283; Rafael NOBOA – “La responsabilidad tributaria de los administradores de empresas en la legislación uruguaya”, en Revista Tributaria N° 20, págs. 785 a 787.

7 Art. 357 de la ley N° 14.252: “Responsabilidad Solidaria.- Los socios de sociedades personales o directores de sociedades contribuyentes, serán solidariamente responsables del pago del impuesto, así como de su sobretasa”.

8 Art. 6, inc. 2: “Las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; éste deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador, fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica”.

9 Así: Sentencias N° 17/1977, 399/1988, 1102/1991, entre otras.

10 Ramón VALDÉS COSTA – “Curso de Derecho Tributario”, cit., pág. 336.

A diferencia de la redacción adoptada por el MCTAL¹¹, el art. 6 inc. 2 de nuestro Código obliga al intérprete a aplicar este principio, estableciendo que éste “deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos”. Por lo tanto, deberá aplicarse sin importar si ello resulta a favor o en contra del contribuyente o la administración. Incluso, puede suceder que quien se esconde en una forma jurídica que no se compadece con la realidad termine beneficiado por la aplicación de este principio. Sin dudas, ello obedece al fundamento de que el art. 6 inc. 2 se trata de un instrumento para la inteligencia de la ley donde siempre se debe atender a la realidad por encima de la forma.

Para el caso que nos concierne (determinar cuándo estamos ante la figura de un representante legal o voluntario y, por ende, corresponde aplicar el art. 21 del CTU), este principio adquiere suma relevancia ya que, no solo basta con acreditar que se es representante “en la forma” sino que se deberá verificar dicha calidad en sustancia, es decir, “en la realidad”.

En este sentido, son totalmente compatibles las consideraciones realizadas en las VIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de Lima de 1977, donde se establece que la responsabilidad a terceros por las deudas de la empresa “debe regularse por vía de ley y en condiciones de razonabilidad que contemplen las distintas hipótesis de hecho que ofrece la realidad contemporánea. A tal efecto la ley debería considerar las distintas formas jurídicas de vinculación y de actuación, distinguiendo entre propietarios, representantes, directores, gerentes y otros administradores y considerando la efectiva participación de esos terceros en la adopción o el cumplimiento de las decisiones de la empresa y el provecho que aquellos puedan haber obtenido a expensas del fisco” (Consideración N° 5).

Por esa razón, se recomendó en dichas Jornadas que “la responsabilidad que las leyes establezcan a cargo de personas vinculadas jurídicamente a la dirección y administración de las empresas... debería imputarse a las personas que en virtud de las funciones que desempeñan tienen facultades de decisión que incidan en la materia tributaria o el deber de controlar la correcta administración de la empresa. En consecuencia no sería suficiente justificativo la mera calidad de representante o director” (Recomendación N° 1, num. A).

En consonancia con esta posición, el TCA ha sostenido invariablemente que para la aplicación del Derecho Tributario hay que estar a la realidad. Es justamente el caso de la sentencia N° 799/2010, donde se entendió que “la calidad de representante o, en su caso de Director de la sociedad contribuyente determinada, se constituye en un requisito indispensable tanto para la aplicación del art. 21 del Código Tributario, cuando de lo establecido por el art. 59 del T.O. 1996”¹². Ello hace que, a fin de determinar si corresponde aplicar la solidaridad del art. 21, debe acreditarse fehacientemente que en el periodo en que se generaron las obligaciones tributarias del contribuyente, éste revestía la condición de representante (art. 21 CTU).

En otro caso de determinación de la solidaridad de un director de una sociedad contribuyente, el Tribunal fue determinante al concluir “que si bien ha quedado demostrado que el actor por disposición estatutaria tenía en su calidad de Director el poder de representar a la sociedad conjuntamente con otro, de ello no puede derivarse la conclusión de que tal representación fue efectivamente ejercida en los hechos. Representar significa actuar en nombre ajeno –en el caso una sociedad anónima– en distintos negocios jurídicos cuyos efectos recaerán directamente en la esfera del representado. En el caso, tal situación no se verificó fácticamente y la Sala estima que asiste razón al actor, cuando señala que la sola calidad de director no alcanza para declarar responsable solidario a quien ostenta dicho cargo. La ley exige (art. 21 del C. Tributario) esa calidad de “representante”, y si bien teóricamente el actor tenía dicha condición, en los hechos nunca la ejerció (extremo que se da por acreditado) por lo que mal puede entonces imputársele omisión o negligencia en su actuación, con respecto al cumplimiento de obligaciones tributarias”¹³.

Por lo tanto, si bien la ley no aclara a qué funciones se refiere el art. 21 del CTU, tanto doctrina como jurisprudencia entienden que se trata de aquellas funciones que tienen relación con el manejo de los tributos. No se concibe, por ejemplo, que un representante en el campo laboral, o un apoderado para actuar en

11 Art. 8 del MCTAM: “Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas, sin remitirse ni apartarse expresamente de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo”.

12 Sentencia N° 799/2010 de 12 de octubre de 2010 y Sentencia N° 341/2009 de 30 de julio de 2009.

13 Sentencia N° 285/2004 de 19 de mayo de 2004.

juicios en caso de los abogados, puedan por aquella sola característica de representar al contribuyente, ser responsabilizados si no tienen injerencia en el área tributaria de la contribuyente.

En la práctica, la obligación que tiene el aplicador del derecho de priorizar la realidad sobre la forma jurídica adoptada, genera una dificultad extra en materia probatoria. Es que, como se verá a continuación, los medios probatorios de los que se pueda hacer valer cada parte para determinar fehacientemente la realidad son sumamente variados.

IV. CARGA DE LA PRUEBA

Previo al análisis de los distintos medios probatorios y la valoración de los mismos por parte del Tribunal, corresponde definir en primera instancia quién tiene la carga de probar los distintos hechos alegados.

En este sentido, de acuerdo a lo que se desprende del art. 21 del CTU, **será la Administración la que deberá acreditar todos los elementos necesarios que exige la norma para determinar la responsabilidad solidaria del representante**. Básicamente, estos elementos son: a) la efectiva condición de representante legal o voluntario del contribuyente; b) la no procedencia con debida diligencia; y c) que dicha negligencia haya sido en cumplimiento de sus funciones como representante¹⁴.

Estos tres elementos o cualidades deben darse en forma conjunta. De lo contrario, en caso de ausentarse uno de ellos –ya sea porque no fue invocado o por falta de prueba- no podrá responsabilizarse solidariamente a un individuo por las obligaciones tributarias del contribuyente.

Acreditados estos tres elementos, la solidaridad del representante será limitada hasta el valor de los bienes que administre o disponga. Pero para el caso en que la Administración pretenda hacer desaparecer este límite y fijar una responsabilidad sin tope, a esos tres elementos debe agregársele un cuarto: el dolo. Al igual que el resto, será de carga de la Administración probar su existencia.

Por lo tanto, la Administración tiene la carga de probar todos los elementos del art. 21. La importancia de ello radica en que, si la Administración ni siquiera prueba la calidad de representante, aunque el interesado no agregue ningún medio de prueba que niegue dicha calidad, tampoco procederá la responsabilidad solidaria ya que la Administración estaría incumpliendo con su carga de probar el hecho generador. Por lo tanto, no bastará con que el eventual representante no pruebe que no es representante, o que su actuar fue diligente, o que actuó fuera del cumplimiento de sus funciones como representante, sino que la Administración debe acreditar fehaciente la existencia de cada uno de ellos. Por ende, un acto que determine la responsabilidad solidaria de un sujeto sin acreditar todos estos elementos será ilegítimo y deberá ser revocado por la propia Administración o, llegado el caso, anulado por el TCA.

En efecto, resulta ilegítimo que la Administración resuelva la solidaridad de la deuda pretendiendo configurar una verdadera inversión en la carga de la prueba, implicando en el hecho de tener por representante a un sujeto y determinar su responsabilidad solidaria por el actuar negligente sin agregar ningún medio probatorio. En otras palabras: no se puede determinar la solidaridad del art. 21 y dejarla en suspenso hasta que el interesado pruebe que no se configura.

En este sentido, de acuerdo a lo enseñado por GUASP, “la carga de la prueba no consiste sino en el riesgo que corre el litigante de que el Juez no se convenza de ciertos datos procesales”, agregando que “cada una de las partes soporta la carga de probar datos de hecho que ha invocado y que constituyen el supuesto de hecho de la norma o las normas que le son favorables”¹⁵.

14 Al respecto, Rafael NOBOA menciona que para responder solidariamente, el representante debe reunir tres cualidades: a) ser representación legal o voluntaria del contribuyente; b) tener facultades de administración o disposición de los bienes de aquél; y c) actuar sin la debida diligencia (“La responsabilidad tributaria de los administradores de empresas en la legislación uruguaya” en Revista Tributaria N° 20, págs. 785 y sigtes). En igual sentido se pronuncia el TCA en Sentencia N° 582 de 9 de agosto de 2010.

15 Enrique TARIGO – “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, FCU, Montevideo 1994, pág. 19.

En lo que respecta al ámbito de aplicación personal de la norma -ámbito del art. 21 que se analiza en esta reseña- la Administración tendrá la carga de probar los dos elementos que lo integran, es decir, deberá probar la calidad de representante legal o voluntario del contribuyente y que el actuar haya sido en cumplimiento de sus funciones como representante (además de la culpa o dolo pero que, como se aclaró, no integran el objeto de esta reseña).

Al respecto, el TCA ha determinado con exactitud que “no basta con la mera vinculación de alguien con el contribuyente para que el primero pueda ser alcanzado por la norma sancionatoria, sino que se requiere que haya actuado en su nombre, por efecto de la ley, el contrato o un estatuto social, extremo que la Administración tiene la carga de probar, lo que no se verificó en el caso. Por lo tanto no es lícito que la DGI haya resuelto la cuestión mediante un mecanismo que configura una verdadera inversión de la carga de la prueba, implicada en el hecho de tener por representante de XXX S.A. a la actora por la única razón de que ésta no agregó la documentación acreditante”¹⁶.

Sin embargo, teniendo en consideración el **papel que tiene el principio de primacía de la realidad** en esta rama del Derecho, cabría hacer una salvedad a lo mencionado. En efecto, la carga de la prueba que tiene el Fisco de acreditar la condición de representante puede invertirse, debiendo ser el accionante quien pruebe que no ostenta dicha calidad.

A mi entender, la Administración Fiscal tiene la carga de probar simplemente la condición de “representante legal o voluntario”, bastando con acreditar la autenticidad de la “forma jurídica”. No cabría exigirle que pruebe la realidad ya que, si tiene documentos capaces de hacerle creer que efectivamente determinada persona es representante -documentos muchas veces proporcionadas incluso por el propio contribuyente-, la Administración no debe por qué dudar de su conducencia y veracidad. Sería irracional pensar que tenga que conseguir más pruebas ante un eventual conflicto entre la documentación que tiene y la realidad.

Sin embargo, como contrapartida de lo mencionado, en caso de que el llamado responsable acredite fehacientemente que la realidad es distinta que la forma documentada, la Administración deberá aceptarla o, en caso de persistir con su posición, controvertirla con otros elementos probatorios. La dificultad estará en acreditar la realidad, para lo cual se puede valer todos los medios probatorios admisibles.

Justamente esto sucede en el caso que nos ocupa y que culminó con la sentencia N° 799/2010. Allí, en el legajo del RUC del contribuyente la accionante aparece firmando en representación de la sociedad. El hecho de no haberse dado cuenta de la baja de la accionante en el RUC como integrante del directorio de la empresa, hace presumir válidamente a la Administración que la accionante es efectivamente representante. Por lo tanto, se invirtió la carga de la prueba en su contra, por lo que debió probar que efectivamente ya no ostentaba dicha calidad.

Obviamente, no tendría por qué ser necesario llegar hasta una instancia ante el TCA para verificar la realidad. En efecto, previo a la determinación de la solidaridad del art. 21, la Administración debería dar vista previa¹⁷ al interesado, pudiéndose en esa etapa aportarse la prueba y evitar el dictado del acto gravoso.

Finalmente, desde el punto de vista procesal y teniendo en cuenta la vigencia del Código de Procedimiento Civil (CPC) para los procesos seguidos ante el TCA, debe estarse a lo que éste diga en materia de prueba. Así, el art. 329 establece que “Las pruebas debe producirlas el actor; pero si el reo afirmase alguna cosa, tiene el mismo deber respecto de ella. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas”.

16 Sentencia N° 582/2010 de 9 de agosto de 2010.

17 Art. 76 del Decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991: “En los procedimientos administrativos seguidos de oficio, con motivo de la aplicación de sanciones o de la imposición de un perjuicio a determinado administrado, no se dictará resolución sin previa vista al interesado por el término de diez días para que pueda presentar sus descargos y las correspondientes probanzas y articular su defensa”.

V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Sin duda, uno de los aportes más novedosos que introduce la sentencia N° 799/2010 bajo análisis, es el relativo a la valoración de la prueba y el análisis pormenorizado de los distintos medios probatorios que tuvo en cuenta¹⁸. De hecho, enumera cada elemento probatorio, indicando su incidencia para determinar con exactitud si la accionante es o no “representante” del contribuyente y si tuvo efectiva injerencia en materia tributaria.

Si bien resulta imposible realizar una enumeración en abstracto de las distintas probanzas que se pueden presentar para acreditar la “realidad” -por la sencilla razón de ello comprende a todos los medios probatorios admitidos- la valoración de su alcance y cómo se llega a determinar la calidad de representante en este caso merece una mención especial. Así, los medios de prueba tenidos en cuenta por el Tribunal -y que sirven como herramienta para considerar su alcance frente a situaciones similares- fueron:

- a) Estatutos Sociales: para determinar si se tiene la capacidad de representación de la contribuyente;
- b) Libro de actas del Directorio y Asamblea: para verificar si la accionante integraba el Directorio en el periodo en que se generaron las obligaciones tributarias;
- c) información registrada en otros organismo públicos tales como la documentación “Situación de Contribuyente y Empresas” registrada en el BPS o “Planillas de Trabajo”;
- d) prueba testimonial tomada al personal integrante o relacionado con la empresa contribuyente, así como cualquier otro testigo que sea capaz de acreditar la realidad de los hechos; y
- e) cualquier otro medio de prueba admisible que se estime conducente.

De acuerdo a lo mencionado por el Tribunal, el cúmulo probatorio, por más variado que sea, debe valorarse de acuerdo a la sana crítica, concebida ésta como las reglas del correcto entendimiento humano, suma de lógica y de experiencia vital, sin cortapisas ni predeterminaciones legales de especie alguna¹⁹.

No hay un criterio abstracto o a priori para probar “la realidad”. En efecto, de acuerdo al criterio adoptado en la sentencia N° 799/2010, aunque del legajo del RUT del contribuyente surja que es representante, si de la realidad surge que ello no es así, no se podrá aplicar la solidaridad del art. 21 por carecer de un elemento indispensable. En efecto, “la falta de comunicación a la DGI, no puede ser imputable al actor, en la medida que tal obligación era de cargo de la empresa, en tanto una vez que aquél dejó de pertenecer a la misma, no mantuvo ningún vínculo jurídico con la DGI, al menos en relación a su condición de representante de la misma”²⁰.

De acuerdo a la posición del Tribunal, “si bien es cierto que el incumplimiento de comunicar el cese de su condición de Director representante (arts. 72 y 73, Título I del T.O. 1996; art. 70, lits. B y F del Código Tributario) no impide inexorablemente acreditar la verdadera ocurrencia de tal hecho, es razonable exigir que la prueba de tal desvinculación o la pérdida de tal calidad, sea plena y fehaciente”²¹. Prácticamente estamos ante una presunción simple en contra de quien incumplió con las obligaciones consagradas en los citados artículos.

Como se mencionó, la consecuencia esencial de ello será que se invierte la carga de la prueba, ya que no será la Administración quien deba acreditar la calidad de representante (de hecho lo hace a través del legajo de RUT del contribuyente) sino que será el propio interesado quien acredite que “en realidad” no ostenta dicha calidad.

18 El otro antecedente que existe es la Sentencia N° 341/2009 de 30 de julio de 2009, la cual valora prácticamente los mismo medios probatorios.

19 Así: Victor Hugo BERMUDEZ – “Los medios de prueba” en “Curso sobre el Código del Proceso Penal”, pág. 319; y Enrique E. TARIGO – “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, FCU, Montevideo 1994, pág. 32.

20 Sentencia N° 341/2009 de 30 de julio de 2009.

21 Sentencia N° 366/2002 de 17 de junio de 2002.

VI. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA N° 799/2010

En virtud de los extremos mencionados anteriormente, corresponde realizar la siguiente evaluación crítica de la sentencia N° 799 de 12 de octubre de 2010:

- 1.- En cuanto al alcance del concepto de “responsable legal y voluntario” del art. 21 del CTU, el Tribunal recoge la posición de que únicamente responden solidariamente aquellos sujetos que tengan atribuida la representación del contribuyente. Dicha posición es la recibida constantemente por el TCA en anteriores situaciones similares.
- 2.- El Tribunal considera y valora correctamente el principio de primacía de la realidad, atendiendo a la realidad por encima de las formas jurídicas, tal como lo ordena el art. 6 inc. 2 del CTU. Así, en el Considerando IV, num. 1. establece: “en el *casus*, a fin de arribar a una correcta dilucidación de la litis, se impone determinar si, efectivamente, en el periodo en que se generaron las obligaciones tributarias determinadas a la contribuyente (...) revestía la condición de Representante (art. 21 C.T.) o Director (art 59T.O. 1966) de la anterior”.
- 3.- Considerando la realidad como elemento imprescindible, la valoración que realiza de la prueba es la adecuada. En efecto, el Tribunal “considera que la mera ausencia de dicha comunicación a la Administración Tributaria del cese en la calidad de representante, no necesariamente implica que éste pueda ser responsabilizado por un periodo posterior a esa desvinculación, si por otros medios fehacientes puede acreditar que la misma efectivamente tuvo lugar”.
- 4.- Se aplica la sana crítica a la hora de valorar la prueba. De hecho, para “arribar a la convicción de que, efectivamente, a la fecha de la determinación por el periodo reclamado, no reunía las condiciones estipuladas por los arts. 21 del Código Tributario y 59 del T.O. 1996 para ser solidariamente responsable del pago de los adeudos tributarios que se le reclaman”, el Tribunal examina con detención el cúmulo probatorio incorporado al proceso y, se valora de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En efecto, realiza una enumeración de cada uno de los elementos probatorios agregados e indica su fuerza para acreditar la realidad en el caso concreto. Esta enumeración resulta de suma importancia sobre todo considerando que para demostrar la realidad no hay una prueba concreta sino que se deduce del análisis de todas juntas.

- 5.- A mi entender, de manera correcta, el Tribunal no entra a considerar el ámbito de aplicación subjetivo de la accionante (“debida diligencia”) ya que la ausencia del elemento personal (ser “representante legal o voluntario”) determina por sí sola la inaplicabilidad del art. 21 al caso concreto. Ello en virtud de que, solo con la ausencia de ese elemento, ya resulta improcedente la declaración de la accionante como solidariamente responsable de las obligaciones tributarias determinadas respecto del contribuyente, así como las responsabilidad personal por las sanciones por mora y contravención.
- 6.- En definitiva, la anulación del acto cuestionado es correcta.

VII. CONCLUSIONES

En función de lo expuesto, cabe hacer las siguientes conclusiones:

- 1.- El concepto de “representante legal y voluntario” debe interpretarse con carácter exclusivo de quienes ostentan dicha condición. Como consecuencia, si hubiera directores o administradores de un contribuyente que no sean representantes, no estarán comprendidos en la hipótesis prevista en el artículo 21 del CTU por no coincidir con su ámbito de aplicación personal.

-
- 2.- En virtud del principio de primacía de la realidad consagrado en el art. 6, inc. 2 del CTU, el intérprete o aplicador deberá considerar la realidad de los hechos por encima de las formas jurídicas adoptadas, sin importar si ello resulta a favor o en contra del contribuyente o de la administración. No se trata de una facultad sino más bien de una imposición legal.
 - 3.- Para determinar la responsabilidad solidaria de un individuo por las obligaciones tributarias de un contribuyente, se deben cumplir todo los elementos del art. 21 del CTU de manera conjunta: ser representante, no proceder con la debida diligencia (o dolo en su caso) y que dicha negligencia haya sido en cumplimiento de sus funciones como representante. La ausencia de uno solo de estos, no permitirá que la misma se configure.
 - 4.- La carga de probar cada uno de dichos elementos es de quien la imputa por lo que, en principio, corresponde a la Administración Fiscal. Si ésta no acredita fehacientemente cada uno de ellos, no corresponde aplicar la solidaridad del art. 21. Incluso, si el actor no agregara medio probatorio alguno negando su condición de “representante” pero de la prueba aportada por la Administración no se acreditara fehacientemente dicha condición, tampoco corresponde determinar la responsabilidad solidaria por las obligaciones tributarias del contribuyente.
 - 5.- Dicha carga solo se puede ver invertida en casos en que la “realidad” sea desacorde con lo que reflejan las “formas”. A modo de ejemplo: si ya no soy representante pero en el legajo del RUT de la empresa figura que sigo siéndolo, corresponde al propio interesado –supuesto representante– probar que en la realidad no ostenta dicha calidad. De lo contrario, si se dan los restantes elementos, será declarado solidariamente responsable.
 - 6.- Los medios de prueba admitidos para ello son amplísimos, resultando imposible invocar en abstracto los medios idóneos y debiendo estar siempre al caso concreto y a su valoración de acuerdo con la sana crítica. Sin duda, sentencias como la analizada ayudan mucho a la hora de valorar los distintos medios de prueba posibles y contrastar la fuerza que se le da a cada uno de ellos.



INFORMACIONES

ETCHEVERRY ESTRÁZULAS, Nicolás

La experiencia Vis – Viena – 2011: Visión del Decano.

ROTONDO, Felipe

IV Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano: Visión de un profesor

SCHIAVI, Pablo

IV Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano: Visión de un Maestrando

Carreras de grado

Maestrías y posgrados

Otras noticias de interés

LA EXPERIENCIA VIS – VIENA – 2011: VISIÓN DEL DECANO

NICOLÁS ETCHEVERRY ESTRÁZULAS

Cuando a mediados de 2010 decidimos ir a competir a Viena por primera vez, debo reconocer que lo vi más que nada como una oportunidad para aprender. Sería —pensé— el mejor lugar para adquirir experiencia en Arbitraje Comercial Internacional y relacionarnos con las mejores universidades del mundo. Sabíamos del prestigio de la Competencia VIS a nivel internacional y del alto nivel de preparación y jerarquía que tenían los estudiantes europeos, latinoamericanos, asiáticos y norteamericanos que representaban a esas universidades.

En lo personal, me preparé para ir a ver los primeros cuatro partidos obligatorios que tienen todos los equipos, y luego festejar si quedábamos entre los 64 mejores clasificados, pues ello ya significaría haber quedado entre el 20% de los mejores. Luego comenzaría la etapa eliminatoria en la que cada partido dejaría a una universidad por el camino. Para mis adentros pensaba *“bueno, si la UM queda dentro de este grupo, ya está muy bien para ser la primera vez que venimos”* Y me hice a la idea de que finalizadas esas rondas, nos dedicaríamos con mi mujer a visitar museos, escuchar algún que otro concierto con la mágica música de Mozart, ver a los únicos y famosos caballos españoles de la Academia en el Hofburg y visitar el palacio Schonbrunn.

Poco de eso pudimos hacer. Y hasta hoy sigo feliz de no haberlo hecho. Pues los jóvenes integrantes del equipo de la UM y su coach la Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga, con mucho esfuerzo, dedicación y talento determinaron que los días siguieran transcurriendo con partidos y partidos que fueron ganando uno tras otro. Cada vez que nos reuníamos en una gran sala todos los equipos, para enterarnos de los resultados que se proclamaban a viva voz por parte de los árbitros que habían presenciado y puntuado cada partido, el nombre de la Universidad de Montevideo volvía a mencionarse y la emoción crecía y se desbordaba.

Debo mencionar aquí algo que merece ser resaltado: desde el primer partido hasta el último que presencié (que fue la final) la reacción de todos los estudiantes fue la misma; los que habían perdido acudían inmediatamente a felicitar al equipo ganador que había competido en ese partido contra ellos y los triunfadores, apenas terminado el festejo por seguir en carrera y pasar a la ronda siguiente iban a saludar y abrazar a los que habían quedado por el camino. Era una reacción espontánea y casi simultánea que se dio a lo largo de los nueve días que duró el certamen y que reflejó un espíritu, una actitud de sana competencia, hidalguía y solidaridad que enriqueció y nutrió a todos los participantes y espectadores durante esas jornadas.

Lo cierto es que el equipo de la UM siguió avanzando y alcanzó un record jamás antes obtenido por una universidad en las 18 ediciones de esta competencia: debutar y en esa primera vez llegar directo a la final del certamen. La misma se disputó contra la Universidad de Ottawa, equipo que precisamente había llegado a la final el año anterior y había quedado en segundo lugar; por ello, es justo decir que los canadienses tenían una experiencia y knowhow del que nuestra UM carecía. Precisamente en la final, que fue presenciada por 1300 personas, esta actitud de festejo y apoyo recíproco entre ganadores y vencidos que antes mencionamos, fue uno de los momentos más emotivos de la competencia.

Si uno repasa los equipos que fueron quedando atrás, tales como la Universidad de Viena (locatarios desde hace 18 años), la U. de Georgia, Florida, Belgrado, Paris 2, Edimburgo, London School of Economics, o algunas de las otras universidades que compitieron entre los 265 equipos, la magnitud de lo alcanzado por la UM adquiere relieves más amplios. A vía de ejemplo, importa destacar que 7 de las 10 universidades estadounidenses mejores rankeadas por las revistas especializadas de educación, estuvieron presentes y compitieron en Viena. Unos años atrás, cuando una universidad norteamericana ganó la final VIS en Viena, al regresar a los EEUU su equipo fue recibido por el Presidente en la Casa Blanca. Sin ir tan lejos y en un grado diferente, vale destacar que cuando a la semana de finalizada la competencia nos trasladamos a Praga y visitamos a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Karlova (una de las más antiguas de Europa Central) éstas ya estaban enteradas de los logros de la UM en Viena, lo que muestra el prestigio y la repercusión que tiene esta Competencia en el mundo académico europeo.

Visto en perspectiva, mi anhelo inicial partía de una falsa apreciación. Que nuestros alumnos no podían estar tan preparados como para competir y vencer a niveles tan altos de competencia académica mundial. Que una cosa era el fútbol y otra el mundo universitario internacional. Con los resultados a la vista he

comprendido mi error: Todo lo logrado fue fruto de una serie de factores que se combinaron de manera muy armónica: a) una gran capacitación ofrecida por nuestra casa de estudios y por los liceos que de antes provinieron los competidores b) dedicación, trabajo y sacrificio de estos estudiantes, los profesores que colaboraron con ellos y en especial la serenidad y perseverancia de su coach durante meses; c) espíritu y trabajo de equipo (team-work), profundidad de análisis así como muy buen humor y mucha humildad, que pude constatar a lo largo mucho tiempo en todos ellos. Tampoco es casualidad que este proceso de capacitación en Arbitraje Internacional haya determinado - antes de ir a Viena - que los equipos que intervinieron en las Competencias Iberoamericanas de Arbitraje de Buenos Aires y Bogotá obtuvieran el primer y segundo puesto respectivamente. A través de los últimos dos años y medio se pudo ver un proceso y una proyección que culminó con esta final en Viena.

Pero la expresión “culminó” es errónea; no culminó; simple y precisamente dejó un listón muy alto, difícil de superar, pero que con seguridad el equipo del año que viene va a intentar mejorar. De eso se trata; no conformarse nunca con lo alcanzado y procurar siempre ir a más, mejorar y superarse, por uno mismo y para el bien de todos.

IV JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO (LA CORUÑA 2011): VISIÓN DE UN PROFESOR

FELIPE ROTONDO

Estas Jornadas tuvieron lugar en Pazo de Mariñán, a 25 km. de la ciudad de La Coruña- España, desde el 30 de mayo al 3 de junio de 2011, teniendo como eje el tema de “*Buen gobierno y buena administración a ambos lados del Atlántico. Problemas y retos pendientes*”, con especial referencia al procedimiento administrativo, la contratación pública, la administración electrónica y la sostenibilidad como presupuesto de buen gobierno y buena administración.

Como en años anteriores participaron docentes y egresados de las Maestrías de las Universidades de La Coruña, Austral (Argentina), Nacional del Litoral (Argentina), Panamericana (México), Santa Cruz do Sul (Brasil) y de la Universidad de Montevideo, instituciones que con el Grupo de Investigación “Observatorio del Litoral” (España) son las entidades organizadoras. Por su parte, revisten la calidad de colaboradoras, la Asociación Española de Ciencias Administrativas, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Diputación de La Coruña, a la cual pertenece el histórico edificio sede de las actividades.

La Dirección de las Jornadas tiene a su frente al Prof. Dr. Jaime Rodríguez Arana; en la Coordinación y Consejo Científico, por nuestro país, se encuentra el Prof. Dr. Carlos E. Delpiazzo.

El Programa de las IV Jornadas incluyó una Lección magistral a cargo del Prof. José Luis Meilán Gil y las siguientes conferencias: Buen gobierno y buena administración de instituciones públicas, por el Prof. Rodríguez Arana; Códigos éticos, responsabilidad y buena administración, por el Profesor de la Universidad de Salamanca Enrique Rivero Ysern; La discrecionalidad administrativa dentro de la transparencia, por el Prof. Domingo Sesión, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba-Argentina; La ley española 4/2006 de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, por el Profesor de La Coruña Carlos Amoedo; El control público como garantía de la buena Administración, por la Prof. Miriam M. Ivanega, de la Universidad Austral de Buenos Aires; El control de la Administración Pública y la buena administración en Brasil, por el Prof. Rogelio Gesta Leal; Buena Administración de Justicia: la efectividad de la tutela judicial como reto, por la Prof. Marta García Pérez, de La Coruña; Buen gobierno, buena administración, buenas prácticas y procedimiento, por el Prof. Javier Barnés, de la Universidad de Huelva; Procedimiento administrativo, nuevas tecnologías, buena administración, por el Profesor de Salamanca Ricardo Rivero Ortega; El procedimiento multidimensional, por el Prof. Justo Reyna, de la Universidad Nacional del Litoral; Buen gobierno y buena administración. Problemas y retos en materia de procedimiento administrativo y de medio ambiente, con especial referencia al Uruguay, por el Prof. Felipe Rotondo; Crisis económica y sostenibilidad, por el Profesor de la Universidad de La Coruña, Francisco Sanz; Contratación verde, por el Prof. José Pernas García, también de la Universidad de La Coruña, Bom governo e boa administração na gestão nuclear no Brasil: a Constituição e suas diretrizes, por el Prof. de Santa Cruz do Sul Luis Egon Richter; Protocolo y buena administración, por el Jefe de Servicio de Protocolo de la Diputación de La Coruña, Rafael Vidal.

Los egresados de las Maestrías de Derecho de las Universidades Austral, de Santa Cruz do Sul y de Montevideo presentaron sendas comunicaciones. De la mencionada en último lugar, asistió el Dr. Pablo Schiavi, quien expuso sobre la Participación Público-Privada, con especial mención del proyecto ya aprobado por una de las Cámaras de nuestro Poder Legislativo.

IV JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO (LA CORUÑA 2011): VISIÓN DE UN MAESTRANDO

PABLO SCHIAVI

Mariñan 2011, experiencia única en el plano humano y académico.

En forma previa al intento de transmitir lo que fueron las Jornadas, quiero agradecer especialmente a la Universidad de Montevideo por la enorme oportunidad y desafío; al Dr. Carlos Delpiazzo por su invaluable y desinteresado apoyo en todo momento y al Dr. Felipe Rotondo, quien encabezó la delegación uruguaya. Asimismo, agradezco al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y a la Contaduría General de la Nación (CGN), por haberme brindado la posibilidad de representar al Uruguay en tan destacado evento de relieve internacional.

Tal como reza la presentación¹, desde hace más de una década, un nutrido grupo de administrativistas pertenecientes a las Universidades iberoamericanas más prestigiosas ha venido colaborando estrechamente para reforzar los lazos que vinculan a investigadores, académicos y profesionales especializados en el estudio del Derecho administrativo procedentes de Latinoamérica y España.

La cuarta edición de las Jornadas fue celebrada durante los días 30 de mayo al 3 de junio de 2011 en el histórico Pazo de Mariñan, palacete gallego del Siglo XV situado en la localidad coruñesa de Bergondo. El encuentro congregó a más de medio centenar de especialistas procedentes de Argentina, Brasil, México, España y Uruguay, que intervinieron para dibujar el marco jurídico vigente en Iberoamérica.

Las Jornadas contaron con la presencia de un nutrido grupo de administrativistas procedentes de la Universidad de Salamanca, Universidad de Hueva, la Universidad Austral (Argentina), la Universidad de Santa Cruz do Sul (Brasil), la Universidad Panamericana (México) y la Universidad de Montevideo (Uruguay).

Con los principios de Buen Gobierno y Buena Administración a ambos lados del Atlántico como telón de fondo, durante las cinco sesiones que conformaron el Programa de la IV Edición, fueron objeto de especial atención las siguientes cuestiones: la necesaria revisión del procedimiento administrativo, el principio de buen gobierno en el marco de la contratación pública, la clave de la Administración electrónica en el marco del buen gobierno y la buena administración y la sostenibilidad como presupuesto de buen gobierno y buena administración:

a) El procedimiento administrativo a la luz de los principios de la buena administración: Desde la perspectiva del Derecho comparado, durante el desarrollo de las jornadas se abordaron cuestiones como el papel que debe asumir la sociedad civil en la toma de decisiones administrativas, con especial detenimiento en la reciente Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios que contienen una referencia expresa al silencio positivo. Precisamente derivado de esa Ley, surge la necesidad de dar un nuevo enfoque al procedimiento administrativo: el mecanismo de las comunicaciones previas, como medio para ampliar una actividad permitida a los ciudadanos sin requerir una previa autorización, pero sin merma de las garantías jurídicas.

b) El principio de buen gobierno en el marco de la contratación pública: La crisis económica mundial desatada desde el año 2008 provocó una generalizada contracción del gasto público en todo el mundo con sensibles impactos en materia de contratación.

c) La clave de la Administración electrónica en el marco del buen gobierno y la buena administración: la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en lo referido a la cuestión relativa a la reciente informatización de las Administraciones públicas, un progreso constatado en el marco del Derecho comparado que no siempre ha venido acompañado de los instrumentos adecuados para asegurar una aplicación rigurosa del ordenamiento jurídico administrativo.

d) La sostenibilidad y el urbanismo en el marco de los principios del buen gobierno y la buena administración: La creciente preocupación por el entorno natural y la equilibrada ordenación del territorio y del fenómeno urbano ha impactado con fuerza en el ámbito del Derecho público.

En el marco del debate referido a la contratación pública, nuestra *comunicación* versó sobre la "*Participación Pública Privada en el Uruguay (P.P.P)*", donde intentamos exponer los principales lineamientos

1 <http://jdaiberoamericanas.wordpress.com/patrocinadores/>

de la temática con especial detenimiento en el Proyecto de Ley que se encuentra en el Parlamento Nacional, y con ineludibles referencias al derecho comparado sobre la materia, haciendo hincapié en la Ley N° 30 de 2007, de contratos del sector público, ley con más de trescientos artículos, que incorpora al Derecho español las directivas europeas, verdadero Código en materia de contratación.

Hablar de buen gobierno y de buena administración no reconoce fronteras entre la realidad de nuestro país y América del Sur, y la realidad española. Los problemas y los avances en la materia son comunes, y muchas veces también las soluciones que se han implementado apenas reconocen pequeños matices. La crisis que vive España hoy en día estuvo presente en cada Conferencia, en cada debate, en cada pausa de café, tratando de encontrar las razones y sobretodo la salida. Sí nos sorprendieron las enormes dificultades que atraviesa el gobierno español, cualquiera sea su color político, a la hora de que sus decisiones se transformen en leyes, sobre todo por el afloramiento de las autonomías y las particularidades de cada una de ellas.

La experiencia de representar al Uruguay en el exterior es increíble, por la enorme responsabilidad y por el desafío que representa. El apoyo de grandes profesores como los Dres. Delpiazzo y Rotondo, compañero éste último de la experiencia en Mariñan, fue sensacional, agradeciéndole por sus palabras en forma previa a que expusiera mi comunicación.

La posibilidad de intercambiar ideas, experiencias, problemas, soluciones entre argentinos, brasileros, mexicanos y españoles fue invaluable, y resultado de ello fue el gran grupo que se formó en las Jornadas, que prometió reencontrarse ya sea en Montevideo, en Buenos Aires, en San Pablo o en Madrid.

Al comienzo decíamos experiencia única en el plano humano y académico, aunque creemos, luego de todo lo vivido, que todo se circunscribe al plano humano.

CARRERAS DE GRADO

Histórico segundo puesto para la UM en competencia internacional.

Una delegación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo obtuvo el segundo puesto en la prestigiosa competencia Willem C. Vis Moot, que reúne en Viena a más de 250 equipos de las mejores universidades del mundo.

La Competencia Willem C. Vis Moot es uno de los acontecimientos académicos más importantes en el mundo del Derecho. Convoca a numerosas universidades de todo el mundo, además de destacados profesores y abogados expertos en arbitraje.

El objetivo de la competencia que se desarrolla anualmente en Austria es la difusión del estudio del derecho comercial internacional y del arbitraje como método de solución de controversias en el ámbito de los negocios internacionales. Apunta a entrenar a los futuros líderes de los métodos alternativos de solución de controversias. Con ese fin plantea a los estudiantes un caso hipotético que deben estudiar desde el punto de vista del actor y del demandado, y defender como lo harían los abogados en el mundo real.

La competencia está organizada en dos etapas. La primera es escrita. Los estudiantes deben presentar las memorias de la parte actora y la demandada. La segunda etapa es oral y en ella se enfrentan de a dos por vez los equipos de las distintas universidades.

Los estudiantes que participaron en nombre de la Universidad de Montevideo fueron: Carolina Secondo, Andrea Rupenian, Victoria Narancio, Sofia Klot, Santiago Gatica y Juan Manuel Rey. Amparo Lima formó parte del equipo pero no viajó. La coordinadora del equipo fue la Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga y el decano Dr. Nicolás Etcheverry participó de la delegación.

En la edición 2011 de la competencia participaron 265 universidades de todo el mundo. Nunca, en toda la historia de la competencia – lleva 18 ediciones-, una universidad de Latinoamérica había llegado tan alto.

Se trata de la primera vez en que la UM participa. Lo que hace mucho más grande el mérito del segundo puesto ya que además de no ser en español, el idioma original de nuestros estudiantes, fue la primera ocasión en que enfrentaban equipos con años de historia en la competencia, con un amplio know how de la misma y muchas otras facilidades.

Cursos de Derecho Anglosajón.

Durante el segundo semestre de 2011 se dictarán los siguientes cursos del Programa “US Law Programme”: Legal Writing & Analysis. Prof. John Matheson, del 24 al 28 de Octubre. Litigation & Alternative Dispute Resolution. Prof. Arthur Lusse de 14 al 18 de Noviembre. **Resolving International Business Disputes by Arbitration.** Prof. Joseph Daly del 3 al 7 de Octubre. Raising Capital in the World Financial Markets: introduction to financial and legal considerations. Prof. Carlos Martínez. Del 31 de Octubre al 4 de Noviembre.

MAESTRÍAS Y POSTGRADOS

En el área de **Postgrados** se ha venido desarrollando de modo regular el dictado curricular de las materias correspondientes a los cuatro **Programas Máster** que ofrece esta Facultad: el de **Derecho de la Empresa**, el de **Derecho y Técnica Tributaria**, el de **Derecho Administrativo Económico**, y el de **Integración y Comercio Internacional**. Todos ellos con una nutrida concurrencia y bajo un régimen de flexibilidad de tiempos y de contenidos que los caracteriza y distingue en el mercado académico, tornándolos sumamente atractivos para un público profesional de alta exigencia curricular y exigua disponibilidad horaria. Dichos Programas se encuentran especialmente diseñados a fin de brindar a nuestros alumnos una capacitación y titulación acorde a los requisitos académicos internacionales seguidos por las principales Universidades del mundo. En tal sentido cabe mencionar la constante participación de alumnos extranjeros, destacándose este año profesionales provenientes de Alemania, Bélgica, Colombia, Bolivia, Venezuela, Brasil y Argentina entre otros, lo cual permite niveles de relacionamiento académico-profesional internacional sumamente ricos y motivantes.

En igual sentido se encuentra en curso el dictado de los tres módulos que integran el **Postgrado en Derecho Tributario Internacional**, que cuenta con la participación de los Profesores Dr. Alberto Faget, Cr. Juan Antonio Pérez Pérez, Dr. Sebastián Arcia, Dr. Juan Ignacio Frascini, Cr. Alejandro Horjales, Cra. María José Santos, Dr. Carlos Loaiza, Cr. Álvaro Romano y Dr. Luis Aisenberg. Este Postgrado se ofrece tanto a los alumnos de Máster como a los profesionales en general que buscan especializarse en un área de suma actualidad cual es la de tributación internacional.

Al mismo tiempo y con una numerosa asistencia se está impartiendo el **Postgrado en Derecho Procesal Aplicado** a cargo de los Profesores Dres. Santiago Pereira Campos, Margarita de Hegedus y Luis María Simón. Este curso está orientado a profesionales nacionales y extranjeros que deseen profundizar su capacitación y práctica en Derecho Procesal, particularmente abogados, jueces, fiscales y demás operadores del sistema judicial.

En el marco del mismo se desarrolló el **Seminario sobre Impacto de las nuevas tecnologías en los Procesos Judiciales** que contó con la participación del Profesor titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el Dr. José Alberto Revilla González, y con la Profesora del Practicum de nuestra Facultad, la Dra. Raquel Landeira, despertando un gran interés por el público especializado.

En coordinación con el **Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI)** la Facultad de Derecho organizó un **Desayuno de Trabajo** donde recibió a la Licenciada colombiana María Emma Mejía, recientemente designada Secretaria General de la UNASUR, quien expuso los desafíos y expectativas que dicho instrumento de integración está desarrollando. El evento contó con la participación de otros distinguidos actores del ámbito diplomático y político a nivel nacional e internacional, siendo presidido por el Rector de la Universidad de Montevideo, Dr. Santiago Pérez del Castillo.

Otra actividad que concitó una nutrida concurrencia académica fue la **Jornada desarrollada sobre la Inclusión de los Profesionales Universitarios** en el sistema de FONASA, el cual contó con la presentación a cargo del Rector de la Universidad de Montevideo y del Presidente del Banco de Previsión Social, Sr. Ernesto Munro. Asimismo y como expositores tuvieron participación por la UM los Dres. Alicia Seijas y Miguel Pezzutti, y por el BPS el Director Técnico de la Asesoría Tributaria y Recaudación, el Cr. Daniel Croza.

En lo que resta del Año Académico se está considerando el dictado del **Postgrado de Derecho Penal Económico** bajo la dirección del Prof. Miguel Langón Cuñarro; el del **Caso Privado Internacional ante los Tribunales** a cargo del Prof. Eduardo Tellechea; así como un **Curso avanzado sobre Derecho y Religión** que será impartido por la Prof. Carmen Asiaín.

Asimismo habrá de impartirse este año la **Conferencia sobre Logística del Transporte en Uruguay y el MERCOSUR**, con la participación del Prof. Sergio Abreu, el Ing. Álvaro Olazábal y el Arq. Miguel Vaczy; la misma se orienta a destacar la necesidad de ampliar y remodelar la infraestructura de transporte a fin de lograr una mayor competitividad de nuestros productos y compensar los marcados desequilibrios territoriales existentes en la región.

De igual modo habrá de dictarse el **Curso de Postgrado sobre Análisis Económico del Derecho** a cargo de los Dres. Bernardo Amorín y Pablo Ianello (Universidad Argentina de la Empresa).

Otro Curso de Postgrado a desarrollar en el segundo semestre será el de **Gestión del Talento** a cargo del Prof. Juan José García (Phd.). En este curso y a través del empleo del método del caso, habrán de tratarse temas actuales y trascendentes como: Motivos, valores en la toma de decisión y aprendizaje individual; La gestión de uno mismo: ineludible condición del líder; Perfil Directivo: capacidad profesional: logros, servicio y reconocimiento; Motivos y motivaciones: la carrera profesional; El comportamiento humano y los referentes; Gestión de personas en situación de conflicto organizacional; La gestión de los condicionamientos del cambio; y La responsabilidad social del profesional y su fundamentación ética, entre otros interesantes temas.

En una actividad de participación académica conjunta, las Facultades de Economía, Ingeniería y Derecho se encuentran abocadas a la planificación y desarrollo del **Curso de Postgrado sobre Regulación en Telecomunicaciones**, orientado a docentes y egresados de las carreras de Derecho, Economía, Ingeniería, Comunicaciones y Administración.

Finalmente, y en esta área, merecen distinguirse dos actividades en vías de avanzada implementación que están generando importantes niveles de expectativa académica: una de ellas es el lanzamiento de un **Máster en Dirección y Gestión de Recursos Humanos** orientado a formar profesionales encargados en dirigir – a nivel estratégico - organizaciones con alto contenido del componente humano en su gestión, a cargo del Prof. Luis Brotons Muró Phd.- La Segunda actividad refiere al empleo de técnicas de **Educación a Distancia** para impartir diferentes cursos de capacitación en Postgrado que actualmente se dictan en modalidad presencial, a través de la plataforma del sistema Moodle con que ya cuenta la Universidad. Sobre el particular varios Colegios de Abogados del Interior del país han manifestado su interés en integrarse al mismo. Estos cursos a distancia serán impartidos también a alumnos en el extranjero.

Investigación

En materia de **Investigación** se desarrollaron en este período numerosos trabajos investigativos de Tesis destacándose, entre otros, los siguientes:

- “El caso de Uruguay dentro de un contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional. Adecuación normativa y medidas administrativas necesarias para efectuar intercambio de información entre administraciones tributarias”, Cr. Pablo Ferrari (Director General de Impositiva), bajo la tutoría del Cr. David Eibe.
- “En busca de la conciencia Mercosureña” del alumno Dr. Norbert Tüllman (abogado de nacionalidad alemana), bajo la tutoría del Dr. Sergio Abreu
- “Representantes de sociedades comerciales: una propuesta de interpretación para el artículo 86 de la ley 16.060” del alumno Dr. Joaquín Idoyaga, bajo la tutoría del Dr. Siegbert Rippe
- El principio de la realidad económica aplicada a los conjuntos económicos” de los alumnos Cr. Sergio Mari y Cr. Alejandro Trazenko, bajo la tutoría del Cr. Martín Studer.
- “Planificación Tributaria de los Proyectos de Inversión en el Sector Hotelero Nacional”, Cras. Sandra Machada, Isabel Greco, Inés Lujambio, bajo la tutoría de los Tutores académicos Cres. Armando Bonilla y Alfredo Raffaglio y con la Tutoría Metodológica del Lic. José Ma. Burone.
- “Análisis de la Constitucionalidad o Inconstitucionalidad del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas sobre las Pasividades”, Dra. Cecilia Notejane, bajo la tutoría del Dr. Horacio Casinillo Muñoz
- “Sociedades de Economía Mixta”, Dra. Natalia Veloso, bajo la tutoría del Dr. Carlos Delpiazzo.
- “Bases para la liquidación consolidada del IRAE por los grupos económicos” de los alumnos Cr. Mauricio Silva, Cr. Javier Bidermann y del Dr. Horacio Viana, bajo la tutoría del Dr. Carlos Loaiza.
- “La Actividad Forestal en el Uruguay, Beneficios Fiscales y su Control”, Cres. Virginia Lirola y Pablo Ferrer, Bajo la Tutoría de la Ec. M^a Noel Laborde.

Por su parte, el **Observatorio de Integración y Comercio Internacional**, bajo la dirección del Prof. Jorge Fernández Reyes, se encuentra confeccionado una **Matriz de Inserción Externa** del Uruguay a través del comercio Internacional. Asimismo se concretó un Acuerdo con URUGUAY XXI en mérito al cual dicho Observatorio fue contratado para desarrollar un **Mapa Digital de Logística, Comercio e Industria** orientado a la captación y canalización de inversiones desde y hacia Uruguay. Este Mapa Digital se encuentra en una etapa final de confección.

También fue desarrollada una **Videokonferencia** con profesores de la **Florida International University (FIU)** sobre el tema “**Análisis estratégico y prospectivo del MERCOSUR**”, participando de la misma los Dres. Jorge Fernández Reyes, Nelson Chabén y Pablo Genta por la Universidad de Montevideo. Los distintos análisis y aportes realizados durante la misma fueron recopilados y publicados como material de estudio académico por el Centro de Estudios Latinoamericanos de la FIU.

Publicaciones

En cuanto a publicaciones, fueron editados los libros: “Dominio de las Aguas – Reforma Constitucional 2004” del Dr. Gonzalo Navarro Gianola, alumno del Máster en Derecho y Técnica Tributaria de esta Facultad; y “La Ronda DOHA” de los Cres. Ignacio Bartesaghi y Sebastián Pérez, egresados del Máster en Integración y Comercio Internacional.

OTRAS NOTICIAS DE INTERÉS

El Dr. Etcheverry visitó la Universidad de Florida.

En mayo de 2011 el decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Nicolás Etcheverry, asistió a la 12ª Conferencia Anual sobre Políticas Legales en las Américas, que tuvo lugar en el Levin College of Law de la Universidad de Florida. Participaron de la actividad 120 personas.

El eje del congreso, fue la preparación temática de la Conferencia Internacional que tendrá lugar en la Universidad de Buenos Aires, en 2012. El Dr. Etcheverry brindó una conferencia con el título: "In search of universal ethics, a different way of understanding freedom." el 9 de mayo, en la Universidad de Florida, en Gainesville, Estados Unidos.

Durante la extensa jornada del 9 de mayo las otras temáticas abordadas en los paneles plenarios o subdivididos fueron: 1) Mediación, 2) Reforma Judicial en Argentina, 3) Reformas Nacionales e Internacionales en los Sistemas Tributarios, 4) Libertad de Prensa y de Expresión en los nuevos medios de Comunicación, 5) Comercio y Negocios, 6) Derecho Ambiental y 7) Derechos Humanos.

UM y Cámara Nacional de Comercio rinden homenajes a alumnos de Derecho que compitieron en Viena

Tras obtener el segundo puesto en la Competencia de Arbitraje Internacional William C. Vis, el 26 de mayo de 2011 la Universidad de Montevideo realizó un acto en homenaje a los competidores y a su coach, la profesora Mercedes Jiménez de Aréchaga, junto a familiares, amigos, y autoridades académicas.

La actividad se realizó en la nueva sede de la UM, el Centro de Postgrados y Maestrías. Allí el Dr. Nicolás Etcheverry, decano de la Facultad de Derecho, ofreció un discurso a los homenajeados, destacando su calidad profesional y humana.

Se entregó un diploma a cada uno de los participantes y una mención especial a la profesora Jiménez de Aréchaga. El acto se realizó en el marco de las actividades que realiza la Universidad de Montevideo, celebrando sus 25 años de comienzo de actividad académica.

La Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay realizó el miércoles 7 de setiembre de 2011 un homenaje a los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UM que alcanzaron el segundo puesto en la "18th ANNUAL WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT 2010-2011". Sofía Klot, Victoria Narancio, Andrea Rupenián, Carolina Secondo, Santiago Gatica y Juan Manuel Rey fueron los primeros participantes de la UM que compitieron en este prestigioso evento que se realiza en Viena y convoca a las mejores universidades del mundo.

La Cámara de Comercio organizó en su salón de actos dos charlas sobre el arbitraje y la ley de participación público-privada. Expusieron los doctores José Luis Echevarría Petit y Paul Arrighi. Los expertos disertaron sobre las características, particularidades e implicancias de la ley en Derecho uruguayo. Entre el público se encontraba el rector de la UM, Santiago Pérez del Castillo, varios docentes de la universidad y familiares y amigos de los homenajeados.

Luego de las exposiciones sobre arbitraje, la Dra. Mercedes Jiménez de Aréchaga (coach del equipo de la UM) tomó la palabra y se refirió a la experiencia en Viena. Repasó los avatares del evento e hizo especial hincapié en lo que significa haber llegado tan alto: fue la primera vez que una universidad latinoamericana llegó a la final. También fue la primera vez que un equipo debutante llegó tan lejos.

Minutos después fue el turno del Decano de la Facultad de Derecho de la UM, Dr. Nicolás Etcheverry. Agradeció a los estudiantes y a todos los funcionarios de la universidad que hicieron posible la participación del equipo.

Las palabras de cierre estuvieron a cargo de Marcelo Lombardi, presidente del Centro de Conciliación y Arbitraje y de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay. "Nos encontramos hoy en los

mismos objetivos de la Universidad de Montevideo en la formación de profesionales del Derecho”, dijo Lombardi con respecto a alentar el desarrollo del arbitraje comercial en Uruguay.

Jornada Académica en homenaje a los 60 años de SUDEI.

El 13 de junio de 2011, se realizó una Jornada académica de Derecho de Autor, organiza por la Federación Latinoamericana de Intérpretes y la Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, en ocasión de cumplirse los 60 años de existencia de la Sociedad Uruguaya de Intérpretes (SUDEI). En dicha Jornada que tuvo lugar en el Hotel Radisson participó el Dr. Nicolás Etcheverry.

El Prof. Dr. Esc. Walter Howard Alanis, culminó sus estudios de Doctorado.

El 27 de junio de 2011, el Dr. Esc. Walter Howard, profesor de Derecho de las Personas y los Bienes, de Derecho de Familia y Sociedad Conyugal y de Derecho de las Sucesiones de nuestra Facultad, obtuvo su título de Doctor por la Universidad de Zaragoza, España. En la defensa de su Tesis titulada: “El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas” el Tribunal, integrado por los Doctores Julio Muerza, Pedro de Pablo, Carlos Martínez de Aguirre, Miguel A. Pérez E Isaac Tena, le otorgó la calificación global de Sobresaliente (Cum Laude). Asimismo, el Tribunal acordó por unanimidad otorgar a la Tesis la mención de “Cum Laude.”

Competencia “Abogado por un Día” 2011.

La 10ª edición del certamen de la Facultad de Derecho de la UM tuvo su instancia final el sábado 10 de setiembre de 2011. Más de 80 equipos de colegios y liceos de todo el Uruguay participaron de la actividad. Cerca de 400 estudiantes simulaban la labor de los abogados.

El sábado 10 de setiembre se dieron cita los 27 mejores equipos de los 80 grupos que se inscribieron en la primera instancia. La sede de la Facultad de Derecho se llenó de alumnos de quinto y sexto de liceo de colegios y liceos de todo el Uruguay. Los convocó el concurso que lleva adelante la UM desde 1999 y que tiene como objetivo que los preuniversitarios conozcan la labor de los abogados.

Posiciones de Abogado por un Día 2011 fueron:

1er puesto: Liceo N° 1 de La Paloma (Florencia Fernández, Betania Laco, Zoé Alzogaray, Lucía Acosta y Germán Di Sacco).

2do puesto: Instituto Dr. Andrés Pastorino (Mariana Cabrera, Magdalena Burastero, Iliana Bellón, Valentín Yglesias y Gonzalo Barceló).

3er puesto: The British Schools (María del Pilar Álvarez, Francesca Magno, María de los Milagros Plottier y Francisco Secco).

4to puesto: The British Schools (Macarena Segal, Thomas Biscomb, Alfonso Trelles, Joaquín Sasson y Martín Vilaró).

“Escribano por un Día” para el año 2012

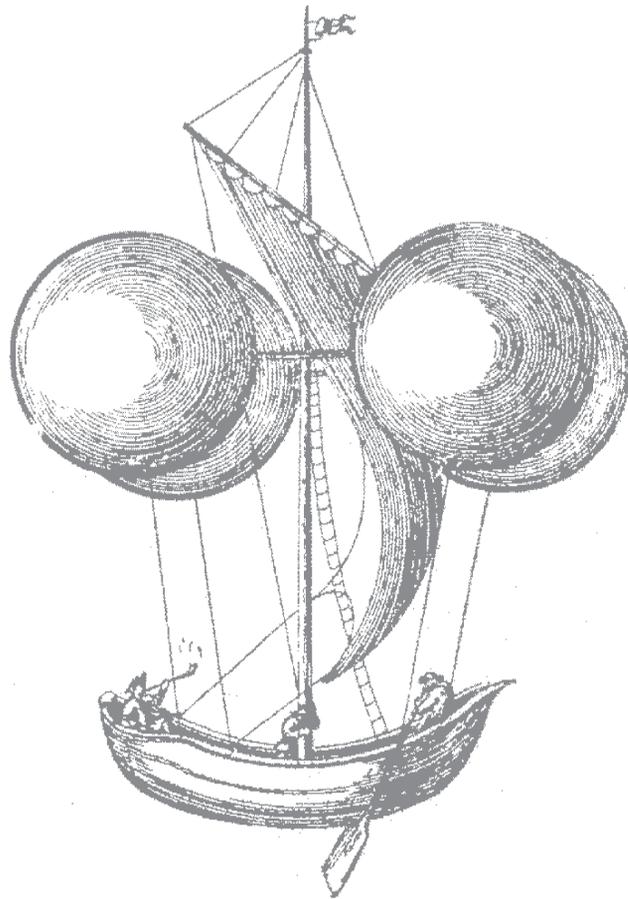
Se está trabajando en el lanzamiento de un nuevo certamen denominado Escribano por un Día, con el que se pretende explicar, difundir y promover la profesión del Escribano Público entre los alumnos de Preparatorios (5º y 6º) que se están planteando su futuro académico.

Dicho certamen se realizará paralelamente con la competencia Abogado por un Día y contará con la participación de destacados Escribanos Públicos y docentes de la carrera de Notariado de nuestra Facultad de Derecho.

Talleres de Práctica Notarial

También se está planificando el lanzamiento para el 2012 de una serie de talleres casuísticos referidos a temas sensibles y problemáticos de la práctica notarial actual.

Existen áreas como la compraventa de inmuebles rurales, la compraventa de automotores, los fideicomisos y otros instrumentos jurídicos que despiertan el interés y la necesidad de una discusión y análisis desde la perspectiva profesional, siendo muchas las situaciones que generan dudas e incertidumbres en la práctica diaria del Escribano.



TESINAS DE MASTERS

DAMICO, Andrea

*El Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de ALADI como una herramienta de
facilitación del comercio ante la crisis internacional*

EL CONVENIO DE PAGOS Y CRÉDITOS RECÍPROCOS DE ALADI COMO UNA HERRAMIENTA DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO ANTE LA CRISIS INTERNACIONAL

ANDREA DAMICO

INTRODUCCIÓN

La crisis que atraviesa la economía mundial desde 2008 ha impactado sobre los flujos de comercio mundial, traduciéndose en caídas importantes de volúmenes de comercio.

Las regiones más ricas del mundo como Europa y Estados Unidos, han contraído su demanda en forma significativa. El comercio entre los países miembros de ALADI descendió un 32% entre Julio de 2008 y Abril de 2009. En el mismo período, las economías de mayor tamaño de ALADI contrajeron sus importaciones desde otros países miembros en un 41%.

Sin embargo, otros factores como las dificultades para el financiamiento del comercio exterior y la proliferación de medidas proteccionistas en muchos países, propagan y refuerzan las tendencias contractivas reflejadas en la disminución del intercambio.

La escasez de crédito se ha convertido en una amenaza significativa, considerando que entre el 80% y el 90% de los flujos comerciales dependen del financiamiento de corto y mediano plazo. El crédito al comercio internacional cayó 40% en el último trimestre de 2008 con relación a 2007, y la cantidad de préstamos para financiar el intercambio (excluyendo transporte aéreo y marítimo) fue la más baja desde 2004.

Como consecuencia de la reducción del crédito, muchas operaciones no se concretan, incluso cuando existe demanda. Así, pues, algunas estimaciones indican que en Noviembre de 2008, la brecha de financiamiento (diferencial entre demanda y oferta de crédito) ascendía a USD 25.000 millones, aproximadamente 0.25% del mercado anual de crédito al comercio.

Naturalmente, la contracción del crédito al comercio internacional impacta negativamente sobre la economía mundial, profundizando la recesión. Adicionalmente, en un contexto de internacionalización de la producción, la contracción del crédito al comercio exterior constituye una seria amenaza para el funcionamiento de las cadenas globales de suministro.

La escasez de financiamiento al comercio, tiene además efectos distributivos regresivos. Por un lado, perjudica en mayor medida a los países en desarrollo que a los países desarrollados, dado que disponen de menos recursos e instrumentos para enfrentar el problema, y se ven afectados por la mayor aversión al riesgo de las entidades financieras.

Este escenario ha puesto de manifiesto la urgencia de que los países en desarrollo cuenten con instrumentos financieros adecuados que puedan servir para mejorar la capacidad de respuesta contracíclica de los países de América Latina. En este sentido se plantea la necesidad de mejorar y revisar los instrumentos de crédito y liquidez de los organismos multilaterales.

En ese contexto, los mecanismos de compensación de pagos han mostrado ser un elemento importante al implantarse en naciones como las latinoamericanas y caribeñas, cuyas monedas no son divisas y que presentan problemas recurrentes para la obtención de éstas. De tal forma, dichos mecanismos se constituyen en una herramienta para impulsar el crecimiento de los niveles de comercio mutuo entre las economías latinoamericanas y caribeñas, al generar un ahorro en el empleo de divisas para la financiación del intercambio recíproco.

De las experiencias de funcionamiento de mecanismos de compensación de pagos en América Latina y el Caribe, se destacan tres: i) la experiencia de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); ii) la impulsada en décadas pasadas en Centroamérica; y iii) el más reciente acuerdo Argentino-Brasileño para establecer un sistema de pagos en moneda local.

El objeto de este trabajo se centra en analizar el mecanismo propuesto por ALADI, conocido como “Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos” (CCR) como herramienta de facilitación del comercio frente a la crisis internacional.

1. ANTECEDENTES DE LA INTEGRACION FINANCIERA EN AMÉRICA LATINA

Ante un escenario mundial caracterizado desde hace años por la inestabilidad e incertidumbre respecto al comportamiento económico global, por periódicas crisis monetarias y financieras que se propagan, por episodios recurrentes de escasez de divisas en distintos países y regiones, y en general por la necesidad de disminuir los niveles de vulnerabilidad ante la errática evolución de la economía internacional, no resulta extraño que se haya acentuando la tendencia a conformar espacios regionales, en cuyo interior se vienen debatiendo y aplicando modalidades de intercambio comercial y de funcionamiento monetario y financiero que entre otros objetivos buscan amortiguar dicha vulnerabilidad y generar mecanismos que posibiliten un mayor margen de acción.

En la región latinoamericana y caribeña, las instituciones financieras constituidas como parte de los esquemas de integración, han servido para ayudar a los países miembros a atenuar los problemas en sus balanzas de pagos y a incrementar el comercio y las inversiones intrarregionales.

Al mismo tiempo, estas instituciones han contribuido a impulsar acciones en pro de una mayor estabilidad de los tipos de cambios bilaterales, han ayudado a establecer mecanismos de regulación en el sector financiero de las distintas economías y se han constituido en una experiencia a tomar en cuenta en el proceso de creación de una nueva arquitectura institucional en la región, sustentada en la articulación y convergencia de los diferentes esquemas, mecanismos e instrumentos que permitan hacer avanzar hacia nuevos estadios de desarrollo a la integración.

Avanzados los años cincuenta, estudios e iniciativas de diversa índole efectuados en la región concluyeron que ante la insuficiencia de las relaciones de intercambio, era conveniente encarar, entre los países latinoamericanos, algunas modalidades de integración y cooperación económicas, entre las que se encontraba la adopción por los Bancos Centrales de mecanismos financieros comunes.

Se estimaba que estas medidas podían atenuar y aún eliminar aquellas insuficiencias, así como encauzar la interacción regional futura de los países del área.

Las primeras experiencias, generalmente bilaterales, fueron sustituidas, a partir de los sesenta y ya en el ámbito de los movimientos de integración latinoamericanos, por la puesta en funcionamiento de mecanismos de pagos multinacionales y complementariamente, de asistencia de corto plazo a balanza de pagos.

En efecto, es en el seno de los esquemas de la (**Asociación Latinoamericana de Libre Comercio**) – ALALC - y del Mercado Común Centroamericano (**MCCA**) donde se encuentran los primeros ejemplos de mecanismos operativos de pagos intrarregionales, con sus respectivos sistemas de compensación y de financiamiento multilateral.

A su vez, los países miembros de la subregión andina agregaron posteriormente una experiencia en esta materia, mediante la creación del Fondo Andino de Reservas, y las naciones que integran la **Comunidad del Caribe**, el CARICOM, estructuraron también su acuerdo de compensación.

1.1. Antecedentes del CCR ALADI

Desde el año 1960 los países de América Latina han realizado importantes esfuerzos destinados a desarrollar entre sí, mecanismos de cooperación económica y **comercial**.

El 18 de Febrero de ese año, en Montevideo, Uruguay, **se suscribió un tratado que dio origen a la creación de un organismo multilateral denominado Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)** integrado por los países de la región sudamericana Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, y Venezuela y México.

Los objetivos fundamentales de este Tratado se refieren a la puesta en funcionamiento del proceso de integración de las economías como medio de establecer la promoción del desarrollo económico y social, y con el objetivo (de largo plazo) de la constitución de una zona de libre comercio. Para alcanzar dichas metas se fijaba un programa de liberalización comercial multilateral que contenía fechas de cumplimiento progresivas.

Para apoyar y promover este programa se consideró como requisito primordial, por parte de los países signatarios del Tratado, el de impulsar mecanismos o esquemas financieros propios que canalizaran fluida y adecuadamente los flujos de comercio que resultaran del nuevo dinamismo.

En consecuencia, en el mes de setiembre de 1965, se suscribió el llamado Acuerdo de México, por el que se aprobó el denominado **Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos**, que se transforma en el **primer instrumento de cooperación financiera suscrito entre los Bancos Centrales de los países miembros de la ALALC**.

Dicho acuerdo fue concebido como el inicio de una formal cooperación multilateral entre las entidades bancarias de la región para llegar, en sucesivas etapas, a la integración monetaria y financiera. Ello podría ser alcanzado con la creación de organismos financieros que establecieran una cooperación más avanzada, tales como una cámara de compensación multilateral, fondos mutuos de garantía, mecanismo de ayuda financiera dentro de la zona, creación de una moneda única.

Los objetivos eran los de estimular y promover el comercio recíproco entre los países, pero, además, se alentaba con su puesta en funcionamiento una forma de sistematización de consultas y un mayor grado de cooperación entre los Bancos Centrales en materias de índole monetaria, cambiaria y de pagos, fundamentalmente.

En el marco de estas aspiraciones, esas instituciones bancarias de los países miembros suscribieron, en el año de **1969, el llamado Acuerdo de Santo Domingo**.

Este instrumento tiene como objetivo básico atender, con fondos provenientes de esos bancos, situaciones transitorias de iliquidez de ellos mismos que les impidan participar activamente en los mecanismos que para la cancelación de saldos previstos en el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos.

Posteriormente, **a partir de 1981, se ampliaron los objetivos de este instrumento**. En efecto, además de cumplir con el objetivo básico, se creó un **segundo mecanismo** para apoyar a aquellos Bancos Centrales en balanza de pagos y atender por medio de un **tercer mecanismo** situaciones de iliquidez provocadas por catástrofes naturales.

Las modificaciones introducidas al esquema de la ALALC a través de un **nuevo Tratado** suscrito por sus países en el mes de agosto de **1980** en la ciudad de Montevideo, y que **dio origen a la actual Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)**, no alteran los mecanismos financieros comentados.

En efecto, **se suscribe en agosto de 1982 un nuevo Convenio que sustituye al anterior, ahora en el marco de la ALADI**, y que contiene las mismas disposiciones del que tuviera vigencia en la antigua ALALC.

2. EL CONVENIO DE PAGOS Y CRÉDITOS RECÍPROCOS DE ALADI.

El Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos se suscribió el 25 de Agosto de 1982, en el marco del Consejo para Asuntos Financieros y Monetarios de la ALADI.

Este convenio sustituyó en todos sus términos y en igualdad de disposiciones al llamado Acuerdo de Pagos y Créditos Recíprocos de los países de la ALALC celebrado en México, en setiembre de 1965.

Es a partir de esta última fecha que se inicia entre los Bancos Centrales signatarios la utilización de un mecanismo de pagos en monedas convertibles y transferibles, junto a la asignación de montos determinados de créditos recíprocos que tendrían como objetivo dotar de una mayor fluidez a la canalización de tales pagos.

Por este mecanismo se pueden cursar los cobros y pagos derivados de operaciones directas de cualquier naturaleza entre residentes de los países que se adhieran, sin necesidad de utilizar divisas convertibles para tales operaciones. Al final de cada período previamente convenido, se procede a la compensación multilateral de los saldos bilaterales de la cual surge la transferencia neta que cada Banco Central debe remitir o recibir, según sea su balance final de intercambio deficitario o superavitario.

Este mecanismo ha sido revisado y perfeccionado desde su creación por parte de los órganos específicos, tratando de adaptar sus disposiciones a las distintas modalidades que impone el comercio intrazonal.

2.1. Características del Convenio

- a) El monto de las líneas de crédito recíprocas se asigna bilateralmente. Ello dependerá de los niveles de comercio y de la voluntad política de cada par de Bancos Centrales signatarios.
- b) La obligatoriedad o no de la canalización de las operaciones comerciales y financieras en el marco del mecanismo de pagos. Se deja librado a que cada Banco Central pueda disponer su conveniencia en exigir o no la obligatoriedad de utilizar este mecanismo bilateral para las operaciones que realicen sus residentes.
- c) La única moneda que se utiliza en el mecanismo de pagos es el dólar estadounidense. Las transacciones de todos los convenios se suscriben en esa moneda. Se registran los movimientos en cuentas debidamente estructuradas y sólo se produce una transacción en moneda convertible una vez por período y en forma compensada por saldos resultantes.
- d) Una característica fundamental de este tipo de mecanismo es la garantía de convertibilidad y transferibilidad que cubre a todas las operaciones que se canalizan en su marco. Por dicha garantía los Bancos Centrales signatarios aseguran que aquéllas gozan del privilegio atemporal de convertir moneda local a dólares y de transferir los mismos al beneficiario externo en forma independiente a su sistema cambiario. Es decir, esta garantía da la seguridad a todas las operaciones que se canalicen dentro de sus disposiciones de que no tendrán ninguna limitación legal o reglamentaria para su cobertura cambiaria.
- e) Otra garantía que también comprende a estos convenios es la llamada Garantía de Reembolso Automático. Los Bancos Centrales se comprometen por esta disposición a aceptar las solicitudes de débitos, reglamentariamente canalizados, y a efectuar sin más trámite, su correspondiente reembolso al beneficiario. Esta disposición provee al sistema de una gran automaticidad y fluidez, posibilitando que las operaciones que se canalicen en su marco dispongan de las mejores condiciones operativas. Los convenios también prevén un sistema de control para evitar errores de procedimiento o de otra índole; control que, en todos los casos, es posterior al momento del reembolso.
- f) Este mecanismo de pagos funciona con períodos de compensación que actualmente tienen una extensión de cuatro meses. A través de un sistema contable perfectamente instrumentado, los co-

bros y pagos se registran en cuentas que cada Banco Central le abre a su homónimo con el que ha suscrito un convenio. Dichas cuentas son debitadas o acreditadas según corresponda a un cobro del exterior o bien a un pago del exterior. Es decir, cada Banco Central actúa como un corresponsal del exterior al que se le pide la utilización de un documento de cobro internacional. La diferencia estriba en que cuando a un Banco Central se le solicita un reembolso, lo ejecuta en moneda local, y debita la cuenta del otro Banco Central del país donde se origina la operación. Estas cuentas se cancelan en forma cuatrimestral y cada uno de los débitos genera intereses a una tasa uniforme acordada entre todos los Bancos Centrales de la ALADI.

La forma que adopta esta cancelación consiste en la llamada Compensación Multilateral de Saldos. Existe un Banco Agente, que, desde los orígenes del sistema, es el Banco Central de Reserva del Perú, que es el encargado de cancelar todos los saldos que los Bancos Centrales intervinientes le remitan al final del período de compensación. En él se hace la compensación de la que surgirán los montos que cada institución deba cancelar si sus saldos compensados son deficitarios, o bien recibir cuando su situación sea la inversa.

- g) El Banco Agente sólo se limita a efectuar la compensación, una vez que dispone de los fondos que aporten los deficitarios abona los saldos favorables a los superavitarios. Las posibles discrepancias se solucionan bilateralmente y siempre luego de la compensación.
- h) Cada par de Bancos Centrales fija límites de crédito de acuerdo al nivel estadístico de su comercio. Estas son de carácter cuatrimestral: es decir, para cada período de compensación y, en consecuencia, revolventes en forma automática. No obstante, se han acordado líneas de crédito adicionales que permiten, con carácter transitorio, que los pagos se sigan canalizando a través del mecanismo, aún cuando se hayan excedido las ordinarias. Las operaciones que excedan estos límites deben ser, reglamentariamente, abonadas fuera del convenio.
- i) El mecanismo también permite el uso multilateral de las líneas de crédito. Un procedimiento existente en el Reglamento Técnico Bancario permite a cualquier Banco Central que disponga de saldo, utilizar su línea de crédito con un segundo Banco Central, y utilizarlo para liberar parcialmente su línea de crédito deficitaria con un tercer Banco Central, previo acuerdo de las partes intervinientes.
- j) Por este mecanismo de pagos se pueden cursar todas las operaciones directas de cualquier naturaleza que se efectúen entre residentes de los países adheridos. Ello comprende tanto a operaciones comerciales, para las que se exige el llamado requisito de origen para las mercaderías transadas, como movimientos de capital y remesas financieras. De todas maneras, la canalización de operaciones por este mecanismo es voluntaria: cada Banco Central puede o no tornarla obligatoria.

2.2. El Acuerdo de Santo Domingo

En el mes de Setiembre de 1969 se suscribió, durante la V Reunión del Consejo de Política Financiera y Monetaria, el llamado Acuerdo Multilateral de Apoyo para atenuar Deficiencias de Liquidez. Este acuerdo, adherido por todos los Bancos Centrales de la ALALC, más la República Dominicana, se le conoce como el Acuerdo de Santo Domingo porque fue suscrito en esa capital, en la citada reunión.

En el marco de la nueva concepción del proceso de integración que se plasma con la ALADI, en el año 1981 se ratificó, pasando a ser denominado "Acuerdo Multilateral de Apoyo Recíproco para Hacer Frente a Deficiencias Transitorias de Liquidez".

La novedad del nuevo instrumento es que, además de la ratificación del mecanismo inicial, comprende dos nuevas modalidades de utilización que se analizarán más adelante.

El acuerdo originalmente concretado constituye la cristalización de los esfuerzos que los Bancos Centrales realizaron para dar mayor fluidez al mecanismo de pagos, habida cuenta del progresivo incremento de su utilización.

El objetivo primario del mecanismo es, en forma exclusiva, el de proveer financiamiento de corto plazo a aquellas instituciones centrales adherentes, que enfrentan desequilibrios transitorios de sus balanzas de pagos, coincidentemente con el desmejoramiento de su posición en la compensación prevista en el Convenio de Pagos de la región.

El Acuerdo de Santo Domingo comenzó a operar a partir de 1971, y constituye un mecanismo financiero adicional a los que cada país pudiera disponer a nivel internacional.

Los Bancos Centrales intentaban dar mayor fluidez a la utilización del Mecanismo de Pagos tratando, a través del apoyo crediticio del Acuerdo de Santo Domingo, de cubrir los saldos deudores originados por el comercio zonal de aquellos países con dificultades transitorias de liquidez; la compensación multilateral de saldos se ve así facilitada por cuanto aquellas instituciones con dificultades pueden acudir a este apoyo financiero, aún cuando sea de corto plazo, evitando los riesgos de incumplimiento, emergentes de aquella compensación.

Nuevos esfuerzos efectuaron los órganos financieros de la ALADI con el propósito de prevenir otras causas de iliquidez que se estaban presentando en forma coyuntural y que, consecuentemente, podrían conducir a situaciones desestabilizadoras del sistema de pagos existente. Fruto de estos esfuerzos son las dos nuevas modalidades aprobadas en el marco del mismo Acuerdo a partir de 1981. Una de ellas se refiere a la atención de situaciones de iliquidez producidas por déficit globales de balanza de pagos (segundo mecanismo) y la otra, para financiar situaciones producidas por catástrofes naturales (tercer mecanismo).

Las características más importantes del Acuerdo de Santo Domingo son las siguientes:

- a) El Acuerdo de Santo Domingo no constituye un fondo permanente, se trata de un conjunto de compromisos de aporte que realizan los Bancos Centrales miembros en beneficio de alguno de ellos, que se concretan sólo cuando se presentan las situaciones de iliquidez. El monto cuatrimestral de los compromisos de aporte que cada Banco Central asume se fija teniendo en cuenta el monto de las cuotas que cada uno de ellos entrega al Fondo Monetario Internacional y sobre la base de tres grupos de países.
- b) La moneda del Acuerdo es exclusivamente el dólar estadounidense.
- c) A pesar de que los compromisos de aporte son de carácter colectivo, los compromisos financieros que se concreten en el marco de este Acuerdo son todos de carácter bilateral.
- d) El mismo Banco Agente utilizado para la compensación multilateral de saldos del Acuerdo de Pagos, se utiliza para la organización, contraloría y ejecución de la utilización del financiamiento previsto. Las disposiciones que regulan su actuación están contenidos en los respectivos reglamentos del Acuerdo de Santo Domingo, el cual prevé que, en última instancia, el gobierno del sistema queda a cargo del Consejo de Asuntos Monetarios y Financieros de ALADI.
- e) Las condiciones que deben ser observadas por cada Banco Central que solicite una disposición en el marco de este Acuerdo, son las siguientes:
 - a. Para la primera modalidad:
 - i. Que se opere un déficit o bien una disminución del superávit en la compensación multilateral de saldos del Acuerdo de pagos de ALADI.
 - ii. Que tenga déficit global en la balanza de pagos.
 - iii. Que sus recursos internacionales sean insuficientes.
 - iv. Que participe en el acuerdo de compensación con por lo menos cuatro convenios de créditos recíprocos vigentes.

Si se cumplen estas condiciones, el Banco Agente aprueba la solicitud de disposición, sin necesidad de consultar con los otros Bancos Centrales.

- b) Para la segunda modalidad:
- i. Que esté utilizando el primer tramo de crédito en el Fondo Monetario Internacional
 - ii. Que presente al Agente una solicitud de apoyo, fundamentada, acompañada de los antecedentes que el Consejo determine, entre los que se contará una relación de la naturaleza y el monto del déficit, de las medidas propuestas para salvar el desequilibrio y de las instancias a las que ha recurrido en demanda de fondos necesarios para obtener la solución a dicho déficit.
 - iii. Que se haya incorporado a este mecanismo dentro de los 90 días contados desde la fecha de su entrada en vigencia. Si la incorporación fuese posterior, deberán transcurrir 12 meses desde la fecha de su incorporación antes que pueda solicitar el apoyo del mecanismo.
 - iv. Que participe en el Acuerdo de Compensación con, por lo menos, cuatro convenios de crédito recíproco con Bancos Centrales signatarios de este acuerdo.
 - v. Que el Consejo apruebe la solicitud de apoyo.
- c) Para la tercera modalidad la exigencia está centrada en las consecuencias de iliquidez que puedan ser creadas por un hecho catastrófico provocado exclusivamente por acción de la naturaleza. La solicitud de disposición deberá ser cursada por el Banco Agente del sistema dentro de los seis meses de ocurrida.

Los mecanismos de apoyo previstos por el Acuerdo de Santo Domingo fueron suspendidos en 1984, ante la profunda crisis de liquidez por la que atravesó la región y que limitó las fuentes de recursos para brindar dichos apoyos e implicó, como se verá más adelante, la adopción de arreglos bilaterales entre los deudores y acreedores.

Debido a ello, en 1991, dentro del Convenio se incorporó el Programa Automático de Pagos, el cual, a la fecha, nunca fue utilizado.

Asimismo, se han realizado un conjunto de modificaciones tendientes a actualizar el Sistema, destacándose: la adopción de un **Protocolo de Solución de Controversias** y diversas iniciativas destinadas a mejorar el sistema.

3. EVOLUCION DEL CONVENIO DE PAGOS Y CREDITOS RECIPROCOS (CCR) DE ALADI

En los tiempos en que fue creado el Convenio, las garantías de transferibilidad y convertibilidad eran herramientas muy importantes, debido a que muchos países de la región contaban controles de cambio o diversas restricciones a las transferencias de divisa. Estas garantías, que básicamente cubren el “riesgo soberano” no tienen mayor relevancia hoy en día; pero sí la tiene la llamada garantía de reembolso, que cubre el “riesgo comercial”.

Esta última, es la que ha hecho particularmente atractivo el uso del Convenio a los Bancos Comerciales de la región. No obstante, las mismas razones que hacen atractivo el uso del convenio para los Bancos Comerciales, son las que lo hacen problemático para los Bancos Centrales.

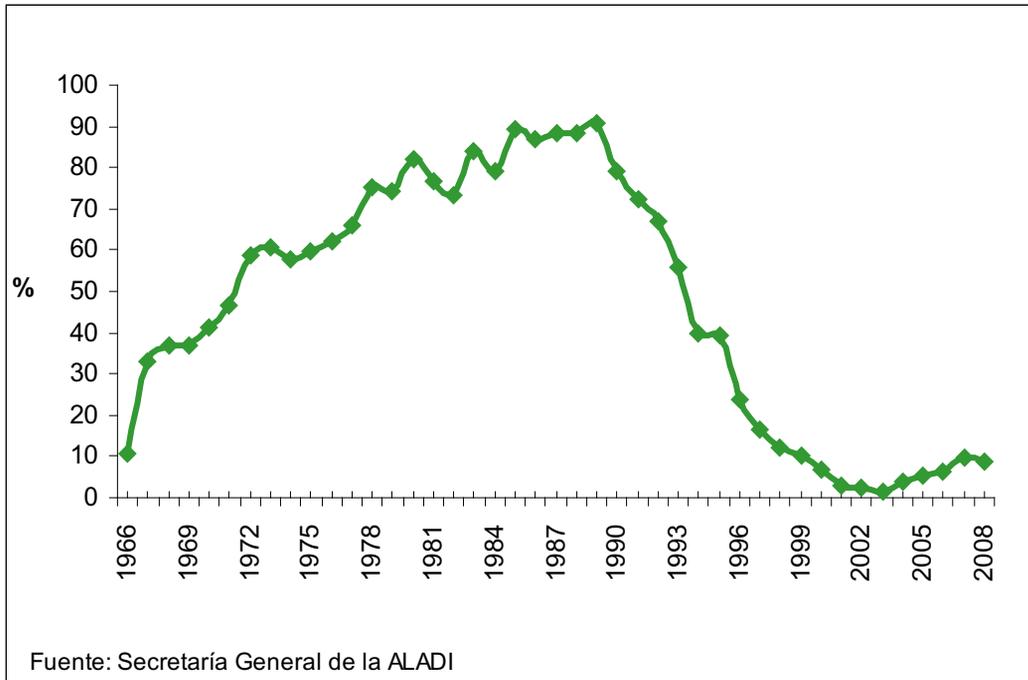
A principios de la década de los ochenta, la mayor parte de los países de la región imponían obligatoriamente el uso del Convenio para el curso de los pagos regionales, y prohibían o restringían severamente los pagos cursados fuera del Convenio. Uruguay, fue, durante ese período, uno de los pocos países que mantuvieron la libertad de pagos internacionales y que permitieron a sus comerciantes usar el mecanismo en forma voluntaria.

Mientras no se presentaron condiciones restrictivas generalizadas, el sistema funcionó bien y el comercio intrazonal creció.

Sin embargo, a partir de la crisis internacional de endeudamiento de 1982 que afectó fuertemente a los principales países de América Latina, el comercio del área cayó abruptamente. Desde 1982, se produjeron exclusiones¹ de las compensaciones multilaterales y arreglos bilaterales que alejaron parte de las operaciones de la vía del convenio.

Desde 1987 a 1995, se inicia una nueva etapa de expansión del valor de las operaciones cursadas a través del Convenio, en el marco de una recuperación de los niveles de comercio intrarregional. Sin embargo, es a partir de este período, en el cual el crecimiento de las compras intrarregionales comienza a superar ampliamente al del monto de las operaciones cursadas a través del Convenio, tal como puede apreciarse en el siguiente gráfico.

Monto de las operaciones cursadas a través del Convenio en relación al monto de las importaciones intrarregionales



Fuente: ALADI/SEC/di/2233

De esta manera, a partir de 1990, el Convenio comenzó a perder significación como instrumento de facilitación del comercio intrarregional derivado, entre otras razones, por el aumento del ingreso neto de capitales a la región, la mayor apertura comercial y financiera al resto del mundo y las restricciones a su uso del mismo dispuestas a través de las reglamentaciones internas dictadas por algunos de los Bancos Centrales miembros.

En relación a este último aspecto se destaca la eliminación de la obligatoriedad del cruzamiento de las operaciones de comercio intrarregional a través del Convenio y demás limitaciones, entre las que podrían mencionarse topes en las líneas de crédito por institución, montos máximos de operación, exigencia de garantías o el cobro de comisiones impuestas por los Bancos Centrales para minimizar el riesgo crediticio asumido como consecuencia del otorgamiento de la garantía de reembolso.

Es así que la situación cambió drásticamente en los noventa, cuando eran los bancos comerciales los que preferían utilizar el mecanismo y los Bancos Centrales los que restringían su uso. Nuevamente, la razón de este cambio está en la garantía de reembolso (art. 11), que hace extremadamente atractivo el convenio como medio de garantía comercial de las operaciones.

El mecanismo del CCR tuvo su auge en el año 1995, pero luego, debido a ciertos abusos, los Bancos Centrales restringieron su utilización haciendo que fuera progresivamente cayendo en desuso. En la actualidad,

¹ Para atender el problema de las "exclusiones", en 1991, se modificó el Convenio, creándose el Programa Automático de Pagos (PAP) cuyo funcionamiento se detalla en el artículo 10 del Reglamento. Hasta el momento, el PAP no ha sido utilizado.

el volumen de operaciones ha aumentado, fundamentalmente debido a la participación de Venezuela. No obstante, no se han vuelto a registrar los volúmenes de operaciones cursados durante los años noventa.

En marzo de 2003 se creó en Venezuela la Comisión Administradora de Divisas (CADIVI) para implementar el régimen de control cambiario establecido por el gobierno de ese país.

Dicho organismo otorga la autorización para la adquisición de divisas por parte de los solicitantes para el pago de importaciones de bienes, servicios y otros usos. Las Autorizaciones de Adquisición de Divisas (AAD) son nominativas, intransferibles y tienen una validez de 120 días corridos, contados a partir de la fecha de su notificación. La normativa venezolana establece que, cursando la operación comercial a través del Convenio de Pagos de ALADI, el plazo en que debe pronunciarse CADIVI es de sólo 5 días, a diferencia de los 90/120 días habituales, y la autorización estará sujeta únicamente a la correcta presentación de la documentación requerida, independientemente del bien de que se trate.

El Instructivo para la Tramitación de Operaciones a través del Convenio de Pagos de ALADI dictado por el Banco Central de Venezuela (BCV) de julio de 2007, establece las operaciones e instrumentos de pago no admisibles. En conclusión, utilizando el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de ALADI, no sólo se acelera el trámite ante la Comisión Administradora de Divisas en Venezuela, sino que además existe una garantía adicional para el cobro de la operación por parte del exportador, ya que al tratarse de un mecanismo de compensación entre los Bancos Centrales de ambos países, el Banco Central correspondiente garantiza su pago

Adicionalmente, la disminución del curso de operaciones a través del convenio se explica fundamentalmente por:

- la recuperación de los niveles de reservas y acceso al crédito internacional;
- la liberalización de los regímenes cambiarios, que ha restado validez y necesidad a la garantía de libre convertibilidad;
- La normativa interna que regula en cada el país el acceso al CCR por parte de las Instituciones Autorizadas
- la apertura de los sistemas financieros locales a inversión extranjera; creando redes financieras propias a través de las cuales se canalizan, con beneficio de márgenes para el intermediario financiero las operaciones de comercio exterior. El incremento de las operaciones realizadas por “comercializadoras” (tradings), quienes generalmente financian las operaciones de pre y post embarque a los entes productivos de la región, restando operaciones realizables vía el Convenio.
- muy posiblemente debido a las condiciones de acceso (regímenes internos) al CCR y a los montos de los créditos bilaterales. Debido a las limitaciones en los cupos de los créditos bilaterales, y fundamentalmente debido al costo financiero del mecanismo para los Bancos Centrales (que ha resultado más oneroso que la rentabilidad de sus inversiones de la reserva monetaria internacional), se han incrementado las operaciones de pago anticipado².
- La disposición de los Bancos Centrales a no facilitar o fomentar la utilización del CCR en condiciones en que sus nuevas funciones, consagradas en las constituciones y a nivel legal, garantizan su independencia frente al gobierno y su objetivo único y fundamental de garantizar la estabilidad de precios y de la moneda.

Con el respaldo de la garantía de reembolso, los exportadores tienen la posibilidad de realizar operaciones de descuento de transacciones, en su banco o en cualquier banco autorizado de plaza a operar a través del Convenio. Posiblemente, la tasa de descuento de una operación en este contexto, sea más baja que en el marco tradicional, ya que el Banco tiene la seguridad que se reembolsará al vencimiento de su Banco Central.

Esto le permite al exportador la posibilidad de financiar al importador con la certeza que cobrará la exportación al vencimiento, o que podrá hacerse de los fondos inmediatamente negociando con su banco la tasa de descuento y recuperando el capital de trabajo para encarar su próximo embarque.

² De hecho, a los efectos de reactivar el uso del mecanismo, una de los temas a reconsiderar, deberían ser las tasas de interés pagadas por los Bancos Centrales sobre los saldos compensatorios.

Cabe resaltar que el Convenio a través de las garantías que otorga, reduce el costo de las operaciones comerciales, merced a la cobertura del riesgo país y comercial, lo cual debiera redundar en una sustancial reducción del costo de seguro de crédito a la exportación.

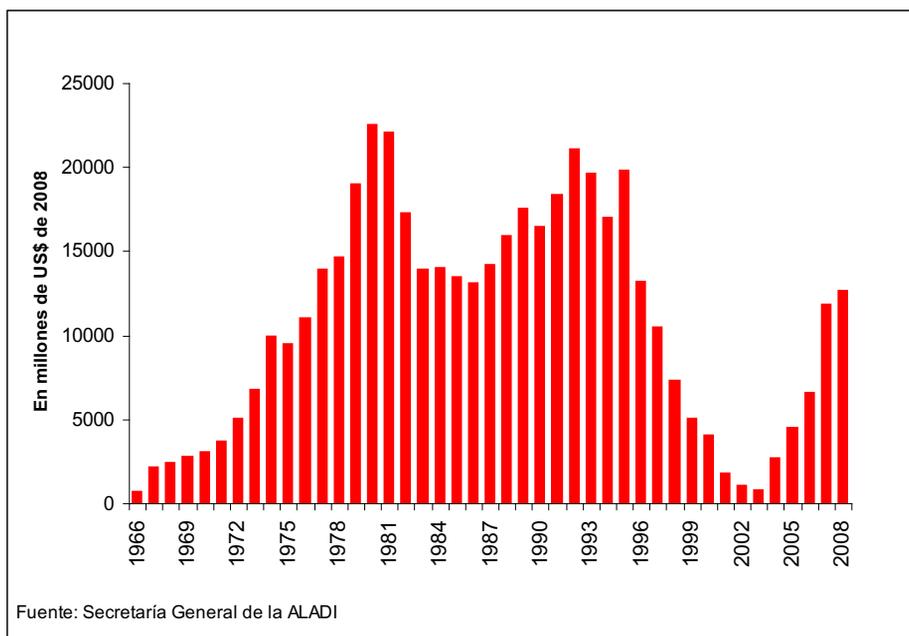
Asimismo, dadas las garantías que ofrecen los Bancos Centrales, no es necesaria la confirmación de las cartas de crédito, ahorrándose el exportador la comisión por confirmación.

La variedad de instrumentos de pago admisibles para canalizar operaciones a través de CCR, brinda flexibilidad para el uso del mecanismo de pago dado que puede optar por cualquiera de ellos dependiendo del tipo de transacción, de sus plazos, del volumen e importancia de la misma, del carácter de las relaciones existentes con su comprador y de las prácticas comerciales de cada país.

De acuerdo a lo citado en el documento ALADI/SEC/di/2233, pueden definirse entonces cuatro etapas principales al evaluar el “funcionamiento” del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de ALADI:

- 1966-1981: expansión
- 1982-1995: crisis y recuperación
- 1996-2003: la gran caída
- 2004-2008: lenta y concentrada recuperación

La evolución de la utilización del Convenio puede visualizarse claramente en el cuadro siguiente:



De acuerdo al mismo documento, pueden destacarse los siguientes, como eventos relevantes en la evolución del CCR ALADI:

1965: Acuerdo de México

1969: Acuerdo de Santo Domingo

1981: Modificación del Acuerdo de Santo Domingo

1982: Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos

1984: Suspensión del funcionamiento del Acuerdo de Santo Domingo

1991: Programa Automático de Pagos

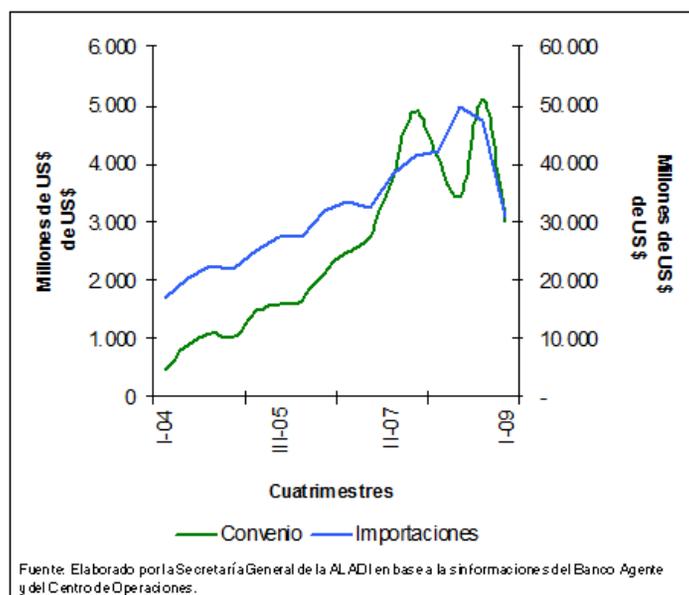
De todas maneras, el histórico de pagos de la ALADI es extremadamente positivo: no se registra ningún incumplimiento en las compensaciones del CCR desde su creación, incluso durante el período de moratoria de la América Latina en las décadas de 80 y 90.

En 1999, Ecuador renegoció sus débitos junto a los acreedores oficiales en el ámbito del Club de París, sin afectar los créditos en el ámbito del CCR.

La República Dominicana también enfrentó, en el bienio 2003-2004, una grave crisis económica. Los pagos en el ámbito del CCR fueron honrados

El Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos registró operaciones por un total de 3.007.411.236,74 dólares en el primer cuatrimestre de 2009, representando una disminución del 26,9% respecto a igual período de 2008 y del 41% con relación al último cuatrimestre de igual año, acompañando la fuerte reducción que registraron las importaciones intrarregionales como resultado de los efectos adversos de la crisis económica internacional sobre las economías de los países de la región

Importaciones intrarregionales y el valor bruto de las operaciones cursadas por el Convenio de Pagos por cuatrimestre (2004-2009)



FUENTE: ALADI/SEC/di 2258

La reducción del valor de las operaciones canalizadas en el primer cuatrimestre de 2009 obedece al fuerte descenso que experimentó la cantidad de operaciones, que alcanzó a 21.608, es decir un 42% inferior a la registrada en el mismo período del año anterior.

Por otra parte, el valor promedio por operación ascendió a 138.411 dólares en el período enero-abril de 2009, ubicándose un 28% por encima del registrado en el mismo período de 2008.

El análisis realizado por ALADI en el documento ALADI/SEC/di 2258 indica que, el 92% del total de débitos corresponde a Venezuela, mientras que el 85% de los créditos se encuentra distribuido entre Colombia (42%), Brasil (25%), México (10%) y Chile (8%).

De esta manera, las cifras del primer cuatrimestre de 2009 confirman que persiste el desequilibrio en el Sistema dado que las importaciones y, por ende los débitos, se encuentran concentrados en un único país.

Al analizar el total de operaciones cursadas a través del Convenio en el primer semestre de 2010, se registra una reducción del 60,4% respecto a igual período de 2009.

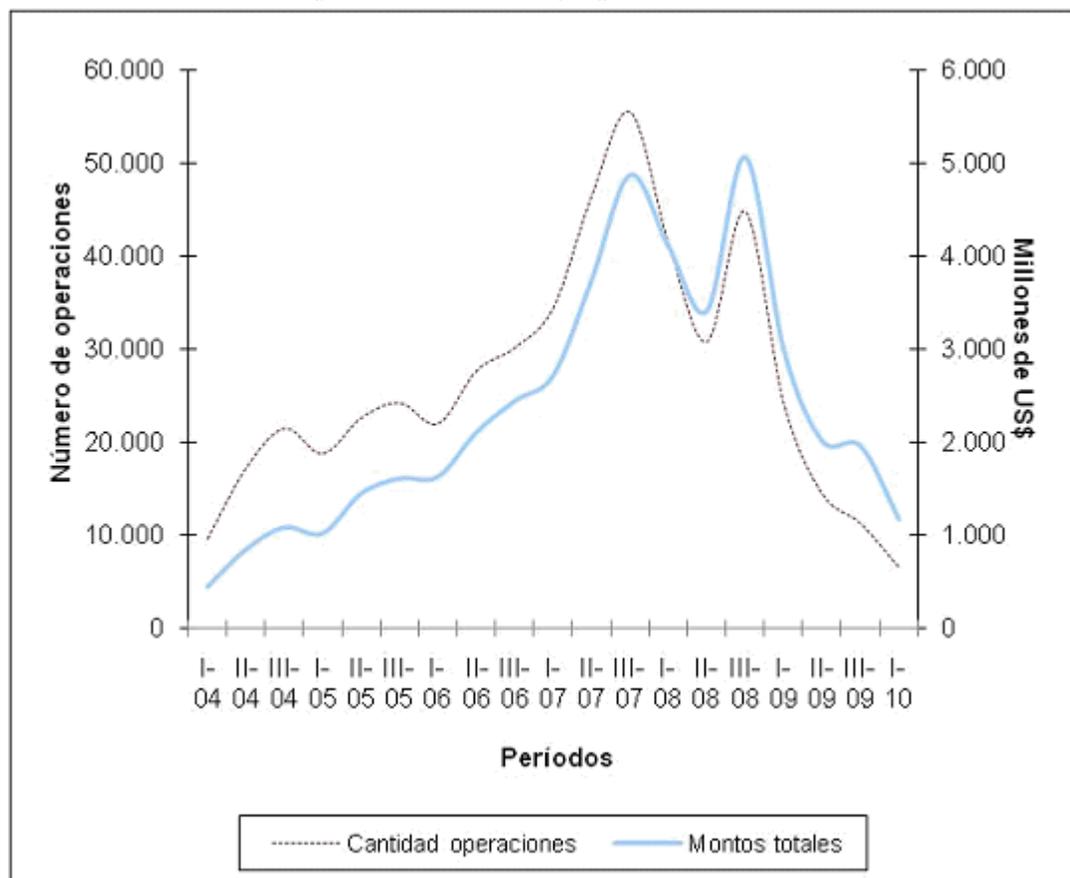
De esta manera, si bien se registra cierto aumento en las operaciones cursadas fundamentalmente a partir de mediados de 2007, los montos y cantidad de operaciones han caído en forma importante en el último año.

Evolución de las principales variables del Sistema de Compensación Multilateral
(Miles de dólares y porcentajes)

Años	2009			2010
	1° Cuatr.	2° Cuatr.	3° Cuatr.	1° Cuatr.
Operaciones cursadas	3.007.411	2.060.271	1.995.717	1.190.177
Divisas transferidas	2.947.510	2.006.957	1.880.082	1.108.839
Ahorro de divisas	59.902	53.314	115.635	81.337
Grado de compensación (%)	2,0	2,6	5,8	6,8
Pagos anticipados	2.773.972	1.848.414	1.753.486	1.015.659
Pagos ant. / Operac. Cursadas (%)	92,2	89,7	87,9	85,3
Tasa de Interés %	2,44	1,83	1,37	1,30

Fuente: ALADI/SEC/di 2342

Cantidad de instrumentos y monto de las operaciones cursadas por el Convenio de Pagos por cuatrimestre



Fuente: ALADI/SEC/di 2342

El documento ALADI/SEC/di 2342 concluye que “el impacto que la crisis económica internacional tuvo sobre las economías y el comercio regional de los países miembros derivó en una fuerte caída de las operaciones cursadas a través del Convenio de Pagos en el tercer período de 2009, la que se acentuó en el primer cuatrimestre de 2010, que no fue mayor en términos de montos debido a que el monto canalizado por operación mostró un incremento.

En relación a los principales deudores y acreedores del Sistema se mantiene la preeminencia de **Venezuela como principal deudor**, seguido de República Dominicana, mientras que en el período también aparecen Bolivia y Paraguay. En tanto que en materia de acreedores, el principal es Brasil, seguido de Chile y Ecuador”.

Consideraciones respecto al caso de Venezuela

Si bien la posibilidad de utilizar el CCR como mecanismo de pago ha facilitado el comercio con Venezuela, hay opiniones diversas respecto a la real utilidad del Convenio como herramienta dinamizadora del comercio con este país.

A nivel empresarial, se dice que muy difícilmente una empresa venezolana acceda a abrir una carta de crédito cuyo pago pueda cursarse a través del Convenio. Como contrapartida, hay empresas uruguayas que tienen pagos pendientes de cobro desde un año para atrás y enfrentan graves problemas para solucionar estas dificultades.

A continuación se transcribe texto extraído del artículo “Importaciones ALADI bajo CADIVI: una carrera de obstáculos”³, el que vale la pena leer en su totalidad:

“En algunos casos el proceso no fluye porque CADIVI no genera las ‘Formas-1’, elemento sine qua non del procedimiento, exigible en todas las tramitaciones de importación ALADI.....; en otros casos la cuestión se tranca porque CADIVI origina la Forma-1 cuando la AAD ya venció y la renovación de esta última no se produce a pesar de mediar múltiples gestiones y ruegos del importador... A veces es el MILCO u otro ministerio, quien demora o no otorga el Certificado de No Producción Nacional que se requiere para poder optar por divisas controladas. Otras veces es el Banco Central quien pone la piedra e impide que los bancos carguen las solicitudes de códigos de retorno, deshabilitando el procedimiento SICAP establecido para.....; y como si fuera poco, en ocasiones es un reclamo sorpresivo de extorno (devolución de lo recibido por el proveedor), el que pone la tapa al frasco, para coronar los múltiples impedimentos que penden contra el importador que osa comprar mercancía bajo la modalidad ALADI y pretende pagar a través del control de cambio... El hecho es que, por una causa u otra, las importaciones ALADI se ven irracionalmente obstaculizadas. El contrapunto de vista del gobierno es que se importa excesivamente a través del ‘boquete’ ALADI, por donde circula un flujo comercial más libre, que el que trasiega los ductos de las importaciones desde terceros países, las cuales no tienen los privilegios concedidos por las normas del control de las divisas a los países suramericanos y México, signatarios del Acuerdo de Créditos y Pagos Recíprocos de ALADI. En efecto es así; las estadísticas lo prueban: en el año 2002, inmediato anterior al control de cambio, Venezuela importó bajo el convenio ALADI menos de cien millones de dólares; el acuerdo estaba quebrado, a punto de extinguirse. En 2008, seis años después y gracias al control, las importaciones de nuestro país bajo esta modalidad totalizaron doce mil doscientos cuarenta y nueve millones de dólares (exactamente 12.249 por ciento más). No en vano el gobierno cree que se importa mucho a través de ALADI. Esta percepción ha sido avalada por la Secretaría General de ALADI, quien en un Informe de la gestión comercial del Acuerdo al finalizar el año 2004 publicaba: ‘El CPCRA había caído en desuso y se mantenía en un nivel de ‘supervivencia’ desde 1996, cuando cesaron la mayoría de los sistemas de control de cambio de divisas en los países de la región y todos comenzaron a comprar y vender directamente en dólares, pero el Acuerdo adquirió vigencia y fuerza a raíz de la nueva imposición de un mecanismo de control de las divisas y las importaciones por parte de Venezuela, quien restringe las compras de terceros a una lista de ‘prioridades’, pero mantiene abierta la posibilidad de hacerlo con cualquier producto respaldado por un Certificado de Origen de un país-ALADI.’ (Informe de la Secretaría General de ALADI, tercer cuatrimestre’ 2004, publicado en: www.aladi.org) Pero nuestras autoridades, en vez de decirlo con franqueza y ejercer las restricciones de manera directa y simple para disminuir la ‘sangría’ no deseada, apelan a un sinfín de entorpecimientos burocráticos de característica esquizofrénica (porque se proclama por una parte el interés en promover estas importaciones, pero al mismo tiempo se entorpecen de hecho mediante las manipulaciones), con el resultado natural de que esos subterfugios causan molestia, desconcierto y estimulan respuestas de similar sinuosidad en los usuarios, cuyo objetivo es burlar la contrafuerza. Las importaciones ALADI puján vigorosamente, pero el gobierno las tiene maniatadas; existe un empeño deliberado en obstaculizarlas. El torneo de pugilato posiblemente termine en un cambio de las regulaciones, de un momento a otro, para prohibir oficialmente lo que se ha ido haciendo prácticamente cada vez más difícil. No se prohibirán las importaciones ALADI, pero probablemente se van a restringir de manera drástica.”

3.1. El convenio y la crisis de 1982

A partir de 1982 se advirtieron algunas dificultades, no derivadas de los propios mecanismos de cooperación financiera, sino básicamente de las condiciones económicas internacionales que venían afectando progresivamente a los países de los Bancos Centrales miembros.

La magnitud de la crisis internacional y la intensidad y rapidez con que sus efectos se reflejaron en la economía de los países miembros superaron inicialmente la capacidad de respuesta institucional de la región y determinaron que cada uno de los países miembros procurase solucionar en forma individual las dificultades del sector externo de sus economías.

3 <http://www.guia.com.ve/noticias/?id=36580>

En el último cuatrimestre de 1982, el Banco Central de Argentina se debió retirar de la compensación. La grave crisis que debió soportar Argentina con la refinanciación de su deuda externa en el segundo semestre de 1982 motivó que su Banco Central solicitara una prórroga excepcional y de emergencia en el plazo de pago de la compensación, que cerraba el 31 de Diciembre de 1982.

Al no contar con el consentimiento de todos los miembros del convenio de pagos, debió autoexcluirse de la compensación y celebrar arreglos bilaterales, para cancelar finalmente en los primeros meses de 1983, sus saldos deudores.

El Banco Central de Brasil, que era el principal afectado por esta prórroga, excluyó de la misma su mayor saldo deudor (con México), y el de Bolivia su saldo deudor con Brasil. También México se excluyó de la compensación que debía abonar a comienzos de enero de 1983.

En consecuencia, en 1982, el total de operaciones cursadas por el sistema sufrió una reducción del 30% en relación con 1981, y el total de divisas transferidas se elevó a 29% de las operaciones cursadas contra un promedio de 25% en el quinquenio 1977/1981.

Enfrentados con los requerimientos del pago de su deuda externa, un gran número de países redujo fuertemente sus importaciones buscando la manera de lograr un superávit de divisas. Al mismo tiempo, todos trataron de vender más en el exterior, buscando dólares inexistentes en el área.

El sistema fue puesto a prueba en aquel momento y supo sobrevivir. A medida que la crisis financiera fue amainando, los Bancos Centrales volvieron al sistema, el cual ya había recuperado a todos sus miembros en 1988.

3.2. Aproximación a un caso de incumplimiento. Brasil-Ecuador 2008/2009

En Octubre de 2008, Ecuador inició un juicio en París ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, para evitar el pago de un préstamo de 243 millones de dólares al banco estatal de Brasil BNDES (Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social), que financió la construcción de la hidroeléctrica San Francisco, realizada por la empresa brasileña Odebrecht.

La obra fue construida por un consorcio con participación de Odebrecht, una de las principales empresas privadas de Brasil, con operaciones en varios países de América. Fue inaugurada en junio de 2007 y presentó fallas estructurales, hasta dejar de funcionar, un año después; lo que provocó el reclamo del Gobierno a la constructora Odebrecht, que se negó a pagar las reparaciones económicas que solicitaba el país.

Consecuentemente, Correa decidió expulsar a la constructora de la nación y pasar a manos del Estado los proyectos de la firma, entre ellos otras centrales hidroeléctricas, un aeropuerto y una carretera principal.

El Gobierno de Brasil recibió con mucha preocupación la noticia de la decisión tomada por el Presidente Rafael Correa, y anunció una "amplia revisión" de su cooperación con Ecuador.

El Gobierno de Ecuador sugirió no pagar su deuda, mientras que el BNDES defendió en un comunicado la legalidad del contrato y recordó que la operación se hizo en el ámbito del Convenio de Pagos de Créditos Recíprocos de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que estipula que la deuda es de carácter "irrevocable". El impago de la deuda implicaría la declaración de "insolvencia" para el Banco Central deudor, en este caso el ecuatoriano, ante las autoridades monetarias del resto de miembros de ALADI, advirtió el BNDES.

Además de haber expulsado a Odebrecht y a la estatal brasileña eléctrica Furnas, responsable de supervisar la construcción de la hidroeléctrica de San Francisco, el gobierno de Ecuador anunció el embargo de los bienes de Odebrecht, la militarización de sus instalaciones y la prohibición de salida de representantes de la empresa, por un diferendo derivado de daños producidos en la central hidroeléctrica San Francisco, la segunda del país con capacidad de 350 megavatios.

También amenazó con nacionalizar los campos petroleros concedidos a la también brasileña Petrobras si la petrolera no aceptaba modificar su contrato en ese país.

En una primera reacción a ese conflicto, el presidente Lula decidió suspender las discusiones sobre varios proyectos de infraestructura en Ecuador, principalmente las obras para comunicar a Manta (Ecuador) con Manaos (Brasil).

El contrato de financiamiento celebrado el 13 de octubre de 2000, entre la Agencia Especial de Financiamiento Industrial (Finame), en calidad de mandataria del BNDES e Hidropastaza, constituyó el fideicomiso mercantil San Francisco, para el manejo del servicio de la deuda con el banco. Con ese fin se abrió la cuenta denominada CFN-Fideicomiso San Francisco, en el Banco Central del Ecuador

De esta forma, el Finame debita automáticamente los dividendos de la cuenta del Banco Central. El pago del último dividendo del crédito brasileño deberá concretarse el 29 de junio de 2018.

Para las notas con vencimiento a partir de 2009, según el Mandato 15 de la Asamblea Constituyente, el Estado debe asumir las deudas de las eléctricas (incluso de San Francisco).

Según el contrato de financiamiento, cualquier controversia entre las partes deberá someterse al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París y regirse por las leyes brasileñas.

En enero de 2009 Brasil anunció que recibió de Ecuador el valor referente a los pagos vencidos en diciembre del financiamiento del BNDES para la construcción de la hidroeléctrica de San Francisco, dando fin al conflicto, y disipando todo cuestionamiento al Convenio ALADI como sistema de pago.

3.3. El papel de BNDES como fuente de financiamiento de infraestructura regional a través de CCR

América Latina constituye uno de los principales destinos de las exportaciones brasileñas de bienes y servicios con alto valor agregado.

La participación de los productos industrializados en la pauta de exportaciones a la región fue del orden del 92% en el período de 1990 a 2007, comprendiendo cerca del 30% de las exportaciones de productos industrializados de Brasil. Además de su importancia desde el punto de vista comercial, la región es una de las prioridades de la política externa brasilera.

En ese contexto, el CCR de ALADI, se destaca como un instrumento que juega un papel relevante en el desarrollo del comercio intra-regional. A partir de mediados de la década del '90, se verifica un creciente papel del CCR como facilitador de financiamientos de largo plazo para proyectos de infraestructura en la región.

El financiamiento a ese segmento reviste especial importancia en sectores de infraestructura como transporte y energía, que son esenciales para la integración física y económica de América del Sur.

El principal desafío en la estructuración de financiamiento para países de América Latina consiste en la obtención de garantías adecuadas a un costo competitivo. En ese sentido, el uso del CCR se ha revelado como un factor relevante en la estructuración de garantías de financiamientos brasileños en la región.

A modo de ejemplo, cerca de 72% de los USD 3 billones desembolsados por el BNDES en financiamiento a países de América del Sur en el período de 1997 a 2007, contaron con el CCR como instrumento mitigador del riesgo.

En Diciembre de 2009, BNDES otorgó un crédito de más de U\$S 640 millones a Aerolíneas Argentinas y Austral para financiar en 85% del valor de compra de 20 aeronaves Embraer 190, de fabricación brasileña, que se destinarán a la renovación de la flota de Austral⁴.

El financiamiento del crédito del BNDES será a 12 años contados a partir de la entrega de cada aeronave, con dos pagos semestrales para cada avión, es decir que cada una de las aeronaves tiene una financiación total de 24 cuotas.

El crédito otorgado por el BNDES será garantizado a través de dos sistemas: 60% por el CCR ALADI y 40% restante con garantía por Carta de Crédito del Banco de la Nación Argentina.

Sin perjuicio de lo instrumental que ha probado ser el CCR en casos como el anterior, es conveniente tener en cuenta que mas del 90% de la fuerza empresarial y laboral de la región está compuesta por Micro, Pequeñas y Medianas empresas.

Por esta razón, es fundamental que las pequeñas empresas tengan también acceso a los mecanismos de facilitación del comercio existentes.

ALADI -de acuerdo a la Presentación de la recopilación de las ponencias presentadas en la Reunión "Las Mipymes y las Crisis Económica Internacional (ALADI, 22 y 23 de Julio de 2009)"- "identifica como imperativo el desarrollo de mecanismos que profundicen la internacionalización y el aprovechamiento efectivo del proceso de integración regional por parte de ese importante eje del aparato productivo y social, de manera tal que le permita afrontar exitosamente el desafío generado por la actual crisis económica internacional".

4. INCONVENIENTES DEL SISTEMA

Si bien el CCR y su Reglamento establecen las normas generales para las operaciones del Sistema, los Bancos Centrales tienen la facultad de regular tanto las operaciones canalizables como los instrumentos utilizables en cada país para cursar pagos por el mismo, de acuerdo a sus requerimientos o necesidades internas.

Ello implica que la utilización y operación del Convenio, si bien se rige básicamente por normas uniformes, tiene diferentes alcances dependiendo de la reglamentación que, para cada país, adopten los Bancos Centrales y depende del monto de los créditos bilaterales que en teoría debería estar en función de volumen del comercio bilateral y de la capacidad y disposición de los respectivos Bancos Centrales para asumir los riesgos derivados.

La reducción en la canalización de operaciones mediante el convenio es consecuencia de las profundas transformaciones que experimentaron las economías latinoamericanas a raíz de la apertura comercial y financiera.

Ante esta situación, en el mes de septiembre de 1999 los Bancos Centrales pertenecientes al Convenio presentaron sus hipótesis respecto a cuáles eran las causas que explicaban la caída registrada en las operaciones. Entre las razones más importantes se mencionan:

- (1) la globalización del sistema bancario y la modificación del escenario económico;
- (2) los costos y la burocratización del sistema; y
- (3) la redefinición de las funciones de los Bancos Centrales.
- (5) La globalización del sistema bancario ha hecho innecesaria la presentación de garantías de reembolso de divisas, debido a la activa presencia en las operaciones de comercio exterior de la banca internacional en la región.

4 Los veinte aviones que el Gobierno argentino decidió comprarle a Embraer trajeron polémica. El martes 2 de diciembre, la Justicia allanó la sede de Aerolíneas Argentinas por las sospechas de que se habrían pagado sobreprecios en perjuicio de las arcas fiscales.

5 ALADI (1999), "Resultados de la Consulta de Opinión de los Bancos Centrales sobre el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos". XXXIX Reunión de la Comisión Asesora de Asuntos Financieros y Monetarios, ALADI/

Adicionalmente, la competencia entre monedas en la mayoría de los países de América Latina ha originado crecientes niveles de dolarización que han reducido la demanda de moneda doméstica y consecuentemente el interés de los exportadores de participar en el Convenio.

Adicionalmente, los costos de transacción generados por la exigencia de registros previos a la concesión del reembolso y los costos, comisiones y tarifas que cobran los Bancos Centrales han contribuido a la creación de nuevos canales para el desenvolvimiento de las operaciones de exportación e importación que incorporan avances significativos en cuanto a la competitividad asociada a los costos y agilidad de las operaciones de comercio exterior.

Finalmente y de manera especial en la última década, los Bancos Centrales de América Latina han redefinido sus funciones haciéndolos responsables de la estabilidad de precios, dejando de lado aspectos como fortalecimiento del comercio o generación de empleo o crecimiento económico.

Adicionalmente, a inicios de 1995, se cursaron desde Argentina, numerosas operaciones fraudulentas, registradas y cursadas en exceso de los límites de crédito autorizados al banco emisor y que no correspondían a operación comercial alguna.

Concretamente, el Banco Austral, acusado por el Banco Central de Argentina de manejos fraudulentos con créditos de ALADI, fue suspendido el 17 de abril de 1995. El “descubrimiento” de los ilícitos no fue un mérito del Banco Central, sino por el pedido de quiebra ingresado en los tribunales de George Town (Gran Cayman) contra la banca “off-shore” (ultramar) del Austral denominada Austral Bank International, y de los reclamos del Banco Central de Uruguay de 36 millones de dólares en el marco de la ALADI.⁶

Hubo allí un quiebre de confianza, que repercutió en el grado de credibilidad del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos; situación que llevó a los Bancos Centrales a intentar minimizar su exposición al riesgo comercial. En la práctica ello implicó la limitación del mecanismo al uso de las cartas de crédito y, como efecto más negativo, la pérdida de la automaticidad del Sistema.

4.1. Algunos detalles sobre las maniobras fraudulentas⁷

Funcionarios del Banco Central de la República Argentina (BCRA) afirman que se enteraron de las operaciones de ALADI en días previos a la Res.111 (suspensión); y que se recibió un fax del Banco Central del Uruguay (BCU) en el cual figuraba el detalle de operaciones realizadas por el Banco Austral (BASA) en el marco de ALADI. Estas operaciones no estaban contabilizadas en los balances del BASA.

De acuerdo a la determinación que se realizó en función de que las operaciones ALADI no eran genuinas, el BASA debía afrontar frente al BCRA un pago de aprox. \$.30 millones.

Se solicitó al Banco Central del Uruguay (BCU), las carpetas por los que los bancos privados uruguayos le dieron créditos al BASA. La inspección del BASA no detecta la existencia de esos papeles en el banco y se observa en las carpetas distintas anomalías que permitían suponer que las operaciones no eran reales, por ejemplo: una exportación de 4.000 toneladas de arroz por flete terrestre con una sola Guía de Transporte, cuando debiera haber habido una por camión. Con los códigos de reembolso que informó el BCU se consultó al Banco Central del país destinatario de la exportación argentina que se financiaba y este país contestó que los códigos de reembolso no habían sido emitidos por los bancos de su país, con lo cual se acreditó que las operaciones no eran reales.

CAFM/XXXIX/dt1/Rev.1, Montevideo, Septiembre.

Citado por Guarneri, Roberto, en el V Seminario-Taller sobre “Sistemas de Pagos y Liquidaciones”. Caracas, Venezuela, 25-27 de Octubre de 2000

6 Clarín Digital. “Convocan para Setiembre a los acreedores del Banco Austral” Lunes 13 de mayo de 1996, Buenos Aires, República Argentina

7 Fuente: Cámara de Diputados de la Nación Argentina Comisión Especial Investigadora sobre Hechos Ilícitos Vinculados con el Lavado de Dinero

En la causa 1782/95, carátula “Ganduglia, Carlos María y otros s/estafa”, el BCRA dice que se fraguaron operaciones de exportación financiadas bajo el Convenio ALADI. Las mismas se iniciaron durante el mes de mayo de 1994 y se continuaron ejecutando hasta un año después no existiendo rastro alguno en la contabilidad del BASA ni en la información que obligatoriamente debía enviar al BCRA.

Al mismo tiempo que se ejecutaba y se consumaba la defraudación en perjuicio del BCRA, por las operaciones ALADI (que eran negadas por BASA llegando hasta formular una denuncia penal como querellantes), el BASA solicitaba asistencia económica al BCRA debido a una situación transitoria de iliquidez aduciendo al “efecto tequila” ocultando no sólo esas operaciones sino las consecuencias negativas que las mismas tenían respecto a su equilibrio patrimonial y financiero, ya que representaban, a la fecha del vencimiento de cada una de ellas, deudas exigibles que ni siquiera tenían una contrapartida a su favor, dado que las operaciones de exportación eran inexistentes, con lo cual no había ningún pago del importador al exportador.

El Banco Austral se desplomó en 1995, a raíz de la intervención decretada por las estafas en operaciones falsas de comercio exterior. La operatoria que comprometía a las operaciones falsas de comercio exterior se realizó a través del uso del Convenio de Pagos Recíprocos – ALADI.

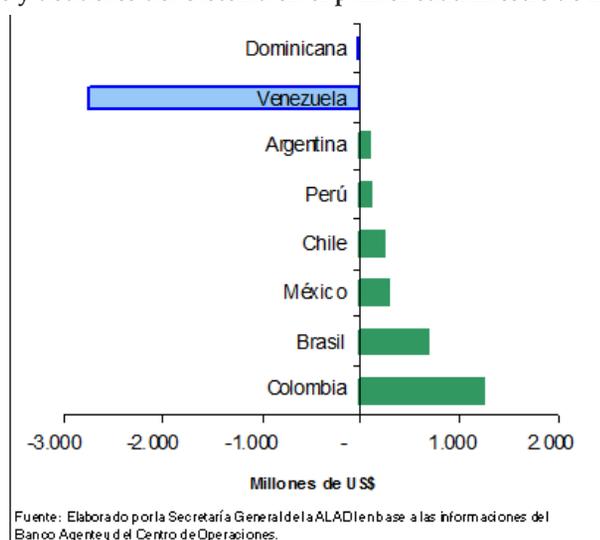
4.3. Finales de los '90

La situación antes mencionada se agudizó hacia finales de la década del 90 y en los primeros años de la presente, donde las restricciones nacionales al uso del Convenio junto a la crisis económica experimentada en la mayoría de los países de la región, limitaron los niveles de comercio intrarregional y aún más el monto de las operaciones canalizadas, las que alcanzaron su mínimo histórico en 2003.

A partir de 2004, el valor de las operaciones cursadas por el Convenio inicia un nuevo proceso de crecimiento ininterrumpido hasta 2008. Cabe notar que si bien esta etapa de crecimiento coincide con una nueva fase de expansión del comercio intrarregional, la recuperación no parece ser producto de ese dinamismo ni podría atribuirse a una flexibilización de las condiciones impuestas, sino al resultado del comportamiento de Venezuela, país que incrementó en forma sostenida la canalización de operaciones por el mecanismo.

Dicha situación genera un desequilibrio dentro del Convenio, dado que, por un lado Venezuela concentró, en promedio el 85,4% del total de los débitos cursados en el período 2004-2008, mientras que Colombia (38,7%), Brasil (28,6%) y México (10,6%) aglutinaron en promedio, el 78% de las operaciones de crédito en el mismo período.

Acreeedores y deudores del Sistema en el primer cuatrimestre de 2009



Adicionalmente, el comportamiento descrito determinó que a lo largo del período 1966-2008 el ahorro de divisas resultante de la compensación se fuera reduciendo sistemáticamente, a punto tal que en 2008, el monto de las divisas transferidas alcanzó al 97,3% del monto de las operaciones cursadas, con lo cual el grado de compensación se ubicó en niveles muy bajos (2,7%).

Ello puede ser atribuido entre otras razones, a la insuficiencia de algunas líneas de crédito recíprocas que obligan a la cancelación inmediata de los excesos, así como, al costo más elevado que la utilización de dichas líneas puede tener para los Bancos Centrales deudores en relación a la remuneración que en el período se podrían haber obtenido por las reservas, lo que ha estimulado la realización de pagos anticipados.

Los pagos anticipados, son pagos realizados con anterioridad al cierre del período respectivo, y su alto nivel de utilización se debe a la abundancia de liquidez de la mayoría de los Bancos Centrales y al diferencial de las tasas de interés cobradas por los débitos en las cuentas del CCR respecto de otras tasas internacionales.

Dado que las compensaciones se realizan cada cuatro meses, los países acreedores netos cobran intereses por el crédito obtenido durante ese período. La tasa especificada en el convenio para dichas operaciones es inferior a la que los Bancos Centrales pueden obtener en el mercado internacional por la colocación de reservas.

Por ello, también, la utilización del CCR resulta menos atractiva. Así, pues, el CCR genera una asimetría entre los países deudores y acreedores, beneficiando a los primeros.

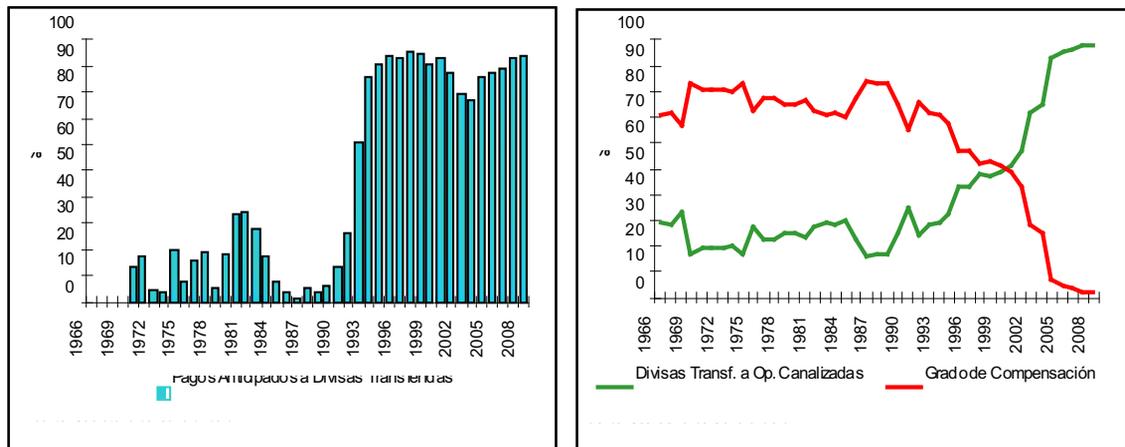
En el primer cuatrimestre de 2009 la operativa del Convenio de Pagos experimentó un retroceso en la tendencia prácticamente sostenida de crecimiento experimentada desde el último cuatrimestre de 2003.

El valor de las operaciones en el primer cuatrimestre de 2009 superó los tres mil millones de dólares, registrando un descenso significativo respecto al período inmediato anterior del 41% y del 26,9% con relación a igual período de 2008, como consecuencia que el impacto de la crisis económica internacional tuvo sobre las economías y el comercio regional de los países miembros.

No obstante ello, la proporción de pagos anticipados en relación al monto total de las operaciones se ha mantenido, con lo cual el ahorro de divisas efectivo vinculado con la utilización del Convenio de Pagos es bajo.

En los gráficos siguientes se aprecia la evolución que han tenido los pagos anticipados en relación al monto de divisas transferidas, y qué proporción representan las divisas transferidas del monto de operaciones cursadas por el Convenio, así como el grado de compensación.

Relación entre los Pagos Anticipados y Divisas Transferidas; Relación entre las Divisas Transferidas a Operaciones Canalizadas y Grado de Compensación



PUNTOS Y CONTRAPUNTOS

A modo de síntesis puede señalarse que el Convenio es un instrumento de cooperación financiera que a nivel regional cuenta con una amplia membresía, que ha funcionado ininterrumpidamente por más de cuatro décadas y ha demostrado su efectividad para facilitar la canalización de los pagos; disminuir las divisas transferidas entre sus miembros en momentos de severas restricciones de liquidez internacional y promover las relaciones comerciales entre los países miembros a través de la confiabilidad que ofrece el sistema de garantías.

No obstante ello, en los últimos años, el mecanismo ha perdido importancia como instrumento para canalizar los pagos vinculados al comercio regional y ahorrador de divisas. Asimismo, el elevado grado de concentración de las operaciones en pocos acreedores y deudores genera desequilibrios dentro del Sistema.

Cabe anotar que el mecanismo no puede tener un efecto equilibrador, sino que por el contrario, refleja los desequilibrios existentes.

Dicha situación no ameritaría un análisis del Convenio si los países miembros no se vieran enfrentados a un fuerte recorte en sus fuentes de financiamiento externo y los ingresos por exportaciones no hubieran experimentado un marcado descenso como resultado de la crisis económica internacional. En este contexto, una discusión profunda acerca del rol del Convenio y la normativa que rige su funcionamiento podría permitir revitalizar el mecanismo.

El CCR no tiene recursos propios, sino que debe hacer efectivas las líneas de crédito a las que se han comprometido los Bancos Centrales. Al generalizarse la crisis regional, estos pueden no estar en condiciones de enterar los aportes a los que se habían comprometido. Es por ello que se hace indispensable que se maneje un sistema de pagos en conjunción con una institución regional de mayor volumen y peso financiero.

En descargo del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI hay que señalar que **éste no es un mecanismo de financiamiento y que por lo tanto no se le puede pedir más que aquello para lo que originalmente fue concebido**. En esencia, es un instrumento destinado a facilitar los pagos en la región, economizar el empleo de divisas convertibles en la ejecución de los mismos y reducir el costo de las transferencias, haciéndose así innecesaria la intervención de instituciones bancarias extra zona en las operaciones de comercio intrarregional.

Sin embargo, esto es una verdad a medias, por dos razones. Primero, porque el sistema de pagos lleva implícito, como consecuencia de la compensación periódica de débitos, algún grado de financiamiento de muy corto plazo para los Bancos Centrales deudores en el transcurso de un período de compensación. Segundo, porque el perfeccionamiento gradual que históricamente derivó del sistema de pagos de ALALC/ALADI respondió básicamente a la finalidad de incrementar las posibilidades de financiamiento de los saldos deudores resultantes del intercambio comercial intrazonal.

Así ocurrió con la creación del Acuerdo de Santo Domingo, la ampliación de los períodos de compensación y, por lo tanto, la ampliación de los créditos recíprocos de tres a cuatro meses, el aumento de los montos de créditos recíprocos, la modificación del Acuerdo de Santo Domingo al ampliar los montos y causales de acceso a financiamiento de los déficit comerciales.

Frente a esta realidad, **el convenio de la ALADI parecería haber cumplido su objetivo pero se encuentra cada vez más lejos de adecuarse a la coyuntura de un mundo globalizado y con mercados financieros que buscan cada vez estar más integrados.**

5. CONSIDERACIONES PARA UN REPLANTEO DEL SISTEMA

Los mecanismos financieros pueden promover, facilitar, y aún mejorar los niveles de intercambio, pero no pueden promover, por sí mismos, la creación de comercio intrarregional. Ello será fruto de los avances en el plano comercial.

Los instrumentos financieros de ALADI han contribuido positivamente a la promoción de los intercambios regionales, facilitando, a través de los sistemas de pagos y de financiamiento, una notoria disminución en la utilización de remesas financieras en monedas de libre convertibilidad y formas de financiamiento adicionales para el pago de los saldos deudores.

Indudablemente, la posición neta que cada Banco Central genere en su intercambio compensado regional provocará la adopción de una forma particular de participación en estos mecanismos. Así, temas como períodos de compensación, niveles de tasas de interés, monto de líneas de créditos recíprocos, generan posiciones diferentes en el seno de los órganos financieros de la ALADI.

Estos temas de por sí conflictivos, interponen en su resolución legítimos intereses nacionales y encuentran soluciones racionales fruto del ánimo de los Bancos Centrales de contribuir, hasta donde les es posible, a perfeccionar un sistema del que están convencidos que sus ventajas operativas contribuyen positivamente al desarrollo de la integración económica.

En un sistema de compensación, los superávits comerciales de algunos miembros tienen como reflejo los déficits en los que incurrir otros. Para que el sistema opere adecuadamente los desequilibrios comerciales, de los cuales las operaciones financieras son una consecuencia, no pueden ser persistentes ni estar concentrados en pocos miembros. El Convenio no parece ser un instrumento idóneo para reducir los desequilibrios comerciales permanentes entre algunos países miembros.

No obstante ello, el aumento de la cantidad y el monto de las operaciones y particularmente, de la participación activa de todos los miembros permitiría que el funcionamiento del sistema de compensación fuera más equilibrado, reduciendo los riesgos asociados de operar a través del mismo.

A los efectos de estimular el análisis de las posibles modificaciones en la normativa u operativa que deriven en el fortalecimiento del Convenio, el documento ALADI/SEC/di/2233 agrupa los temas que podrían ser considerados en cuatro categorías: obligatoriedad de las operaciones; la garantía de reembolso; límites de crédito, período de compensación y tasas de interés aplicadas y otros vinculados con la operativa. A continuación se transcribe parte del texto del documento mencionado:

a) Obligatoriedad de canalizar las operaciones a través del Convenio

El artículo 4 del Convenio de Pagos establece que la canalización de las operaciones a través del mismo será voluntaria.

Durante la década del 80 y hasta el año 1992, las severas restricciones de liquidez imperantes derivaron en que la mayoría de los Bancos Centrales miembros impusieran en sus respectivos países la canalización obligatoria por el Convenio de los pagos derivados de su comercio intrarregional (Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela). Una vez superadas las restricciones de liquidez y en medio de un proceso de apertura creciente de los mercados de capitales, se dispuso nuevamente la canalización voluntaria de las operaciones.

Este cambio es uno de los factores, aunque no el único o principal, que podría explicar el descenso que tuvieron las operaciones cursadas por el Convenio. Sin embargo, más que promover la obligatoriedad de las operaciones se podría tratar de estimular a los operadores para que elijan realizar sus transacciones a través del Convenio. Para ello, habría que realizar una revisión de las regulaciones impuestas por las normativas internas de los Bancos Centrales de los países miembros así como, la difusión de las ventajas derivadas de la garantías de convertibilidad, transferibilidad y, en particular, de reembolso.

b) Garantía de reembolso

El primer párrafo del artículo 11 del Convenio señala que "cada uno de los "Bancos Centrales" garantiza al otro la aceptación irrevocable de los "débitos" que este último le haga al reembolsar a "instituciones au-

torizadas” de su país por concepto de pagos de los “instrumentos” que se han cursado a través del “Convenio”.... “. Por tanto, en la medida en que se hayan cumplido con los requisitos previstos tanto en el texto del Convenio como en su Reglamento, el Banco Central deudor no puede impugnar o negarse a aceptar el débito automático de su cuenta del pago realizado, con independencia de si el deudor final realiza o no el pago.

De esta manera, desde su instauración en 1968, la garantía de reembolso se ha constituido en el mayor estímulo que tanto las instituciones autorizadas como los exportadores cuentan para canalizar una transacción a través del Convenio, ya que el Banco Central se hace cargo del riesgo crediticio.

A partir de la década del noventa, los cambios institucionales introducidos con relación a los objetivos y funciones que deben cumplir los Bancos Centrales, tornaron “problemático” para la mayoría de los mismos, su papel dentro del Convenio en virtud del compromiso derivado de la garantía de reembolso.

Cabe recordar que el mantenimiento de la garantía de reembolso fue objeto de análisis al realizarse la revisión del Convenio en 1998. En oportunidad de la reunión de la XLI Reunión de la Comisión Asesora, se presentó el documento⁸⁾ denominado “Análisis y Recomendaciones sobre el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI”, que entre otros aspectos se detiene en la consideración de la garantía de reembolso. Al respecto, el consultor⁹⁾ señala:

“...Asumir un riesgo crediticio por parte del Estado, puede justificarse desde el ángulo político, pero es bien difícil hacerlo desde el ángulo económico ya sea por razones de eficiencia o de equidad.

Por tanto, en mi opinión, de considerarse oportuno mantener una garantía de reembolso en base a una decisión política, aspecto este último que cae fuera de los alcances de este trabajo, el peso de la misma debería recaer sobre el presupuesto del Gobierno y no sobre los Bancos Centrales. “

No obstante ello, el consultor constató que dentro de los Bancos Centrales no existía un consenso en cuanto al tema, recomendando la no modificación de la garantía de reembolso y dejando que cada Banco Central a través de las reglamentaciones internas dispusiera lo que considerara más pertinente al respecto.

En la XXXVII Reunión del Consejo para Asuntos Financieros y Monetarios se acordó mantener la garantía de reembolso tal como está establecida en el artículo 11 del citado Convenio.

Desde ese entonces el tema no se ha vuelto a plantear en el marco de las reuniones de la Comisión Asesora; sin embargo, se considera que la discusión de dicho punto se encuentra fuertemente ligada a cualquier iniciativa que pretenda dinamizar las operaciones a través del Convenio. Ello debido a que las disposiciones contenidas en las reglamentaciones internas han sido el instrumento elegido por los Bancos Centrales para acotar el riesgo asumido a través de la garantía de reembolso, lo que ha restringido el uso del Convenio.

Algunas opciones que tal vez, pudieran examinarse, sería dar un trato preferencial a la canalización de operaciones realizada a través de la banca pública y/o la posibilidad de reservar la garantía de reembolso para operaciones realizadas por empresas públicas; mipymes o empresas avaladas por sociedades de garantías.

c) Líneas de crédito, período de compensación y las tasas de interés aplicadas

- Líneas de crédito

El Convenio con el propósito de hacer posible el pago diferido de los débitos resultantes de las operaciones cursadas establece un sistema de créditos recíprocos de carácter bilateral, mediante el cual cada miembro dispone de un límite máximo diario para la línea de crédito recíproco bilateral. El total de las líneas de crédito ascendió a 2.827,7 millones de dólares, no habiéndose registrado cambios en los últimos cinco años. De hecho, los últimos ajustes efectuados en las líneas bilaterales de créditos recíprocas se produjeron entre el Banco de México y el Banco Central de la República Dominicana (2002); y entre el Banco de la República de Colombia y el Banco Central de Venezuela (2003).

8) ALADI/SEC/di 1412, elaborado por el consultor Ricardo Pascale, citado en ALADI/SEC/di 2233

9) ALADI/SEC/di 1412, página 24, citado en ALADI/SEC/di 2233

Hasta el momento, la elevada liquidez existente y el escaso monto de las operaciones cursadas a través del Convenio determinaron que, excepto en muy pocos casos, las líneas de crédito establecidas fueran suficientes para cubrir el flujo diario de operaciones cursadas. El Cuadro siguiente muestra aquellos casos en los cuales las líneas de crédito no han sido suficientes.

No obstante lo anterior, habría que tener presente que un incremento de las operaciones cursadas podría dar lugar a una revisión y posterior ampliación de los límites de las líneas de crédito vigentes, lo que implicaría la asunción de un mayor riesgo por parte de los miembros acreedores.

Si los bancos acreedores no contarán con la disposición y/o capacidad de realizar este esfuerzo, los Bancos Centrales deudores, incurrirán en un exceso que tal como lo establece el artículo 23 del Convenio de Pagos deberán realizar el pago del mismo que deberán saldar dentro de un plazo de cinco días hábiles, sin necesidad de requerimiento alguno por parte del acreedor. Cabe notar que los montos de las líneas de crédito no operan como topes, puesto que en ningún momento el Sistema impide cursar operaciones aún cuando el deudor sobrepase el monto máximo de la línea.

La exigibilidad del pago inmediato de los excesos o la reducción del período de compensación, si bien podrían mitigar el riesgo derivado de la acumulación de saldos deudores por parte de los Bancos Centrales acreedores también tienden a limitar seriamente la posibilidad de evitar la transferencia de divisas convertibles entre los miembros, que es uno de los propósitos del Convenio y que adquiere especial relevancia cuanto mayor sean las dificultades de liquidez.

- Tasa de interés

Finalmente, otro aspecto que restringe el ahorro en divisas relacionado con el curso de las operaciones a través del Convenio, refiere a la no utilización de las líneas de crédito en el período intra-compensación derivada de su costo. De acuerdo con el Reglamento del Convenio, la tasa de interés aplicable a cada período, es la LIBOR en dólares a cuatro meses, que se registre durante los primeros tres meses y quince días de cada período, determinando el promedio aritmético simple de las citadas tasas y adicionando un punto porcentual.

La tasa de interés aplicada operaciones cursadas a través del Convenio en relación a la tasa de rendimiento que puede obtenerse por la colocación de las reservas internacionales sería una de las razones que explica el alto monto de pagos anticipados efectuados, que reduce drásticamente los beneficios de la compensación.

Por otra parte, no es un objetivo del Convenio de Pagos encarecer las operaciones de los Bancos Centrales de los países con posiciones netas importadoras ni remunerar con tasas elevadas a los países exportadores sino la concesión de líneas de crédito procurando intensificar las relaciones comerciales y financieras entre los miembros.

En consecuencia, se podría plantear una revisión de la tasa de interés, estudiando la posibilidad de establecer una base diferente que permita contar con una tasa que, sin ser subsidiada, proporcione la mayor neutralidad posible frente a otras tasas internacionales. De tal modo, se podría evitar o atenuar los efectos antes indicados sin perjuicio para los Bancos Centrales ni para sus instituciones autorizadas.

5.1. Otros aspectos que pueden desestimular el uso del Convenio

Existe un conjunto de factores que pueden desincentivar el uso del Convenio por parte de los importadores, exportadores y/o de las instituciones autorizadas, entre los cuales se encuentran: el plazo de aceptación de los débitos; las dificultades para probar la admisibilidad de las operaciones cursadas y la falta de difusión, en algunos países, de los beneficios del uso del instrumento entre los pequeños y medianos empresarios.

- Plazo de aceptación de los débitos

El Reglamento del Convenio de Pagos en su Capítulo II, Artículo 8 numeral 3 establece que:

“...los débitos efectuados en las Cuentas Convenio A) se considerarán aceptados si después de transcurridos nueve meses desde la fecha de su registro no han sido objeto de observaciones por parte del “Banco Central” cuya Cuenta Convenio ha sido debitada.”

Por tanto, existe la posibilidad de que una institución autorizada pague al exportador una operación que luego pueda ser objetada por el Banco Central del país importador y cuyo importe le sea extornado por su propio Banco Central. En esta circunstancia, la institución autorizada deberá iniciar una gestión para que el exportador le restituya el pago previamente realizado, lo que no constituye un estímulo para canalizar operaciones por el Convenio, máxime cuando ellas no son obligatorias.

- Prueba de la admisibilidad de las operaciones

El Convenio de Pagos establece que el uso del mecanismo estará reservado para las operaciones comerciales, prohibiendo expresamente las operaciones puramente financieras. En su artículo 2^o 10), ahonda en el tipo de operaciones comerciales que estarán permitidas, señalando que se trata de:

“...a) Operaciones de comercio de bienes, así como todos los servicios y gastos relacionados con las mismas, siempre y cuando las mercaderías sean originarias de un país de los “Bancos Centrales “.

b) Operaciones de comercio de servicios no asociadas al comercio de bienes, efectuadas por personas residentes en los países de los diferentes “Bancos Centrales “, siempre y cuando tales operaciones estén comprendidas en acuerdos que celebren pares o grupos de “Bancos Centrales “....”

Hasta el momento, ni la Comisión Asesora de Asuntos Financieros y Monetarios ni las respectivas normativas internas le han dado una interpretación a este artículo, en cuanto a establecer cuál es el “documento o certificado” que acredita el carácter de originario de los bienes.

A efectos de determinar que las mercaderías sean originarias de un país cuyo Banco Central haya suscrito el Convenio, es necesario tener en cuenta el concepto de “país de origen”, que vincula un bien con un país en función del cumplimiento de determinadas “reglas” o “normas” de origen que pueden determinar que el “país de origen” sea diferente al de procedencia.

El Anexo K del Convenio de Kyoto Revisado define:

- “país de origen”: “el país donde las mercancías fueron producidas o fabricadas, de acuerdo con el criterio establecido a los efectos de la aplicación de la tarifa aduanera relativa a las restricciones cuantitativas o a cualquier otra medida relativa al comercio;
- “reglas de origen”: “disposiciones específicas desarrolladas a partir de los principios establecidos por la legislación nacional o por convenios internacionales (“criterios de origen”), aplicados por un país a fin de determinar el origen de las mercancías.”

De acuerdo con ello, para usufructuar las preferencias arancelarias establecidas en los acuerdos comerciales cada país designa entidades habilitadas para expedir certificados de origen. Cabe notar que cada acuerdo tiene su propio “Régimen de Origen”. En el caso de que dicho Régimen no se establezca expresamente, para los acuerdos preferenciales de la Asociación rige el de la Resolución 252 del Comité de Representantes de la ALADI. Por tanto, el formato de los certificados expedidos varía en función de ello. Debido a lo anterior se puede dar el caso que un mismo producto se encuentre negociado en más de un acuerdo preferencial suscrito entre dos o más países y corresponda el llenado de formularios de certificados de origen diferentes, según el acuerdo por el cual el exportador haya decidido canalizar la exportación.

A esta dificultad se agrega el hecho de que para utilizar el Convenio de Pagos no es necesario hacer uso de un acuerdo comercial preferencial. Por tanto, el exportador en muchos casos puede no contar con un

10 Párrafos extraídos del artículo 2^o del texto del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos. El subrayado corresponde la Secretaría General de la ALADI.

certificado de origen de “Acuerdos ALADI” -que acreditan preferencias-, al momento de cursar la operación por el Convenio ante la institución autorizada, que se lo requiere a los efectos de cumplir con la normativa del Convenio. En esta situación, lo adecuado desde el punto de vista de la normativa de la Organización Mundial del Comercio¹¹) sería exigir un certificado de origen no preferencial. Cabe notar que todos los países han internalizado normas de origen no preferenciales, dejando al arbitrio de la entidad habilitada para emitir los certificados de origen los criterios a utilizar.

Tal como puede deducirse de lo anteriormente expuesto, contribuiría a simplificar la prueba indicar, expresamente, por ejemplo, que el certificado probatorio del origen a los efectos del Convenio será el mismo que se utilice para acreditar dicha condición cuando la operación éste asociada a la utilización de un acuerdo comercial que utilice preferencias arancelarias o con criterios equivalentes en el caso de que el país no cuente con normativa específica en materia de origen no preferencial.

5.2. Otras alternativas para mejorar el uso del convenio

Posibilidad de incorporar a los instrumentos el factoring, el fideicomiso y la securitización. El Cr. Humberto Capote, en el Seminario: “FINANCIAMIENTO DEL COMERCIO EN AMÉRICA LATINA” (Montevideo, 20 de mayo de 2004), consideró que la propuesta que hiciera en su momento el BLADDEX para reforzar la garantía de reembolso es una buena solución y que por tanto ameritaría ser considerada nuevamente.

Sugirió también que sería prioritario plantearse la pregunta respecto a la conveniencia de que los Bancos Centrales participen en el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos, teniendo en cuenta que su objetivo principal es la estabilidad monetaria. En ese sentido, la materialización del riesgo en perjuicio de los Bancos Centrales puede tener implicaciones fiscales o cuasifiscales que pueden estar en conflicto con su propósito. Adicionalmente, recomendó incluir la garantía de reembolso en el ámbito presupuestario de los gobiernos.

6. LAS ALTERNATIVAS PLANTEADAS EN LA REGIÓN PARA MINIMIZAR LA DEPENDENCIA DEL DÓLAR Y SU COMPATIBILIDAD CON EL CCR.

Entre los países miembros de ALADI, hay una creciente preocupación por que los efectos de la crisis económica global no generen una disminución del comercio regional. Para ello, entre otras acciones, se procura promover el uso de mecanismos financieros que puedan mitigar los problemas relacionados con la escasez de divisas.

El mecanismo previsto por ALADI es el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos, pero últimamente han surgido en la región otras iniciativas destinadas a evitar el uso del dólar en el comercio. Estas son el Sistema de transacciones comerciales en monedas locales (SML), entre Argentina y Brasil, y el Sistema unitario de compensación regional de pagos (SUCRE).

En el mes de Octubre de 2008, Argentina y Brasil lanzaron un mecanismo por el cual buscan abandonar el dólar estadounidense de su comercio bilateral.

6.1. El mecanismo de compensación de pagos entre Argentina y Brasil. SML¹²

Se trata un sistema de pagos destinado a operaciones comerciales que permite a los importadores y exportadores brasileños y argentinos la realización de pagos y recibos en sus respectivas monedas. De adhesión voluntaria, es aplicable inicialmente sólo a las operaciones de comercio de bienes, incluidos servicios y gastos relacionados en la condición de venta pactada, como fletes y seguros.

11 ¹ Artículo 1.1. del Anexo 1 del Acuerdo sobre Normas de Origen de la OMC, que dispone que: “... se entenderá por normas de origen las leyes, reglamentos y decisiones administrativas de aplicación general aplicados por un Miembro para determinar el país de origen de los productos siempre que tales normas de origen no estén relacionadas con regímenes de comercio contractuales o autónomos conducentes al otorgamiento de preferencias arancelarias que sobrepasen la aplicación del párrafo 1 del artículo I del GATT de 1994.”

12 [www.bcr.gov.ar/Sistema de Pagos/SML](http://www.bcr.gov.ar/Sistema%20de%20Pagos/SML)

En la Reunión de Ministros de Economía del MERCOSUR, efectuada en septiembre de 2006, los Bancos Centrales de Argentina y Brasil presentaron las características principales de este sistema de compensación en monedas locales.

Posteriormente, mediante la Decisión 38/06 del 15 de diciembre de 2006, el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR respaldó los trabajos de dichos Bancos Centrales para crear un sistema de pagos de los intercambios comerciales en monedas locales, señalando que si el comportamiento de dicho sistema de pagos se diera de manera satisfactoria a nivel bilateral, podría ser ampliado a los demás países del MERCOSUR que así lo desearan.

Medio año después, mediante la Decisión 25/07 del 28 de junio de 2007, el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR decidió crear el sistema de pagos en moneda local para el comercio realizado entre los Estados Partes, el cual operaría mediante convenios bilaterales suscritos voluntariamente entre los Bancos Centrales de los respectivos países.

El 17 de diciembre de 2007, la Decisión 25/07 fue incorporada al Acuerdo de Complementación Económica N° 18, con lo que la Secretaría General de la ALADI quedó como depositaria de dicho Protocolo.

El 8 de septiembre de 2008, el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y el Banco Central Do Brasil (BCB) suscribieron el “Convenio del Sistema de Pagos en Moneda Local entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil” en el que se establece que dicho sistema compensará diariamente los saldos que registren las cuentas de cada banco central originados en los pagos de operaciones admitidas para su canalización dentro del Convenio y transfiriéndose al banco central acreedor el resultado de la compensación.

En la XXXVII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común se aprobó la Decisión N° 09/09, mediante la cual se amplía el Sistema de Pagos en Moneda Local, creado en el año 2007 por la Decisión CMC N° 25/07.

Con la aprobación de esta nueva norma, se amplía el sistema de pagos en moneda local para el comercio a transacciones de cualquier naturaleza realizadas entre los Estados Partes del MERCOSUR.

El Sistema de Pagos en Monedas Locales (SML) comenzó a funcionar en octubre de 2008. El mecanismo entra en funcionamiento cuando el importador registra su operación y ejecuta el pago de la operación en su propia moneda en una institución financiera convenida. A partir de ese momento, hay compensación entre los Bancos Centrales de los valores en moneda local, posibilitada por la integración de sistemas de pago brasileño (SPB) y argentino (MEP). Luego de esta compensación, los Bancos Centrales ejecutan el crédito a los exportadores vía sistema bancario.

Sin la necesidad de una tercera moneda en las transacciones, el exportador, al fijar el precio de la exportación en la moneda de su país, deja de estar expuesto a las variaciones en las tasas de cambio y tiene la seguridad de que recibe exactamente el valor negociado en su moneda. Además de esto, se reducen las comisiones bancarias y aumenta el nivel de acceso de los pequeños y medianos agentes al comercio exterior. Se abre un nuevo canal para el pago de las transacciones comerciales bilaterales, con mayor facilidad, agilidad y menor costo, contribuyendo además para la consolidación de un mercado cambiario en monedas nacionales.

Procedimiento para el importador:

El importador argentino, deberá:

- con la operación documentada en reales, dirigirse a una entidad autorizada para operar en el SML
- deberá contar con los datos de identificación del exportador brasileño y de la entidad con la que éste opera
- La entidad financiera presenta ante el BCRA la operación en reales
- El importador inicia el ciclo de operación del sistema
- El pago se efectúa en pesos en las entidades financieras con base en la tasa acordada con cada entidad o la Tasa SML divulgada por el BCRA en el día

Procedimiento para el exportador:

El exportador argentino, deberá:

- documentar la operación en pesos
- brindar al importador sus datos de identificación y los de la entidad con la que opera
- El monto de la operación se acredita en su cuenta en pesos

El SML es un sistema de pagos destinado a operaciones comerciales que permite a los importadores y exportadores argentinos y brasileños la realización de pagos y cobros en sus respectivas monedas.

- Es un mecanismo optativo y complementario de los sistemas de pagos actuales
- Es un sistema de compensación y transferencia de valores.
- Tanto el importador como el exportador pagan y cobran en sus respectivas monedas.
- No hay modificación respecto a la documentación de comercio exterior (a excepción del Registro de Exportación, que deberá ser hecho en moneda local)
- No es un mecanismo de cobertura de riesgo cambiario.

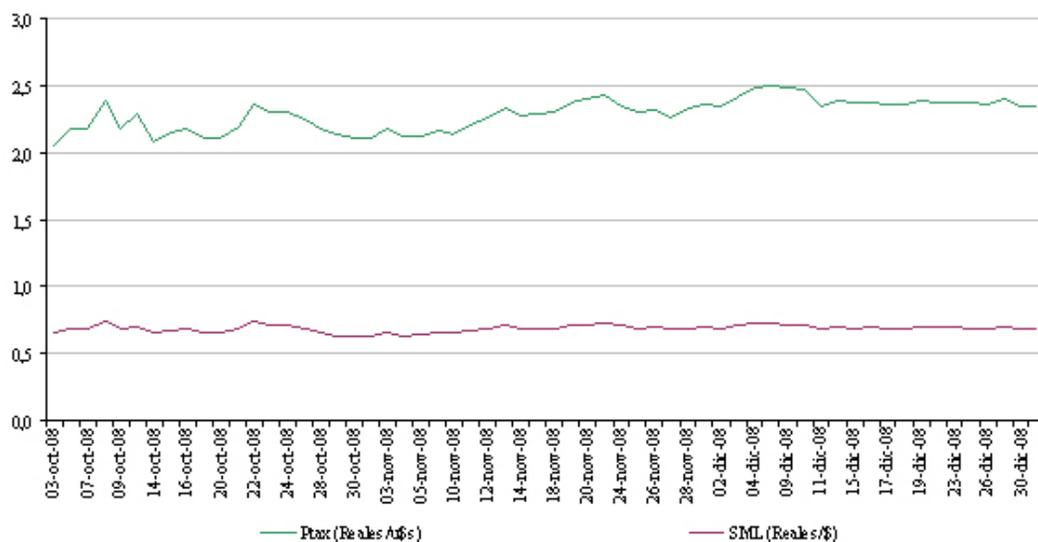
La tasa de cambio SML (Real/Peso) es una resultante de la relación entre las tasas de referencia de los Bancos Centrales [Ptax (BCB) y la Tasa de Cambio de Referencia (BCRA)]

Se espera una reducción de costos resultante de:

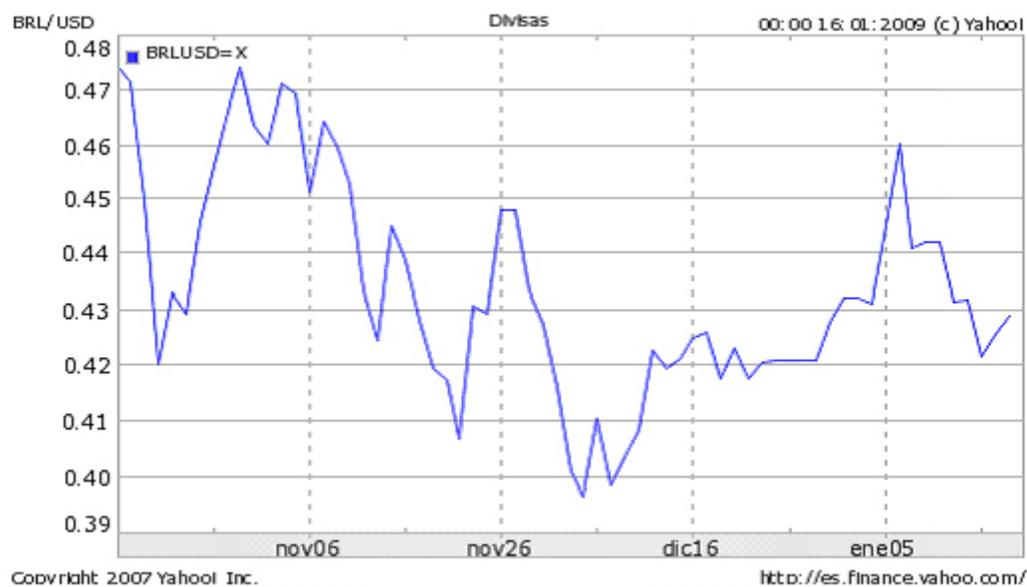
- La tasa de cambio SML proveniente del mercado interbancario, será utilizada para liquidar las operaciones a los bancos intervinientes y será publicada diariamente por los dos Bancos Centrales
- La tasa de cambio es uniforme independientemente del volumen de la transacción liquidada por medio del SML
- Que los Bancos Centrales no persiguen lucros.
- Posible reducción en los costos de transacción tanto financieros como administrativos

Desde el punto de vista de las fluctuaciones de tipo de cambio, si se analiza la evolución real-dólar (tasa PTAX) y la relación real-peso (tasa SML) desde la implementación del sistema hasta fin de 2008, las oscilaciones de la primera fueron más marcadas que la segunda (gráfico 1). Y lo mismo ocurrió con la cotización de cada moneda contra el billete verde (gráfico 2 y 3).

**Evolución del Real en relación con el Dólar y el Peso
IV Trimestre 2008**



Fuente: BCRA



Fluctuación real-dólar, noviembre-diciembre 2008



Fluctuación peso-dólar de noviembre y diciembre.

Por esta mayor paridad entre el real y el peso, un importador brasileño podría preferir comprar un producto en Argentina y no en otro mercado porque las operaciones pactadas tendrían mayor previsibilidad en su moneda local.

Es un primer paso en la construcción de un sistema de pagos trans-fronterizo, elemento fundamental en la integración financiera de los dos países

Se espera además aumentar la liquidez del mercado real/peso; disminuir el uso del dólar en las transacciones bilaterales. Promover el desarrollo del mercado de cobertura real/peso. Disminuir los costos de transacción.

Es importante tener presente que dicho mecanismo puede constituirse en un primer paso en dirección al establecimiento de una integración monetaria regional, según ha sido planteado por autoridades de ambos países.

No obstante lo mencionado, según indica el diario argentino Clarín en febrero de 2009, la adhesión al sistema fue bastante baja, sobretodo por la crisis internacional y por la cultura de las empresas de operar en moneda fuerte. Estos factores provocaron que las grandes compañías, salvo algunas excepciones, decidiesen no arriesgarse a ensayar un nuevo sistema y siguieran usando dólares en sus transacciones. Las que más optaron por el SML fueron las pymes, aunque fueron cautas: según el Banco Central (BCRA), el monto promedio de sus operaciones fue menor a \$ 400.000, lo que "puede interpretarse como que aún están testeando el sistema".

Asimismo, según indica Clarín, la gerente de Acuerdos Internacionales del BCRA, María Cristina Pasín, afirmó que el programa "salió en un momento pésimo, cuando el mes previo había empezado una fuerte devaluación del real y una pronunciada caída de los negocios por la crisis internacional". Y agregó que "en un contexto tan particular ninguna empresa quiere ser la primera en ensayar algo nuevo, tienen miedo de que la Aduana no sepa cómo funciona el sistema y les pare el embarque".

Uno de los temores para adherir al SML es cómo deja posicionado el operador respecto al tipo de cambio con el dólar. Por ejemplo, si antes de exportar alguien puede comprar un dólar a \$ 3,45 y con los nuevos pesos que recibió (después de convertir los reales) puede adquirir menos dólares, siente que perdió.

El temor a un cambio de valor respecto al dólar está presente porque **el sistema SML no elimina la volatilidad del peso y el real para pactar operaciones**. Y además, por la crisis internacional no hay equilibrio entre ambas monedas, sino que se mueven nerviosamente respecto al dólar y eso puede dejar descolocada a una de las dos puntas.

Entre Octubre de 2008 y Marzo de 2009, las transacciones realizadas a través del SML representaron 0.12% del comercio bilateral. Cabe destacar que Brasil fue el país que más recurrió al sistema, ya que 93.8% del monto utilizado corresponde a exportaciones de Brasil a Argentina (0.21% de las exportaciones brasileñas a su socio), en tanto que el SML se utilizó sólo para 0.02% de las importaciones brasileñas durante este período.¹³

6.2. La propuesta de creación del sistema unitario de compensación regional (Sucre)

La creación del SUCRE, fue acordada en la III Cumbre extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - Tratado de Comercio de los Pueblos, en la cual participó también como invitado especial el Presidente de Ecuador, la cual se celebró en Caracas, Venezuela, el 26 de noviembre de 2008.

El objetivo general del SUCRE es implementar un sistema eficiente de pagos intrarregional a través de una unidad de cuenta común

Sus objetivos específicos son:

1. Impulsar la expansión del comercio intrarregional, en el marco de la complementariedad productiva, facilitando los pagos internacionales.
2. Proteger a la región de los choques financieros globales.
3. Contribuir al proceso de reducción de asimetrías comerciales y económicas de los países miembros.
4. Promover un nuevo y efectivo proceso de integración regional.

En la Declaración de dicha Cumbre, los párrafos directamente referidos a la decisión de crear del Sucre son los siguientes [Jefes de Estado y de Gobierno, 2008]:

“Construir una Zona Monetaria que incluya inicialmente a los países miembros del ALBA (la mancomunidad de Dominica participaría en calidad de observadora) y a la República del Ecuador, mediante el establecimiento de la Unidad de Cuenta Común SUCRE (Sistema Unitario de Compensación Regional) y de una Cámara de Compensación de Pagos. La creación de esta Zona Monetaria se acompañará del establecimiento de un Fondo de Estabilización y de Reservas con aportes de los países miembros, con el fin de financiar políticas expansivas de demanda para enfrentarse a la crisis y sostener una política de inversiones para el desarrollo de actividades económicas complementarias”.

“Articular una respuesta regional, impulsada por el ALBA-TCP, que busque la independencia respecto a los mercados financieros mundiales, cuestione el papel del dólar en la región y avance hacia una moneda común, el SUCRE, y contribuya a la creación de un mundo pluripolar.”

Dichos párrafos están directamente vinculados con las discusiones que se desarrollaron en la Cumbre, sobre la actual crisis mundial y su impacto en América Latina y el Caribe, el cuestionamiento al modelo económico imperante, la crítica al funcionamiento del sistema financiero internacional, la necesidad de generar respuestas ante la crisis y la convicción de que en dichas respuestas hay que privilegiar el espacio regional, todo lo cual quedó también plasmado en la Declaración de la Cumbre.²

Al respecto es de destacar también la Declaración “La crisis económica internacional y América Latina y el Caribe” adoptada por consenso de los 27 Estados Miembros del SELA en la XXXIV Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, desarrollada en Caracas, entre el 25 y el 28 de noviembre de 2008. En dicho documento los Estados Miembros del SELA declararon que:

¹³ Fuente de los datos: BID-INTAL, Carta Mensual N° 153, en base a datos de Banco Central de Brasil.

“La crítica situación de la economía global obliga a América Latina y el Caribe a impulsar decididamente el proceso de integración regional. En tal dirección deberían realizarse esfuerzos para promover mucho más las relaciones económicas entre los países latinoamericanos y caribeños y, además, considerar propuestas para el establecimiento de arreglos financieros regionales entre países latinoamericanos y caribeños que contribuyan a aislar – en la medida de lo posible – a las naciones de la región y al propio proceso de integración, de los choques financieros globales”.

La iniciativa conjunta de las naciones miembros del ALBA junto a Ecuador respecto al SUCRE se inscribe directamente y de manera coherente, con estos propósitos.

Si bien el acuerdo formal para la creación del SUCRE se produjo en la III Cumbre del ALBA realizada en noviembre de 2008, los distintos componentes de la propuesta se venían discutiendo desde hace varios años en los ámbitos gubernamentales de la región.

A modo de ejemplo, la posible creación tanto de una moneda latinoamericana (e incluso la denominación de SUCRE para ella), como de un sistema regional de compensación de pagos, fue mencionada en el marco de la toma de posesión de Rafael Correa como presidente de Ecuador el 17 de enero de 2007 y de la XXXI Cumbre del MERCOSUR que se efectuó los días 18 y 19 de ese mismo mes.⁴

Con posterioridad a la III Cumbre del ALBA, el 10 de diciembre de 2008 se crearon seis Comités Técnicos, cuyo mandato refleja los distintos componentes y objetivos que se desprenden de la decisión de crear el Sistema Unitario de Compensación Regional.

Así, el primero de esos Comités está encargado de analizar lo relativo a la Unidad de Cuenta Común, el segundo revisará lo referido a la Cámara Central de Compensación de Pagos, el tercero atenderá lo referido al Fondo Mixto de Estabilización y Desarrollo, el cuarto comité se refiere a la creación del Consejo Monetario Regional, el quinto tratará el tema del Comercio Intrarregional y el sexto abordará los aspectos legales relacionados con la implementación del SUCRE.

En sus inicios, el SUCRE, que será una moneda sin emisión física, se utilizará para valorar los intercambios comerciales entre los Estados miembros de esta iniciativa que son: Bolivia, Cuba, Dominica, Honduras, Nicaragua, Venezuela y Ecuador.

Será una Unidad de Cuenta Común (UCC), como lo fue originalmente el Euro (ECU), y su valor dependerá de una canasta de monedas. Esta canasta estaría conformada por monedas locales de los países del Alba (el boliviano de Bolivia, el peso cubano de Cuba, el dólar del Caribe Oriental de Dominica, el lempira de Honduras, el córdoba de Nicaragua y el bolívar de Venezuela), y Ecuador (que usa el dólar ecuatoriano), y es la que determinará el valor de la UCC.

La participación de cada moneda en la conformación de la canasta corresponderá al peso relativo de cada economía de estos países internacionalmente. Para esto deben determinarse las variables para establecer la ponderación o peso relativo de la participación de las monedas locales en la canasta.

También deberá establecerse la convertibilidad del sucre con otras divisas (euro, dólar). El establecimiento de esta cesta de monedas permitirá, en un segundo momento, poder avanzar en el proceso de integración monetaria mediante la creación de lo que ya sí sería una auténtica moneda regional con emisión física, según información de la mesa técnica que estudia la creación del sucre.

Para el manejo de esta moneda bastará la creación de una Cámara de Compensación de Pagos, en donde cada Estado miembro mantendrá una cuenta abierta, que podría hacerse en los Bancos Centrales de los países participantes o en el Banco del Alba (Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América).

De manera directa, los países de la región que usen esta moneda dependerán menos del dólar, lo que los protegerá de la inestabilidad de esta divisa. Su puesta en marcha supondría en sí mismo un avance hacia la necesaria independencia regional monetaria y financiera.

Entre otros beneficios para los países miembros, este nuevo sistema de pago intraregional reducirá las transacciones cambiarias y, de esta manera, las necesidades de reservas internacionales para fines de intercambio comercial internacional.

Se desdolarizan las relaciones comerciales entre los países miembros, ya que saldrían de la circulación los dólares habitualmente usados en las múltiples transacciones comerciales y financieras en el interior de la región.

En la primera semana de Julio de 2010, se realizó la primera operación comercial mediante el Sucre entre Ecuador y Venezuela, en ocasión de la visita del presidente ecuatoriano Rafael Correa a esa capital.

6.3. Otras experiencias

6.3.1. El Grupo Andino: El Fondo Latinoamericano de Reservas FLAR y el peso andino

En 1976, el Grupo Andino creó una entidad parecida al Fondo Monetario Internacional, con la finalidad principal de ayudar a los países miembros con problemas en la balanza de pagos. Dicha entidad es el Fondo Andino de Reservas, transformado en marzo de 1991 en el Fondo Latinoamericano de Reservas, órgano que cuenta en la actualidad con un capital suscrito de US \$800 millones y un capital pagado de US \$597 millones.

El Fondo presta su apoyo a través de la concesión de créditos directos a mediano plazo, créditos a corto plazo para solucionar problemas de liquidez mediante el mecanismo de depósito a término, o garantizando créditos de terceros para cubrir déficit regionales o globales en la balanza de pagos. Igualmente, apoya las exportaciones de la subregión mediante el descuento de aceptaciones bancarias originadas por dichas exportaciones.

Los recursos se captan mediante aportes de los países miembros, mediante el mecanismo de depósitos a término y por la apropiación de parte de las utilidades obtenidas en sus ejercicios. El FLAR concede préstamos con una tasa de interés un poco más ventajosa que la conseguida por los prestatarios en el mercado financiero internacional.

En 1984 se decide crear el peso andino, que es una moneda escritural, pasivo del FLAR, y definida como un medio de pago internacional de carácter restringido con un valor unitario equivalente al de un dólar norteamericano. La asignación de pesos andinos (80 millones en total) se efectúa de acuerdo con el aporte de cada país al FLAR: corresponden a Perú, Venezuela y Colombia 20 millones respectivamente y a Ecuador y Bolivia 10 millones para cada uno.

Pueden ser tenedores de esta moneda los Bancos Centrales de los países miembros del FLAR, la Corporación Andina de Fomento, la Junta del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Andino, el mismo FLAR y los Bancos Centrales de Chile y Argentina.

El mecanismo de utilización del peso andino es el siguiente: cuando una entidad tenedora requiera efectuar un pago a otra entidad autorizada, se informa al FLAR y éste carga la cuenta de pesos andinos de la primera entidad y abona la de la segunda. A partir de esa fecha la primera entidad tiene un plazo de seis meses para recomprar los pesos andinos, con divisas convertibles, lo cual se hace igualmente a través del FLAR; la entidad que utilice pesos andinos debe pagar intereses a una tasa equivalente a la Libor a seis meses más el 0.25%, mientras que la entidad que los recibe gana intereses equivalentes a la misma Libor más el 0.125%.

Un Banco Central puede recibir pesos andinos hasta que su saldo neto en el FLAR alcance el 200% de su asignación inicial.

Este mecanismo representa la posibilidad real de ensanchar las relaciones económicas entre los países de la subregión, mediante un financiamiento a seis meses.

6.3.2. La experiencia Centroamericana

En 1961 se creó la Cámara de Compensación Centroamericana con la participación de los Bancos Centrales de Guatemala, El Salvador y Honduras a la que se agregó el Banco Central de Nicaragua en 1962 y el Banco Central de Costa Rica en 1963. Para crear este mecanismo multilateral de compensación, cada Banco Central aportó un monto del cual el 25 por ciento era un aporte en dólares para el "Fondo de Garantía" destinado a liquidar los saldos a los bancos que al momento del corte resultaran acreedores y el restante 75 por ciento era un aporte en moneda nacional de los países miembros para el "Fondo de Operaciones Corrientes", que era el instrumento central de la Cámara.

La Cámara funcionaba sobre la base de la compensación recíproca entre los Bancos Centrales, procediendo a realizar los respectivos cargos o abonos en la cuenta que cada Banco Central tenía dentro de un fondo común. El Convenio de la Cámara obligaba a dos liquidaciones ordinarias de cuentas al año y los saldos se pagaban en dólares, en tanto que el grueso de las operaciones se realizaba en monedas locales.

En 1964 se firmó el Acuerdo para crear la Unión Monetaria Centroamericana, que en su artículo primero establecía como objetivo "promover la coordinación y armonización de las políticas monetarias, cambiarias y crediticias de los países centroamericanos", y se conformó el Consejo Monetario Centroamericano. La Cámara de Compensación Centroamericana procedió a crear su propia unidad de cuenta para el registro de las operaciones y esta moneda de carácter contable se denominó "peso centroamericano" (\$ CA) con una paridad equivalente a un dólar de los Estados Unidos, en tanto que la paridad del "peso centroamericano" con las monedas de los países miembros de la Cámara era de 1.00 quetzales de Guatemala; 2.00 lempiras de Honduras; 2.50 colones salvadoreños; 6.625 colones costarricenses y 7.00 córdobas de Nicaragua.

Desde su creación y hasta el año de 1980, el mecanismo de compensación de pagos centroamericano fue mostrando una mayor capacidad para liquidar las operaciones compensadas sin utilizar dólares, atendiendo solo a la liquidación mediante débitos y créditos en las cuentas de los países miembros. Así, se redujo sustancialmente la necesidad de recurrir a divisas para realizar los pagos entre las naciones que participaban en el acuerdo regional de compensación, y para la segunda mitad de los años setenta se utilizaban divisas en menos del 10 por ciento del comercio **intra centroamericano**.

La violenta crisis que vivió la región desde principios de los años ochenta, y que se expresó en una fuerte contracción económica, en la reducción de los montos de comercio y en una aguda falta de divisas, impactó severamente en el mecanismo de compensación de pagos, de manera que las operaciones cursadas a través de la Cámara comenzaron a disminuir significativamente en un escenario de drásticas modificaciones en la política cambiaria de los países del área. La acumulación de saldos deudores condujo a la inoperancia de la Cámara de Compensación, pues los países establecieron convenios y líneas de crédito bilaterales con distintas modalidades de pago, en un escenario generalizado de endeudamiento que les impedía hacer frente a los compromisos externos.

En 1993 y a consecuencia de las dificultades existentes para el pago de las deudas entre los Bancos Centrales de los países miembros, se decidió el cierre de este mecanismo de compensación regional, con un saldo final favorable si se tiene presente que permitió conseguir liquidez adicional a través de la utilización de una unidad de cuenta que fue una sustituta eficiente de divisas, como lo constata el hecho de que en sus tres décadas de funcionamiento la Cámara de Compensación Centroamericana posibilitó el ahorro de casi diez mil millones de dólares a las naciones centroamericanas.

Por todo lo anterior no es extraño que, teniendo como escenario la grave crisis económica mundial y el profundo deterioro por el que atraviesa el sistema financiero internacional en la actualidad, durante la XXXIII Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de los países del Sistema de la Integración Centroamericano (SICA), efectuada en San Pedro Sula el 5 de diciembre de 2008, se haya acordado instruir al Consejo Monetario Centroamericano y a la Superintendencia de Bancos Centrales para que, en conjunto con el Banco Centroamericano de Integración Económica, "se realice el trabajo para definir políticas de desarrollo monetario y financiero para Centroamérica, incluyendo un estudio sobre el establecimiento (restitución) de la Cámara de Compensación Centroamericana y la creación de una moneda centroamericana".

6.3.3. La Unión Monetaria de la Organización de los Estados del Caribe Oriental (OECO).

Además de las experiencias antes reseñadas, que se refieren a mecanismos de compensación de pagos en América Latina, otro referente significativo es la unión monetaria en el marco del Caribe Oriental.

Los países miembros plenos de la OECO (Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Montserrat, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas) y los miembros asociados (Anguila e Islas Vírgenes Británicas) suman una población de alrededor de 600 mil habitantes con un producto interno bruto superior a los 3,000 millones de dólares.

La OECO es una institución regional que tiene entre sus propósitos contribuir al desarrollo sostenible y la integración económica, fomentar la cooperación multilateral y una adecuada inserción de sus estados miembros en la economía mundial, para lo cual ha logrado crear y mantener una Unión Monetaria con una moneda común y un Banco Central. Conformada por economías pequeñas en donde el sector servicios (hoteles, transportes, restaurantes) representa más del ochenta por ciento del PIB total de la OECO, a lo que se suma el aporte de la agricultura con la producción y exportación de banano, uno de los propósitos de la OECO lo constituye el desarrollo, consolidación y regulación de un espacio financiero único en la región.

Por lo que hace a la Unión Monetaria, ésta se integra por ocho de los nueve países de la OECO (Islas Vírgenes Británicas no forma parte de la Unión Monetaria y utiliza el dólar americano en sus transacciones), los cuales tienen una moneda común que es el "Eastern Caribbean Dollar" (EC\$), así como un solo banco emisor que es el Eastern Caribbean Central Bank (ECCB) con sede en San Kitts, que se encarga de instrumentar la política monetaria coordinada por el Secretariado de la OECO. Dicha política monetaria común tiene como propósito mantener la estabilidad del dólar del Caribe Oriental y del sistema bancario para facilitar el crecimiento equilibrado y el desarrollo de los Estados Miembros. La paridad cambiaria del dólar del Caribe Oriental (EC\$) se mantiene desde hace años, con ligeras variaciones, en 2.70 unidades por dólar estadounidense.

El acuerdo de creación del Banco Central del Caribe Oriental, que data de 1983, señala que entre los fines del banco se encuentran regular la disponibilidad de dinero y crédito, mantener la estabilidad monetaria y promover las condiciones de crédito e intercambio, así como generar una estructura financiera que impulse el crecimiento de las economías de los territorios. En dicho acuerdo, se establecen como facultades del Banco Central la de emitir y administrar la moneda común de los territorios miembros, salvaguardar el valor internacional de la moneda, promover la estabilidad monetaria y una estructura monetaria sana y contribuir a impulsar el desarrollo económico en los territorios. A nombre y en colaboración con los gobiernos participantes en la Unión Monetaria, el Banco Central tiene facultades para regular la actividad bancaria, adoptar las medidas necesarias para proteger a los depositantes y acreedores de las instituciones financieras, organizar cámaras de compensación y solicitar a las instituciones financieras que mantengan reservas que no devenguen intereses. El Banco Central también está facultado para determinar tasas de interés y límites crediticios, así como para requerir informes a las instituciones financieras.

Con el propósito fundamental de mantener la estabilidad del dólar del Caribe Oriental el Banco Central debe guardar una reserva externa por un monto no menor al sesenta por ciento del valor de la moneda emitida y en circulación y otros pasivos de demanda.

Como parte de sus actividades, el Banco Central tiene la capacidad de otorgar préstamos a bancos comerciales así como a los gobiernos participantes. Por lo que hace al mercado de divisas, el Banco Central trata con bancos que compran y venden el dólar oriental y establece negociaciones con otras monedas internacionales como el euro, la libra esterlina y el dólar canadiense, y con monedas de la región como el dólar de Barbados y el dólar de Guyana.

Teniendo en cuenta que el efectivo y los cheques son las dos principales formas de pago en la Organización de Estados del Caribe Oriental, así como las dificultades derivadas de la compleja estructura multiterritorial de la Organización, el funcionamiento eficiente del mecanismo de compensación y liquidación entre los distintos territorios resulta clave para la consolidación del espacio financiero único. En cada territorio una cámara de compensación operada por el Banco Central del Caribe Oriental se encarga de compensar los

cheques al interior de las islas, de liquidar los saldos entre las instituciones financieras y de administrar las cuentas corrientes de los bancos por medio de los cuales se establecen los débitos y créditos de los pagos interbancarios.

Entre los futuros desafíos de la Unión Monetaria, las instituciones regionales en la materia deben procurar asegurar la liquidez necesaria y su eficiente distribución entre los distintos territorios, fortalecer el sistema de crédito y pagos en el conjunto del área, y contar con la capacidad para incidir en las tasas de interés para empujar hacia una inflación baja y estable, además de continuar con la paridad fija de la tasa de cambio como uno más de los mecanismos de convergencia de variables macroeconómicas en la zona necesario para la armonización de políticas y la consecuente profundización de los niveles y grados de integración en el Caribe Oriental.

7. LAS INICIATIVAS DESDE ALADI

El 22 de Abril de 2009 se celebró en ALADI un seminario para la "Dinamización del Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos y el Uso de los Sistemas de Pagos en Monedas Locales". En el mismo participaron los representantes de los Bancos Centrales y los miembros de las representaciones ante ALADI. Del seminario surgieron algunos temas de interés y recomendaciones:

- o Analizar alternativas que permitan minimizar los riesgos asumidos por los Bancos Centrales derivados de la existencia de la garantía de reembolso.
- o Explorar la posibilidad de efectuar registros y liquidaciones en otras monedas de reserva.
- o Analizar la reducción del plazo de aceptación de los débitos, dispuesta en el art.8 numeral 3, capítulo II del Reglamento del Convenio de Pagos.
- o Examinar diferentes opciones que permitan disminuir el costo de utilización del Convenio por parte de los Bancos Centrales derivado de la fijación de la LIBOR en dólares a cuatro meses y evaluar la posibilidad de disminuir el período de la compensación.

Los participantes de Argentina y Brasil, presentaron el SML, destacando que el mismo está destinado a facilitar los pagos bilaterales, en particular del micro, pequeñas y medianas empresas.

Algunas delegaciones se mostraron interesadas en estudiar la posibilidad de que la concepción que inspira al SML pudiera ser aplicada a nivel multilateral dentro del ámbito de ALADI, ya que, según indicaron, ello facilita la realización eficiente y segura de transacciones transfronterizas y reduce los riesgos asumidos por los Bancos Centrales intervinientes.

Con relación al Sistema Unitario de Compensación Regional de Pagos (SUCRE) se realizó una presentación con el propósito de explicar las principales características del sistema.

El 23 de Abril de 2009, en la sede de ALADI, el Dr. Arnaldo Mariante, Vicepresidente del Banco BNDES, refiriéndose al Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos destacó su papel fundamental como instrumento que funciona en la teoría y en la práctica. "Es casi un ejemplo único en el mundo", afirmó, y continuó diciendo "en un período de crisis como este, tendríamos dos obligaciones los países de la ALADI, continuar perfeccionando esta herramienta, difundirla más, y mostrarla como ejemplo porque *es un instrumento para mitigar riesgos, y para efectivamente viabilizar la integración. El CCR es fundamental para el financiamiento de largo plazo, para los proyectos de infraestructura, un factor de integración, y un elemento de política anticíclica*".

El 23 de Febrero de 2010, las Jefas y los Jefes de Estado y de Gobierno de los países de América Latina y el Caribe, reunidos en la Cumbre de la Unidad constituida por la XXI Cumbre del Grupo de Río y la II Cumbre de América Latina y el Caribe sobre Integración y Desarrollo (CALC), emitieron lo que se llamó la Declaración de Cancún.

Allí los Jefes de Estado decidieron realizar una reunión sobre el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos (CCR) de ALADI a ser convocada por esa Asociación, a la cual se invitara a representantes de otros sistemas

de pagos y créditos recíprocos existentes en la región, así como países de América Latina y del Caribe que no fuesen miembros del CCR, con miras a intercambiar información sobre ese sistema.

Los días 22 y 23 de julio de 2010 se celebró la Reunión sobre el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos de la ALADI, en la sede del Banco Central de la República Dominicana, en Santo Domingo, conforme a lo mandatado por los Jefes de Estado en la Declaración de Cancún.

Esta reunión, culminará un proceso de reflexión sobre la historia del uso del mecanismo en la región y su utilidad en la coyuntura internacional de crisis.

Días antes de la reunión, el Presidente del Banco Central de Ecuador, Diego Borja, pronosticó una amplia propagación del SUCRE, recientemente puesto en vigencia.

“Creo que la ALADI se va a dar cuenta que no necesariamente las futuras compensaciones van a ser el mejor negocio en dólares, sino que van a ser mucho mejor negocio hacerlas en moneda local”, comentó Borja.

Al referirse al Sucre, Borja afirmó que se trata de un “mecanismo extremadamente potente, porque dinamizará el comercio” entre los miembros de la ALBA y contribuirá a “democratizar el comercio internacional”.

Sostuvo que eliminará las presiones de liquidez que enfrentan los países e impulsará el comercio y, con ello, la producción y el empleo, los que permitirá la generación de excedentes para dinamizar la economía.

Además, añadió, en el caso de Ecuador, evitará el pago del dos por ciento de impuesto a la salida de capitales y a todos los países les ahorrará las tasas de cambio.

Indicó que, en el caso de su país, también abrirá la posibilidad a las exportaciones a pequeños productores y cooperativas.

PUNTOS Y CONTRAPUNTOS

Una revisión del comportamiento anual tanto del comercio intrarregional como de los volúmenes de dicho comercio canalizados a través del Convenio, deja en evidencia que el desempeño de dicho mecanismo ha estado fuertemente influido por el entorno macroeconómico regional, viéndose seriamente afectada la eficacia del Convenio ante situaciones de deterioro de dicho entorno.

El ejemplo más relevante fue la grave crisis que enfrentó América Latina y el Caribe en los años ochenta, durante la cual algunos de los países se retiraron temporalmente de la compensación dentro de la ALADI debido a la dificultad para pagar los saldos negativos en divisas, con lo que se evidenció la poca capacidad de acción del Convenio para impedir la drástica reducción de los niveles de intercambio recíproco que se dio en esa década.

Para que funcione adecuadamente, a los dos sistemas existentes se les debería agregar otro mecanismo básico: un sistema que permita minimizar los desequilibrios, creando las condiciones necesarias para revertirlos.

Algunos estudios sugirieron a partir de la crisis de 1982¹⁴, que la utilización de una unidad de cuenta (UMLA) podía ser un mecanismo eficiente para procurar equilibrar el comercio intrazonal.

Los países no debían ver en la UMLA un sustituto de los dólares necesarios para pagar su deuda externa. Si la unidad de cuenta fuese un sustituto cercano a las divisas, los países tratarían de vender mucho y comprar poco, con lo que el resultado inevitable sería una disminución del comercio. Esto hace necesario que la moneda sea inconvertible.

Sin embargo, si es inconvertible, los países considerarían muy negativamente el riesgo de quedar con un alto saldo de moneda de segunda categoría. Por ello, se necesita que la obligación de recibir esta moneda, tenga un límite, y cuanto más bajo sea mejor.

Además, se planteó como necesario algún mecanismo para que el comercio tienda a ser equilibrado. Este mecanismo no podía ser otro que la variación de la cotización interna de la UMLA en términos de la moneda nacional. Esa variación podría estar determinada por el Banco Central o por el mercado pero en ambos casos debe reflejar la misma tendencia: cuando el país está acumulando UMLA la cantidad de moneda nacional para comprar una UMLA se debe ir reduciendo. Esto alentará la importación y desincentivará la exportación hasta que se llegue a un equilibrio. En el caso opuesto, el precio de la UMLA en términos de moneda nacional debe aumentar.

En este caso, se propuso también que a fin de utilizar efectivamente la capacidad de equilibrar el comercio de una moneda con las características anteriores, es necesario reducir sustancialmente el plazo de las compensaciones. Dado que no difiere en absoluto de una compensación bancaria común, estas compensaciones podrían ser diarias.

Para la aceptación de una moneda latinoamericana de estas características, haría falta romper ciertos tabúes y lugares comunes recurrentes, lo que puede acarrear algunas dificultades.

Por otra parte, los cambios en los precios relativos por modificaciones en la tasa de cambio tienden a desestimular la formación o consolidación de mercados integrados. Así también, uno de los obstáculos a vencer consiste en superar la práctica que históricamente ha existido en la mayor parte de los gobiernos de los países de América Latina y el Caribe, de recurrir a la tasa de cambio para utilizarla como "la variable ajuste" ante desequilibrios en su sector externo, generados muchas veces por las cambiantes condiciones del escenario financiero internacional que provocan contingencias que pueden arrastrar a las economías a un escenario de incertidumbre o caos.

9. REFLEXIONES FINALES

Según indica el informe sobre la estabilidad financiera mundial elaborado por el Fondo Monetario Internacional (Julio 2010):

"El avance hacia la estabilidad financiera mundial ha sufrido un retroceso recientemente pese a una mejora general de las condiciones económicas y un largo período de saneamiento tras la quiebra de Lehman Brothers.

Los riesgos soberanos en algunas partes de la zona del euro se han materializado y se han extendido al sector financiero de la región, con la amenaza de propagarse a otras regiones y de reactivar una interacción negativa con la economía. **Se necesitan nuevas acciones contundentes** para dar seguimiento a las importantes medidas de política que se han tomado a escala nacional y supranacional para apuntalar la confianza en el sistema financiero y garantizar la continuidad de la recuperación económica".

Los esquemas de integración como la ALADI, brindan un espacio donde potenciar las estrategias que se implementen a nivel de países. Sin embargo, el comercio intra-regional tiene un componente pro-cíclico asociado a la disponibilidad de financiamiento, y es aquí donde hay un rol para los organismos regionales de financiamiento como proveedores de liquidez.

El análisis de los factores económicos que limitan una mayor y más eficiente utilización de los sistemas de pagos y unidades de cuenta para la expansión del comercio regional ha estado con frecuencia en la agenda de las reuniones de los sectores directivos y técnicos de ALADI y otras organizaciones internacionales.

Sin embargo, los avances adicionales producidos tras la implementación del acuerdo que creó el sistema de compensación multilateral de pagos y créditos recíprocos en 1965 han sido parciales o de menor importancia.

Experiencias pasadas muestran que el comercio generado al amparo de los acuerdos de integración es de los primeros afectados por la instrumentación de medidas restrictivas. Así sucedió en la década de los años 80 cuando, producto de la crisis de la deuda, los niveles del intercambio se situaron al nivel del alcanzado en el primer lustro de los años 60; en tanto que la de fines del siglo pasado y comienzos del actual, si

bien no generó una contracción tan significativa de los montos globales, sí contribuyó a detener el ritmo de crecimiento que alcanzó, para entonces, su máximo histórico en 1997.

La adopción de medidas comerciales proteccionistas desvanecen, de hecho, los compromisos pautados en los diferentes esquemas de integración vigentes, son aplicadas conjuntamente con la instrumentación de políticas monetarias que alteran las condiciones de competencia imperantes y, en consecuencia, restringen el acceso a las divisas para honrar compromisos externos.

Los países de la ALADI -con la excepción de Cuba y República Dominicana- cuentan con el Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos (CCR), cuya utilidad ha quedado más que demostrada en situaciones críticas.

A pesar de ello, en las circunstancias actuales cuando la crisis amenaza seriamente el acceso al crédito externo y a los ingresos por divisas debido a la contracción de los mercados extra regionales y a la pronunciada caída de los precios los productos básicos, emerge la conveniencia de establecer mecanismos que actuando en paralelo al CCR, puedan contribuir eficazmente a atenuar los efectos de crisis sobre el comercio regional.

Todos los países latinoamericanos están continuamente expuestos a perturbaciones externas temporarias, ya sea por fluctuaciones en la relación de precio de su intercambio, elevaciones en las tasas de interés en los mercados financieros internacionales o perturbaciones financieras en general.

La necesidad de fortalecer la cooperación financiera regional va más allá de la defensa común frente a fenómenos de contagio.

La integración regional es un objetivo privilegiado de la política de desarrollo de todos los países latinoamericanos. En años recientes ha habido importantes avances en los aspectos comerciales de la integración, tanto en el marco de los acuerdos plurilaterales de integración existentes en América Latina -MERCOSUR, CAN, MCCA, CARICOM- como entre países individuales.

Asimismo, desde el comienzo de los años noventa, se han celebrado numerosos acuerdos comerciales bilaterales bastante completos. Tanto los acuerdos plurilaterales como los bilaterales han contribuido a elevar el comercio intrarregional.

Sin embargo, la falta de armonización de las políticas macroeconómicas y las agudas fluctuaciones de tipo de cambio han conspirado contra un avance más decisivo hacia la integración comercial y la inversión recíproca entre los países.

Una crisis financiera puede hacer variar repentinamente el tipo de cambio de un país con respecto al de sus socios regionales en un porcentaje mucho mayor que su arancel de nación mas favorecida. Esto nos indica que la estabilidad cambiaria bilateral puede ser más importante que la reducción arancelaria para incentivar flujos comerciales regionales y subregionales.

Por otra parte, cualquier propuesta tendiente a “desdolarizar” el comercio regional y buscar su dinamización debe tomar en cuenta algunas premisas como: a) las fluctuaciones en las tasas de inflación de los países de la región, lo que crea inconvenientes en las relaciones de cambio de sus monedas; b) las reservas internacionales que en los últimos tiempos se han visto fuertemente disminuidas o comprometidas; c) los tradicionales desequilibrios comerciales entre los países de la región debido a las diferencias de capacidad exportadora; y d) los desajustes en las variables macroeconómicas, que alteran la competitividad de los productos exportables e influyen sobre la dirección y composición del intercambio intrarregional.

El propio MERCOSUR, el proceso de integración subregional más ambicioso de los últimos tiempos, ha sido sometido a considerables presiones precisamente por la inestabilidad del tipo de cambio entre sus dos socios más grandes, debido al impacto sobre las economías nacionales de los cambios de dirección de los movimientos de capital y a la falta de coordinación macroeconómica y cambiaria entre los países.

En la actualidad existen una serie de instrumentos y mecanismos de carácter compensatorio que no obstante su utilidad son limitados en su cobertura y volumen y en algunos casos en su definición y objetivos.

Ante la ausencia de instituciones, mecanismos y recursos para enfrentar la posibilidad de contagio, los países de la región, al igual que en otras regiones, han optado por una política de aseguramiento basada principalmente en la acumulación de reservas, lo cual se ha visto facilitada por la bonanza significativa en

los precios de las materias primas experimentada hasta mediados de 2008. Sin embargo, la acumulación de reservas entraña importantes costos de oportunidad social.

El camino a seguir con miras a fortalecer el sistema de pagos entre los países de la región sería el promover mayores avances en la armonización de políticas financieras relacionadas con el funcionamiento, supervisión y regulación de los sistemas financieros de los países latinoamericanos.

Se ha abierto un proceso de revisión de los mecanismos financieros ideados en apoyo de la integración económica en el marco de ALADI.

La experiencia ha demostrado una y otra vez que la volatilidad del tipo de cambio y las crisis financieras desarticulan las corrientes de comercio y terminan desarmando, en la práctica, el andamiaje formal de los acuerdos comerciales.

Según palabras de Juan Francisco Rojas Penso, ex Secretario General de la ALADI, quizás sea hora de invertir el proceso. Hasta el momento, los gobiernos han actuado bajo el supuesto implícito de que es posible avanzar hacia la integración comercial, ocupándose principalmente de rebajar aranceles y dismantelar barreras no arancelarias al comercio, dejando para una etapa posterior los temas cambiarios y financieros.

BIBLIOGRAFIA Y REFERENCIAS

- Convenio de Créditos y Pagos Recíprocos.
Entrevista a Miguel Rognoni, ALADI. Diciembre 2008
Información estadística de ALADI
Consultas vía mail realizadas a Juan Francisco Rojas Penso, ex Secretario General de ALADI
"Sistema de Arreglos y Pagos en América Latina". Documento de Trabajo 00/06. Presentación realizada por el Doctor Roberto Guarnieri, Presidente del Fondo Latinoamericano de Reservas, en el V Seminario-Taller sobre "Sistemas de Pagos y Liquidaciones". Caracas, Venezuela, 25-27 de Octubre de 2000
"Situación y perspectivas del sistema de cooperación financiera de la ALADI." Boletín del CEMLA; sep/oct1987, Vol. 33 Issue 5, p250-255, 6p
"Los convenios de pagos y créditos recíprocos de ALADI". Revista de Comercio Exterior y Aduana, N°1, 1995. Daniel M. Ferrere
"Viejas y Nuevas Herramientas Disponibles para el Comercio Exterior". María Cristina Pasin, Banco Central de Argentina, Responsable de Convenios Internacionales. Buenos Aires, Diciembre 2008.
Seminario para la Dinamización del Convenio de Créditos y Pagos Recíprocos y el Uso de los Sistemas de Pagos en Monedas Locales. 22 de Abril de 2009, Montevideo, Uruguay. Informe de Prensa
La reacción de los gobiernos de las Américas frente a la crisis internacional: una presentación sintética de las medidas de política anunciadas hasta el 31 de marzo de 2009. CEPAL, LC/L.3025
"Los esquemas financieros de ALADI". Cuadernos de Investigación Nueva Época; ene1988 Issue 23, p3-21, 19p
Boletín del CEMLA; nov. /dic1983, Vol. 29 Issue 6, p277-283, 7p
"Los medios de pago en el proceso de integración latinoamericana: su evolución y perspectivas". Revista Colombia Internacional. No 18. Gustavo García. Abril-Junio de 1992 Páginas 7-15
"Convocan para Setiembre a los acreedores del Banco Austral". Clarín Digital. Lunes 13 de mayo de 1996, Buenos Aires, República Argentina
Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Comisión Especial Investigadora sobre Hechos Ilícitos Vinculados con el Lavado de Dinero
"A casi cuatro meses de su lanzamiento, el Sistema de Monedas Locales tiene baja adhesión". Clarín, 03 de Febrero de 2009.
ALALC. (1960) Secretaría General. Tratado de Montevideo de 1960.
ALALC. (1965) Acuerdo de Pagos y Créditos Recíprocos de los Países de la ALALC.
ALADI. (1980) Secretaría General. Tratado de Montevideo 1980.
ALADI (1994) Protocolo de Solución de Controversias
ALADI. (1997) "Acuerdo de Santo Domingo y Aceptaciones Bancarias Latinoamericanas"

-
- ALADI. (2008) "Sistema de Pagos: Convenio de Pagos y Créditos Recíprocos". Actualización al 8 de mayo de 2008.
- ALADI. (2009) "Evaluación del Funcionamiento del Sistema de Pagos de la ALADI". ALADI/SEC/di 2228.
- ALADI. Informe sobre la evolución del comercio negociado: 1993-2006. ALADI/SEC/di 2209 Rev.116 de febrero de 2009
- ALADI (2009) "Evaluación del Funcionamiento del Sistema de Pagos de la ALADI". ALADI/SEC/di 2258.
- ALADI (2009) "LOS EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA INTERNACIONAL EN EL COMERCIO EXTERIOR DE LA ALADI. SEGUNDO INFORME." ALADI/SEC/di 2218. 14 de mayo de 2009.
- ALADI/SEM/CPCR.SML/Informe
ALADI/SEC/di 2233
ALADI/sec/di 2342
- BID-Intal, Carta Mensual N°152, Marzo 2009. "El comercio internacional, amenazado por la falta de financiamiento".
- BID-Intal. Carta Mensual N°153, Abril 2009. "Países de América Latina exploran alternativas para fomentar el comercio en monedas locales".
- REVISTA DO BNDES, RIO DE JANEIRO, V. 14, N. 29, P. 81-114, JUN. 2008. "CCR: SEU PAPEL NO FINANCIAMENTO À INFRA-ESTRUTURA".
- "Aladi y las importaciones bajo CADIVI: una carrera de obstáculos". <http://www.guia.com.ve/noticias/?id=36580>
- FMI. Informe Sobre la Estabilidad Financiera Mundial. Julio de 2010
- ALADI. "Las Mipymes y la Crisis Económica Internacional". Reunión de Responsables Gubernamentales. 22 y 23 de Julio de 2009, Montevideo, Uruguay.
- Declaración de Cancún, 23 de Febrero de 2010



MONOGRAFÍAS DE ESTUDIANTES

PÉREZ COMENALE, Agustina

La administracion de la sociedad de bienes en la union concubinaria

LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD DE BIENES EN LA UNION CONCUBINARIA

AGUSTINA PÉREZ COMENALE

1 - COMPRENSIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNIONES CONCUBINARIAS

Diariamente, nos encontramos con diversas situaciones en las cuales se produce un defasaje entre la realidad social y el derecho. En estos casos el legislador debe adaptar ese derecho a la realidad social actual, dado que si no lo hace puede generar situaciones de incertidumbre y que determinadas cuestiones se resuelvan por órganos judiciales con criterios disímiles que acarrearán inseguridad jurídica.

El concubinato lejos se encuentra de ser una institución moderna, sino que sus orígenes se remontan a la antigüedad; no obstante, su legislación es reciente. Se trata de una regulación jurídica breve pero necesaria, ya que esta figura se presenta con frecuencia en la sociedad, sobre todo en la actualidad, por lo cual la misma no podía permanecer ignorada o ser identificada como un vacío jurídico. Más aún, cuando estos modelos de convivencia son reconocidos y aceptados socialmente como una alternativa al matrimonio.

Diversos autores consideran que no se les debe dar demasiada trascendencia a la figura, ya que simplemente son una “prueba” de convivencia que realiza la pareja antes de contraer matrimonio, a pesar que la realidad ha demostrado que muchas parejas prefieren no concretar nunca ese compromiso, o no encuentran el valor que implica el “contraer matrimonio”, y por lo tanto terminan optando por mantener una unión concubinaria definitiva. Existen otros casos en los cuales efectivamente se puede tratar de una instancia anterior a un futuro matrimonio; sin embargo, aun en este caso no se justifica la falta de legislación en la materia.

Aparece como ostensible que aquellas parejas que luego de convivir muchos años deciden separarse, debían contar con un régimen legal en el cual ampararse, y no simples interpretaciones o supuestos de hecho que carecían de todo fundamento jurídico. La realidad social y el aumento de uniones concubinarias hizo que esta situación de falta de regulación fuera insostenible.

En virtud de lo expuesto, es claro el por qué denominé a esta sección “comprensión” de la unión concubinaria y no “introducción”, puesto que la idea fundamental es lograr transmitirle al lector la importancia de comprender e interpretar de la mejor manera posible este modelo de convivencia.

Por otra parte, no debemos olvidar que este concepto de “unión concubinaria” forma parte del más amplio e importante tema de la familia, y que según el Art. 40 de la Constitución “la familia es la base de la sociedad”. En el presente debemos tener en cuenta que además del vínculo matrimonial existen otros vínculos que también integran el concepto de familia, uno de ellos es la unión concubinaria. Es importante no solo poder ver a la unión concubinaria como un vínculo alternativo al matrimonio, sino que es más importante, ver que es necesario una protección del aspecto patrimonial de aquellos concubinos que rompen su vínculo.

La ley 18.246 tiene por finalidad regular integralmente la figura del concubinato, al menos en cuanto cumplen con los requerimientos legales para ser admitidos por ella. Sin embargo, no logró hacerlo completamente, ya que siguen existiendo lagunas o vacíos normativos: uno de ellos es lo vinculado al ámbito patrimonial, lo cual constituye el objeto principal del presente estudio.

2 – EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La aprobación del proyecto que llevó a la ley 18.246, de 27 de diciembre de 2007, tuvo reiteradas modificaciones, debido a que se trata de un tema que tiene un alcance social muy profundo y polémico, y dio lugar a numerosas discusiones.

Las medidas y soluciones que en definitiva fueron sancionadas son en extremo controvertibles y pueden llevar a diversas interpretaciones.

Según José A. Alem Deaces, los antecedentes de esta ley comienzan con la promulgación de la “Ley de Derechos Civiles de la Mujer”, en la cual se estableció la igualdad civil entre el hombre y la mujer. Posteriormente ocurren una serie de modificaciones en el Código Civil, como las que establecen la igualdad entre los hijos legítimos y los naturales a través de la ley 15.855, o el reconocimiento que se hace en el Código de la

Niñez y de la Adolescencia, de hijos nacidos fuera del matrimonio. En estas normas se pueden identificar claras tendencias a promover la igualdad entre figuras afines, y pueden ser consideradas como aproximaciones a la futura ley 18.246.

Podemos encontrar en el Art.148 del Código Civil, en su primitiva redacción en el ordinal 1º, se hacía una breve mención a dicho instituto, cuando al hacer referencia a una de las causales de la Separación de Cuerpos y el Divorcio, establecía que la misma sólo podría tener lugar: “Por el adulterio de la mujer en todo caso, o por el del marido cuando lo cometa en la casa conyugal o cuando se produzca con escándalo público, o tenga el marido concubina”.

También el Art. 241 (actualmente derogado por el Código de la Niñez y de la Adolescencia) hacía mención al concubinato cuando preveía los presupuestos necesarios para iniciar una acción de investigación de paternidad¹.

Desde el año 2000 el Parlamento venía analizando y discutiendo con regularidad una ley de unión concubitaria, para lo cual se presentaron muchos proyectos, pero ninguno llegaba a ser sancionado, no obstante, estos proyectos actuaron como antecedentes para la nueva ley.

3 - CONCEPTO DE CONCUBINATO Y APLICACIÓN DE LA LEY

José A. Alem Deaces en su obra hace referencia a que todos hablamos de unión concubitaria, pero en definitiva no sabemos dar una definición estricta de la figura.- Por ello, para recrear un concepto claro de concubinato, realiza un agrupamiento de citas de diferentes autores, entre los cuales cita a Marcel Planiol, quien lo define de la siguiente manera: “El concubinato está constituido esencialmente por las relaciones íntimas prolongadas durante un tiempo suficiente para no tener carácter de hecho accidental y aislado, supone el hábito o, al menos, la frecuencia de las relaciones, no implica el hogar”.- Edmon Laskibe y André Dubrejeaud también son citados por su obra “La unión libre delante de la ley y los tribunales”, en la cual lo definen como “ la unión de un hombre y una mujer que tienen relaciones y participan de la vida en común”. Finalmente una de las últimas definiciones es la aportada por Jules Della Torre de Lavagna “entendemos por *concubinage*, una especie de unión libre, en la cual el hombre y la mujer fundan su hogar común *menage ensemble*, viviendo more uxorio, sin ser marido y mujer de acuerdo al Código Civil”. Sin embargo, la ley también ampara a las parejas sin importar su sexo, orientación u opción sexual: “Es la comunidad de vida de vida entre dos personas” como dice el Art. 2 de la ley sin exigir que sea un hombre y una mujer.²

Nuestro legislador define la unión en el Artículo 2 de la ley, como “la situación derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad, orientación y opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual de manera exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas en matrimonio entre sí, y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º, del Art. 91 del Código Civil”.- Mientras que en el Art. 1º establece que para generar los derechos consagrados por la propia ley, es necesaria una convivencia de, al menos cinco años.

Es importante destacar la diferencia conceptual cuando se define al concubinato. Antes las referencias legales estaban dirigidas a las uniones entre un hombre y una mujer, pero hoy la ley también ampara a las parejas sin importar su sexo, orientación u opción sexual. “Es la comunidad de vida entre dos personas” como dice el Art. 2 de la ley, sin exigir que sea una unión heterosexual. Lo dicho constituye un argumento más para confirmar el tipo de relación que caracteriza al concubinato: la falta de diversidad sexual hace que sea una unión más libre que la del matrimonio.

Podemos apreciar que, posiblemente por haber realizado una apresurada redacción, algunos de los términos utilizados por el legislador, son discutibles. Por ejemplo no tiene porque tratarse de una relación de índole sexual, sino que lo importante es el hecho de que sea una relación de convivencia. Por ende, el requerimiento de que sea una unión sexual o no carece de relevancia al momento de determinar si es una unión concubitaria. Lo importante de esto es que se busca excluir a las convivencias en caso de que no sean pareja.³ De todas formas en la practica este no requiere una efectiva prueba de la existencia de relaciones sexuales.⁴

1 José A. Alem Deaces , La unión concubitaria. Análisis de la ley 18.246, editorial B de F Ltda., 2008, ps. 5 a 10

2 José A. Alem Deaces , op. cit., ps. 11-12, quien extrae las definiciones de Arezo Píriz, Enrique, Ley n° 18.246 de 27 de diciembre de 2007 de Unión Concubitaria, AEU, 2008, ps. 361 y 401

3 Walter Howard, “Las uniones homosexuales en el derecho uruguayo”, 18 e Congres International de Droit Compare / 18th International Congress on Comparative Law , Washington D.C 2010. p 31.

4 Walter Howard , op.cit, y Rivero de Arhancet y Ramos , “Unión Concubitaria”, Montevideo, FCU, 2008.

Por otro lado también debe ser una relación continua, que no sea interrumpida voluntariamente en el tiempo, por al menos el plazo legal establecido que es de cinco años. En la ley también se establece una serie de impedimentos para el reconocimiento judicial como unión concubinaria: los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Art. 91 del Código Civil. Estos son los algunos de los impedimentos que existen en el caso del matrimonio: falta de edad requerida por la ley, falta de consentimiento de los contrayentes, y parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad y en línea transversal.

Con esto vemos que no toda relación se rige por esta ley, sino que ella debe cumplir una serie de requisitos exigidos y no debe encontrarse presentes ninguno de los impedimentos mencionados.

Del Art. 1 también se infiere que se seguirán empleando las soluciones utilizadas hasta ahora para aquellas uniones de hecho que no llegaran a cumplir con dichos requisitos.-

4 - DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA UNIÓN CONCUBINARIA

Las uniones de hecho son las que cumplen con los Artículos 1 y 2 de la ley, anteriormente comentados y que pueden obtener un reconocimiento judicial. En algunos casos este es solicitado por ambas partes porque desean establecer ciertos aspectos de su régimen concubinario, y en otras ocasiones no se realiza la inscripción porque aceptan el régimen general establecido.

Una vez obtenido el reconocimiento judicial surgen para ambas partes diferentes consecuencias tanto en el ámbito personal como patrimonial.-

Para obtener el reconocimiento judicial de la unión concubinaria, se debe seguir un proceso voluntario, el cual ésta regulado por los Art. 402 y siguientes del C.G.P. El mismo puede ser promovido por los propios concubinos, ya sea en forma conjunta o separada, o por cualquier interesado una vez que se produzca la apertura legal de la sucesión de uno de los concubinos o de ambos. Este es el proceso voluntario, en caso de que exista oposición, el procedimiento se transforma en contencioso con intervención del Ministerio Público.⁵

En cuanto al objeto de la declaración, hay que atender al Art. 5 de la ley, y consiste, por un lado, en determinar la fecha a partir de la cual comenzó la unión concubinaria; y por otro, determinar qué bienes forman parte de la nueva sociedad de bienes. La fecha en que comenzó la unión concubinaria es importante para establecer la antigüedad de la unión y los efectos que la misma tendrá en virtud de ello. También es útil determinar los bienes que fueron adquiridos a "expensas del esfuerzo o caudal común".

En lo atinente a la sociedad de bienes, la ley no determina si el inventario que se debe realizar es solemne, tal como lo hace posteriormente en el Art. 10 al referirse a la disolución. La ley establece que esta sociedad de bienes que va a crearse, debe regirse por las disposiciones que regulan la sociedad conyugal⁶, salvo que los concubinos optaren de **común acuerdo** por otra forma de **administración de los derechos y obligaciones** que se generen durante la unión. La creación de esta nueva sociedad de bienes, disuelve toda sociedad conyugal o de bienes derivada de un concubinato anterior de acuerdo a lo previsto en el inciso final del Art. 5º.-

4.1- Efecto de la inscripción del reconocimiento judicial de la unión concubinaria

La redacción del Art. 5 es confusa, dado que no precisa en el momento en que comienza a regir la sociedad de bienes. Ello conduce a que se discuta si esta inscripción tiene efecto declarativo o constitutivo, esto es, si declara efectos ya existentes o constituye efectos nuevos. Empero, dado que el Art. 5 dice que "El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes", es palmario a juicio de quien escribe que dicha inscripción a efectos de la sociedad de bienes es constitutiva. Si se tratara de una sentencia declarativa, estaríamos hablando de una retroactividad total, sin embargo, al ser constitutiva surgen derechos nuevos.⁷

Cuando se declara en vía judicial el reconocimiento de la unión concubinaria es una sentencia con doble efecto: a) declarativo desde el punto de vista de la unión concubinaria, se considera que la unión concubinaria comienza no desde el momento de su inscripción sino desde el momento en que se formo la unión ;

5 Walter Howard, op.cit, pagina 23.

6 Arturo Yglesias, "Consideraciones sobre la ley de unión concubinaria", Anuario de derecho civil Uruguayo, tomo XXXVIII, 2007, p. 831

7 Ema Carozzi, "Reformas del derecho sucesorio introducidas por la ley de unión concubinaria", en A.D.C.U., p. 671 / "Aspectos de la unión concubinaria y la sociedad de bienes", Susana Cambiasso y Mercedes Azar, Rev. de la A.E.U., tomo 95, n°1, 2009, ps. 15-35/ Walter Howard, op.cit, pagina 26.

y b) constitutivo desde el punto de vista de la sociedad de bienes. Esta se crea a partir del momento de la inscripción.

Algunos autores como Cambiasso y Azar sostienen que la inscripción es constitutiva, dado que hasta que ella no se realice no surge la sociedad de bienes. Entonces, hasta ese momento no hay bienes concubinarios o comunes. La inscripción es un elemento esencial y en el Art. 13 está prevista la inscripción de la sociedad de bienes. Esta sociedad de bienes está compuesta por los bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común desde el comienzo de la unión concubinaria. Con esto se determina las partes constitutiva de aquella sociedad de bienes. El esfuerzo puede llegar a ser individual, pero el caudal debe ser común. Las autoras entienden que por la redacción de la ley puede entenderse que solo con el caudal común alcanza, lo cual concuerda con el art. 1955 del Código Civil, numeral 2, donde se expresa que en el matrimonio son gananciales “lo obtenido por la industria, profesión, empleo, oficio o cargo de los cónyuges o de cualquiera de ellos”. En caso de que haya bienes obtenidos por ejemplo por cuota parte de cada uno de los concubinos, se indicarán la proporción correspondiente a cada uno. No hay un acto de transmisión sino una simple indicación de las cuotapartes de cada uno que integran la sociedad de bienes luego de la inscripción. Cambiasso y Azar citan a Arezo que cree que el efecto es constitutivo, ya que el reconocimiento inscripto de la unión concubinaria “dará nacimiento a una sociedad de bienes”. También citan a Ema Carozzi: “El artículo 5° asigna eficacia constitutiva al reconocimiento judicial inscripto a los fines del surgimiento de lo que denomina “la sociedad de bienes”⁸. Luego el Art. 6 dispone que se deben comunicar los nombres y domicilio de aquellos que puedan verse perjudicados por dicho reconocimiento. Reitero que es **necesario** para constituir esa “**sociedad de bienes**” un **reconocimiento judicial**.

Por ende, en este tema debemos tener en cuenta que toda relación con las características de la unión concubinaria puede llegar a producir efectos jurídicos luego de un determinado periodo de tiempo. En caso de que los concubinos no quisieran optar por el régimen común o previsto en la ley, podrían llegar a pactar algún régimen diferente. En este caso, la única posibilidad de hacerlo es con la inscripción. En el momento de la declaración de la unión concubinaria, cuando se realiza la inscripción, los concubinos de común acuerdo podrían optar por un régimen patrimonial diferente al régimen general previsto. En caso de que al momento de la inscripción nada se establezca sobre el régimen patrimonial o de la sociedad de bienes, en este caso, rige el previsto por la ley, el régimen general.

Entonces, los concubinos pueden optar entre el régimen general previsto o por un régimen que establezcan de forma conjunta. Para el último caso, es necesaria la inscripción de la unión para poder pactar el nuevo régimen patrimonial o de la sociedad de bienes.

Por todo esto entiendo que la inscripción es una carga del interesado que busca proteger sus derechos. Generalmente no se busca la inscripción de la unión concubinaria porque es de conocimiento que en caso de que no este inscripta, en un futuro surtirá sus efectos. Por ejemplo en el momento de la sucesión. En caso de que se quiera optar por un régimen patrimonial diferente al establecido en la ley, la inscripción de la unión es necesaria. En estos casos se opta por la inscripción de la unión. El registro de la unión no es obligatorio, por eso queda claro de que en caso de que éste se requiera es seguramente porque se quiere establecer un régimen diferente al ya previsto. Cuando se quiere optar por un régimen diferente es que se puede llegar a querer que se de el reconocimiento para poder establecerlo.

Creo que puede llegar a quedar más claro a través de un ejemplo: en el caso de que una pareja conviva por 3 años, no podría surgir una unión concubinaria, pero sin embargo puede haber bienes adquiridos a expensas del esfuerzo o caudal común. En esta hipótesis no serían tomados como bienes comunes sino que se distinguirían como cuota parte de cada uno. En este caso sucede lo mismo, cuando los concubinos deciden inscribir su unión, éstos pueden tener bienes a expensas del esfuerzo o caudal común, pero si piden el reconocimiento y pactan un régimen de administración, es porque claramente no tienen ningún tipo de interés de formar una sociedad de bienes, ni tener bienes en común o lo que serían bienes “gananciales”. En caso de que quisieran tener esos bienes, no realizarían la inscripción, ni pactarían un régimen de administración diferente. Teniendo en cuenta que el plazo de 5 años establecido no es un plazo muy largo que impida el determinar las cuotapartes de cada uno.

Es importante lo señalado por Cambiasso y Azar, en el sentido de que si no se hace la inscripción de la unión, uno de los concubinos que no estuviera divorciado podría tener dos sociedades vigentes. Con la inscripción se pone fin a la sociedad conyugal y se constituye la sociedad de bienes. En caso de que no se le diera fin a la sociedad de bienes anterior, ésta no se extingue, y podría suceder que en la sucesión del con-

8 Ema Carozzi y Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

cubino el supérstite tenga que dividir bienes con el cónyuge, por más que el fallecido haya dejado de vivir con él desde hace mucho tiempo.⁹

El registro del reconocimiento de la unión concubinaria también es importante porque puede afectar a terceros. Si tomamos a la inscripción de la sociedad de bienes de la unión concubinaria como declarativa, esto significa que no se dio la oportunidad para informar a terceros. Sin embargo en caso de que sea constitutiva, sabemos que antes de que se forme la unión concubinaria no existía ningún tipo de sociedad de bienes o régimen patrimonial, luego se declara existe o la sociedad de bienes prevista por la ley o la pactada por ambos concubinos. Por eso la inscripción no sólo sirve para proteger el interés de los concubinos, sino también el de los terceros, por ejemplo, acreedores. Con la inscripción de la unión concubinaria se puede determinar la administración de bienes.

Dominguez Gil por su lado, entiende que es de naturaleza constitutiva por diferentes razones: el artículo 10 de la ley sostiene que luego de la disolución de la unión concubinaria solo se hace el inventario sobre los bienes adquiridos durante el periodo de vigencia de la unión que resulta desde el reconocimiento inscripto y no desde el momento de la convivencia. Sobre los bienes a esfuerzo o caudal común, sostiene que estos originan un crédito a favor de la sociedad de bienes por el incremento personal de cada uno de los concubinos.¹⁰

Una parte de la doctrina sostiene que la sentencia es declarativa y que los bienes con anterioridad a la constitución de la unión concubinaria adquieren la calidad de bienes concubinarios como Arhancet y Ramos.¹¹ Yglesias sostiene que no solo los bienes obtenidos con el esfuerzo y caudal común anteriores al reconocimiento de la unión son bienes concubinarios, sino también aquellos propios obtenidos después de iniciada la unión. Marca la diferencia en que desde el momento del reconocimiento es que surge el efecto hacia terceros por el artículo 54 de la ley de registros pero surge efectos desde el inicio de la relación.¹² Carozzi por otro lado, sostiene que es de naturaleza declarativa respecto a los bienes obtenidos del caudal o esfuerzo común y constitutiva respecto a la "sociedad de bienes" como esta expresado en el literal B del artículo 5 de la ley.¹³

Como vimos es de gran discusión ver que ocurre con los bienes obtenidos con esfuerzo y caudal común, y que pueden estar a nombre de uno solo de los concubinos y no de ambos. En este caso, si se reconoce la unión concubinaria, este podría formar parte de la sociedad de bienes. En caso de que la unión concubinaria no se forme, el concubino que no figura como propietario del bien podría reclamar lo que le corresponde. Esto podría ser por ejemplo por un enriquecimiento sin causa a efectos de que se le reconozca un crédito por esa adquisición.

5- ANALISIS DEL ART. 5 INCISO 4

5.1- Imposibilidad de un régimen diverso al establecido legalmente.-

El Art. 5 inciso 4 de la ley 18.246 establece que: "El reconocimiento inscripto de la unión concubinaria dará nacimiento a una sociedad de bienes que se sujetará a las disposiciones que rigen la sociedad conyugal en cuanto le sean aplicables, salvo que los concubinos optaren, de común acuerdo, por otras formas de administración de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria".

Según Arezo Píriz una "lectura apresurada del inciso 4º daría la impresión que los concubinos podrían optar, como si se tratara de capitulaciones matrimoniales comunes, por dar otro régimen diverso a la sociedad de bienes generada entre ellos. Sin embargo, (entiende que) no es así".¹⁴

La nueva ley 18.246 se refiere a otra forma de "administración" de los derechos y obligaciones generados durante la vigencia de la unión concubinaria los concubinos no podrían pactar, v.g.: un régimen de separación absoluta de bienes y deudas entre ellos, ya que ello aludiría al régimen o a la composición de una sociedad de bienes y no a su administración que es lo único que la ley permite alterar de común acuerdo entre los unidos concubinariamente".¹⁵

9 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

10 Walter Howard, op.cit, pagina 25/Dominguez Gil "Regimen patrimonial de la union concubinaria" A.D.C.U, T XXXIX, sec Doct, Montevideo, 2009, p 680 a 682.

11 Walter Howard, op.cit, pagina 26/ Rivero de Arhancet y Ramos, idem pag 4, paginas 82 y 109.

12 Walter Howard, op.cit, pagina 27/ Yglesias "Consideraciones sobre la ley de union concubinaria", A.D.C.U, T XXXVIII, sec Doct, Montevideo, FCU, 2008, p 832 y 834.

13 Walter Howard, op.cit, pagina 26/ Carozzi "Ley de union concubinaria", Montevideo, FCU, paginas 82, 91 y 92.

14 Arezo Píriz, "Ley n°18.246 de 27 de diciembre de 2007 de Unión Concubinaria", AEU, 2008, Montevideo, p148 -151

15 Arezo Píriz, op.cit.

El término “administración” es interpretado por Arezo en un sentido estricto. El autor señala que en materia de sociedad conyugal cuando el legislador emplea el vocablo, no solo se refiere a los actos de administración, sino también a los de disposición; sin embargo, cree que dicho concepto no es el adecuado para la sociedad de bienes anteriormente mencionada. El sentido amplio de “administración” no sería el aplicable para esta hipótesis. Hace alusión también a la protección de la parte más débil de la pareja y que, en caso de que se previera una separación absoluta de bienes, se atendería contra aquella protección. Finalmente menciona que, en caso de que si se admitiera la separación de patrimonios, habría un concubino perjudicado por “la astucia o malicia del otro (que) no podría ni siquiera intentar las acciones de enriquecimiento injusto contra el otro, desde que admitió la separación absoluta como el régimen de los bienes durante la vigencia de la unión concubinaria¹⁶.”

La postura mencionada contiene a mi entender varios errores. Comienza haciendo referencia a la imposibilidad de algún otro tipo de régimen de administración que no sea el previsto legalmente, ya que sobrepasaría la lo que se entiende por “administración” en sentido estricto. Entiendo que habría que darle a la norma, una interpretación que sea más ajustada al resto del texto legal. En toda la ley se intenta crear una aproximación entre las figuras del matrimonio y la unión concubinaria.

Por otro lado en reiteradas ocasiones la ley remite a los artículos que disciplina el matrimonio en el Código Civil, para regular igualmente el régimen de la unión concubinaria. Se intenta lograr una aproximación entre ambos regímenes. En consecuencia, no encuentro ningún fundamento, por el cual no se pueda aplicar el término “administración” en sentido amplio como es utilizado en el matrimonio.

Generalmente, en el ámbito jurídico cuando nos referimos a la palabra “administración” en un marco como en el que está dispuesto este artículo, la utilización del término “administración” en sentido amplio es la más adecuada y lógica.

Es palmario al respecto que si se les da a los cónyuges la posibilidad de pactar entre ellos capitulaciones matrimoniales, o separación judicial de bienes, también debe reconocerse la misma posibilidad al concubino. Especialmente teniendo en cuenta que en el caso de las parejas del mismo sexo, la única figura por la cual se ven amparados por el momento es la de la unión concubinaria. Por eso creo importante el no olvidarnos de que esta es una unión mas libre que la del matrimonio y la cual no se puede ver mas restringida.

Una persona que asume un compromiso menor que el matrimonio, no tiene porque verse obligado por un régimen patrimonial más exigente e inflexible que el propuesto para el matrimonio. De concluir en ello, implicaría ir contra todo lo que el concubinato representa, que es precisamente lo contrario: una mayor libertad y flexibilidad en cuanto al compromiso. Por todo lo cual, es contradictorio crear un régimen patrimonial más exigente que el que emerge del matrimonio.

Finalmente, frente al último argumento sostenido contra la disposición de otro régimen patrimonial, considero ilógico sustentar como argumento la “astucia o malicia” que puede interponer un concubino sobre otro.

Los riesgos son exactamente los mismos que se tienen en la figura del matrimonio, un cónyuge puede actuar de la misma manera y bajo los mismos fines, para que el otro otorgue un régimen patrimonial que no le es conveniente. Está establecido legalmente que la otra “forma de administración” debe ser pactada por ambos concubinos y no por uno solo, por ello no estaríamos ante una figura de abuso de uno ante otro.

No es posible actuar teniendo en cuenta todas las formas en las que pueden ser violadas las figuras jurídicas, ya que de esa manera no tendríamos ningún tipo de seguridad jurídica y todo tipo de legislación sería en vano. Una interpretación desde la patología no la considero la mas adecuada para interpretar el derecho.

En la sentencia del tribunal de apelaciones en lo civil de 3° turno, de 1990, se establecía que en los casos de la unión concubinaria es posible aplicar el enriquecimiento sin causa en los casos en que uno de los concubinos se dedico por ejemplo a su profesión y el otro de las tareas domesticas de la casa. Con esto vemos que ya antes del dictado de esta ley, hay muchas figuras con las cuales se puede evitar el abuso de un concubino sobre el otro.¹⁷

El ultimo inciso del Art. 5° de la ley 18.246 es claro: “... salvo que los concubinos optaren, de **común acuerdo**, por **otras formas de administración** de los derechos y obligaciones que se generen durante la vigencia de la unión concubinaria”, en otras palabras, con el mínimo uso de su autonomía de la voluntad, los concubinos podrían de común acuerdo, optar por otra forma de administración.-

En ocasiones se considera que tampoco seria posible algún tipo de separación absoluta de bienes, ya que no se prevé ningún registro o inscripción de ésta.- Esto en realidad, no es así, ya que en el CAPITULO IV de la ley, el Art. 13 establece que uno de los actos inscribibles son “Las constituciones de sociedades de bienes

16 Arezo Piriz, op.cit.

17 Revista Uruguaya de derecho de Familia, N° 8, pag, 31 a 36, Fundacion de Cultura Universitaria.

derivadas del concubinato". En este caso, en el momento de solicitar la inscripción del reconocimiento, conjuntamente se puede establecer cuál va a ser el régimen patrimonial de bienes, elegido por los concubinos de común acuerdo, para regir las relaciones en cuanto a sus bienes.- Por lo tanto, para que la sociedad de bienes nazca, siempre es necesaria la inscripción en el Registro Nacional de Actos Personales -Sección Uniones Concubinarias.

5.2- Posibilidad de establecer un régimen diferente. Efectos de la Administración en sentido amplio.

Daniella Cianciarullo comparte la tesis que sostiene que al referirnos en este caso a la administración, el término debe ser tomado en un sentido amplio, y dejar a los concubinos la libertad para optar por un régimen diferente al previsto por la ley, incluso por un régimen de separación absoluta de bienes, tal como pueden hacerlo los cónyuges. Se cuestiona, para el caso en que rige la separación judicial absoluta de bienes, si ésta es irrevocable, tal como son las capitulaciones matrimoniales. La autora concluye que sí, ya que si se toma el criterio de permitirles optar por la separación absoluta de bienes, también debemos tomar el mismo criterio y otorgarles el mismo efecto. Incluso agrega a que, si en el momento de la inscripción nada se manifiesta sobre ningún tipo de convenio o separación, la misma se podría hacer posteriormente durante el transcurso de la relación. Podrían luego, solicitar ante el Juez una separación de bienes, aun cuando los concubinos continúen con su reconocimiento judicial vigente; de modo que, lo único que variará será su régimen de bienes.¹⁸

Por otro lado aclara que en el Art. 13 de la ley se hace una distinción, entre la inscripción del reconocimiento de la unión, por un lado, y la sociedad de bienes por la que se rige, por otro. En virtud de ello constata que se trata de cosas diferentes, y se pueden inscribir por separado. Algunos autores sostienen que este artículo se tomó de proyectos de ley anteriores, pero mas allá de esto es el texto sancionado por el momento y por eso es el que se debe aplicar. Ofrecen algunas posibles interpretaciones del texto legal: " puede subsistir una sin la otra, o por lo menos la primera sin la segunda". Sería posible inscribir un reconocimiento judicial únicamente, sin hacer mención al régimen de bienes, en este caso, a partir de la inscripción registral, nacerá una nueva sociedad de bienes. También dice que "podría entenderse, y así lo hacemos, que es posible solicitar el reconocimiento judicial de la unión concubinaria y no querer que surja la sociedad de bienes, en cuyo caso se puede pedir un régimen de separación de bienes". De esta manera no se constituye una nueva sociedad de bienes, ya que los concubinos han optado por el régimen de separación. Lo dicho sería aplicable para el caso en que dicho régimen fuera elegido por los concubinos al comienzo, conjuntamente con el reconocimiento judicial, pero no en caso de separación de bienes posterior, ya que en dicho caso el reconocimiento ya fue inscripto.¹⁹

Finalmente manifiesta no compartir la postura de Arezo, en cuanto a que el Art. 13 solo puede ser de aplicado para el caso en que uno de los concubinos haga el reconocimiento cuando uno de ellos es fallecido, esta interpretación es respetable, pero no sería el único caso en que sería aplicable²⁰.

En mi opinión, comparto la posición que sostiene que los concubinos tienen **el mismo derecho que los cónyuges a determinar un régimen patrimonial diferente al establecido en la ley**. Considero que sería lógico y razonable establecer la posibilidad de que los concubinos opten por una separación de bienes, a través de la manifestación de la voluntad expresa de **ambos cónyuges ante el Juez**. De esta manera pueden determinar una separación absoluta, por ejemplo, luego de reconocida la unión concubinaria.

El cónyuge puede optar, luego de contraído el matrimonio, si quiere cambiar el régimen patrimonial de bienes, puede optar por diferentes regímenes de administración antes, y luego de contraer matrimonio puede incoar una acción para la separación judicial de bienes. Todos somos concientes de la escasa legislación que existe al respecto del concubinato, no obstante no por ello debemos restringir los derechos de los individuos que optan por un régimen diferente al matrimonial.

Lo que no creo conveniente es que se pueda, por ejemplo, inscribir una sociedad de bienes sin antes o simultáneamente pedir el reconocimiento de la unión, esto sería ilógico, ya que se pediría una sociedad de bienes sin tener ningún tipo de vínculo que la justifique. En el caso de pactar un convenio, como veremos más adelante, éste surte efectos cuando se presenta con el reconocimiento, por más de que sea un pacto otorgado con anterioridad a éste.

18 Daniella Cianciarullo Bertone, "Ley 18.246 de unión concubinaria Su influencia en las sociedades comerciales de carácter personal", XLVIII Jornada Notarial Uruguaya " Prof. Emérita Esc. María Celia Corral, 14 al 16 de Noviembre de 2008, Colonia, Republica Oriental del Uruguay

19 Daniella Cianciarullo Bertone, op.cit.

20 Daniella Cianciarullo Bertone, op.cit.

En el caso que se solicite el reconocimiento y **no se realice ninguna manifestación con respecto al régimen patrimonial**, se aplicará subsidiariamente el régimen **previsto por la ley**. En estos casos no hay un vacío normativo, luego de obtener ese reconocimiento con el cual nace la sociedad de bienes, los concubinos podrán optar por otro régimen patrimonial, tal como lo hacen los cónyuges. Vuelvo a insistir, no tiene sentido que en una unión que pretende ser más libre y con menos compromisos, se aplique un régimen patrimonial más exigente e inflexible que el matrimonial. La idea es justamente que sea más libre que la unión matrimonial, con mayores posibilidades de opción para los integrantes de la pareja. Quien se somete a una unión concubinaria no espera ser sometido a efectos tan tajantes como los del matrimonio.

Finalmente comparto que la interpretación dada por Arezo al Art. 13 es muy limitada, ya que no creo que sea en el único ámbito en el que es aplicable. Si la intención del legislador hubiese sido que fuera solamente aplicable ante esa hipótesis tan restringida, al momento de su redacción, habría sido más explícito al respecto. Siempre en los casos en que se intenta limitar derechos, se acude a una manifestación expresa de los límites.

Por otro lado, Susana Cambiasso y Mercedes Azar comparten la idea de que en el Art. 5 se hace alusión a que se puede pactar un “régimen de separación, un sistema mixto u otro estatuto que rijan el ámbito patrimonial”.

La ley no puede impedir por ejemplo que los concubinos puedan pactar una separación de bienes, ya que las normas sobre la sociedad concubinaria no podrían ser tan distintas a las de la matrimonial. En este caso **son supletorias “de la voluntad de los cónyuges”** y también deberían serlo de los **concubinos**. Aclaran que lo que no sería posible es pactar que la administración ordinaria sea otra diferente de la de la sociedad conyugal, ya que ello está expresamente previsto en la ley en el Art. 1974 del Código Civil²¹. No obstante, este trabajo refiere, no al cambio de la administración ordinaria pactada por la ley, sino al poder elegir otro tipo de régimen patrimonial, no modificar el contenido del propuesto por la ley y el Código Civil.

Cambiasso y Azar entienden que cuando alude a **otras “formas de administración”** podría comprender incluso un régimen de separación de bienes. En caso de que no se pactara ningún tipo de capitulación matrimonial, podrían modificar alguna parte de la administración ordinaria prevista en la ley, de ciertos bienes, por ejemplo que un bien lo administre uno de los concubinos (concepto restringido de Arezo), siempre y cuando no se haya pactado ningún tipo de capitulación matrimonial.²²

También mencionan que el matrimonio **no tiene un régimen de inmutabilidad**, por lo cual los concubinos tampoco deberían tenerlo.- En caso de que resolvieran volver al régimen legal, éstos deben ser libres de poder hacerlo. Entienden que no tendría sentido el pactar capitulaciones matrimoniales, ya que en el momento del reconocimiento de la unión pueden pactar el régimen de bienes que deseen.²³

Cuando el Código Civil utiliza la palabra **“administración”** y refiere a la disponibilidad y administración de los bienes de los cónyuges, lo hace en un sentido amplio. En el caso de la ley 16.871 en el Art. 27 y el Art. 2056 y la Sección III del Código Civil hablan también de “administración” en el mismo sentido. Por ello no sería lógico, que si la interpretación generalmente utilizada de esa palabra es en sentido amplio, se le dé para este caso un sentido estricto.

Tomando las excepciones del Art. 1971 del Código Civil, cuando se habla de “administración ordinaria de la sociedad conyugal” no puede ser otra que la administración y disposición de esta. Por ende, no tendría sentido que en el caso del concubinato la interpretación de la palabra “administración” sea diferente.

Lo más difícil de delimitar son aquellas ventajas patrimoniales. Citan a Vaz Ferreira que dice que por ejemplo en las capitulaciones matrimoniales sería posible pactar cláusulas de partición desigual. No se prevé un régimen de capitulaciones matrimoniales pero si se podrían pactar convenios sobre la administración²⁴.

Comparto la idea de quienes sostienen que en el Art. 5 en ningún momento se da la posibilidad, de que se pueda modificar la administración común de los bienes prevista legalmente. El régimen patrimonial previsto en la ley debe respetarse, pero esto no significa que no se pueda optar por una diferente.

No pueden darse las dos hipótesis de administración en sentido amplio y en sentido estricto, porque sino en este caso hablaría de una administración en sentido amplio y estricto al mismo tiempo. Yo creo que la interpretación adecuada es en sentido amplio, y que en ningún momento podemos interpretarlo de otra manera.

21 Art. 1974 C.C.: “Toda enajenación o convenio que sobre bienes gananciales haga cualquiera de los cónyuges en contravención de la ley o en fraude del otro, no perjudicará a este ni a sus herederos”.

22 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

23 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

24 Susana Cambiasso y Mercedes Azar, op.cit.

Sin embargo, creo conveniente que se puede establecer algún tipo de régimen patrimonial al momento del reconocimiento, como podría serlo el convenio. En este convenio, sería el lugar indicado para aplicar los diferentes métodos de administración, no previstos en la sociedad conyugal.

Concluyo que se podría cambiar el tipo de administración de ciertos bienes, pero no dentro de la sociedad de bienes que se rige por la sociedad conyugal, sino en algún tipo de convenio o régimen patrimonial diferente. En este caso se obtienen los mismos fines que quisieron expresar las autoras citadas anteriormente, sin contradecir el tipo de interpretación dada a la palabra “administración”.

5.3 Los Convenios y la Separación Judicial de Bienes

Arturo Yglesias por su parte entiende que no se pueden celebrar capitulaciones matrimoniales, pero si se podrían celebrar convenios de administración. Estos contratos deben ser previos al reconocimiento, por lo dispuesto en el Art. 7 de la ley, que regirán las mismas prohibiciones contractuales previstas para los cónyuges. Tampoco se prevé expresamente, según su opinión, el registro de estos convenios, por lo cual una solución sería incluirlos en la publicidad que debe realizarse por la inscripción del reconocimiento judicial.

Haciendo alusión a los Códigos que inspiran al nuestro y mencionando derecho comparado, alude a que los **concubinos pueden acordar un régimen previo al igual que los cónyuges** y que este régimen al igual que los convenios tienen que ser invocados al momento que se solicita el reconocimiento.

Los convenios no tienen ninguna formalidad, como las capitulaciones matrimoniales; de todas formas, sería conveniente documentarlos de forma auténtica. Estos deben tener, en cierto sentido, ciertas limitaciones que tienen cónyuges. Por ejemplo no pueden ir contra la prohibición de pactar una comunidad universal del Art. 1880 del Código Civil. Deben establecerse ciertos límites para no poner en peligro la seguridad jurídica.

No se puede pactar una administración conjunta o indistinta a lo establecido en la ley en el caso de que no haya un convenio. Si podría pactarse un régimen de separación o uno de comunidad parcial. Agrega que algo que es diferente al régimen legal y se puede pactar, es la separación de bienes. En este caso perdería importancia la determinación de bienes adquiridos desde la unión, ya que nunca llegaría a existir una sociedad de bienes.²⁵ En la ley de unión concubinaria, en ningún momento se da a entender la imposibilidad de una separación de bienes. Puede ocurrir que no se puedan pactar capitulaciones matrimoniales pero esto no impide por ejemplo un convenio.

En el Art. 13 cuando dice que son registrables: “Las constituciones de sociedades de bienes derivadas del concubinato”, demuestra que en el momento que se pide el reconocimiento, se debe inscribir también que tipo de régimen patrimonial tendrá esa unión. Esto no es simplemente por una formalidad del registro, sino que sería de sumo interés por ejemplo para acreedores de los concubinos, herederos, entre otros. No es pensado solo en el interés de ellos sino que también otorga **una seguridad jurídica para otros interesados**.

Por eso creo conveniente que en el momento que se realiza el reconocimiento, se haga referencia al tipo de régimen patrimonial que regirá esa unión. En caso de que nada se prevea, regirá la sociedad de bienes prevista por la ley; en caso contrario, si se optare por realizar algún convenio, éste se inscribirá, pero no por ser una sociedad de bienes, sino porque que al existir cierto convenio, del cual se puede adjuntar una copia, el mismo no solo afecta a los concubinos, sino también a terceros interesados que de otra manera, pueden no estar informados de la existencia del mismo.

También se puede hacer alusión al convenio, en la publicidad del registro del reconocimiento de la unión. Pero considero que sólo eso no es suficiente. En el caso de la separación de bienes, comparto que ésta no traería ningún inconveniente y que respeta plenamente a la ley.

El Art. 7 se refiere a las **prohibiciones contractuales** luego de reconocida la unión. En este caso no se podría extender a las convenciones previas a la unión, las cuales son informadas al momento de pedir el reconocimiento. Ni tampoco correspondería en el caso de que se pidiera una separación de bienes, ya que no sería una contratación.

Mabel Rivero y Beatriz Ramos, citan a Vaz Ferreira, cuando define las capitulaciones matrimoniales y dicen que consisten en “**La convención** por la cual los futuros cónyuges determinan su régimen patrimonial”.²⁶

Están de acuerdo que en el caso de los concubinos, se podría realizar una convención. Ya que en el ámbito matrimonial rige libertad en cuanto a las convenciones que se pueden realizar (Art. 1938 del Código Civil), mientras éstas no se opongan a las buenas costumbres. En la práctica generalmente optan por un régimen de separación de bienes.

25 Arturo Yglesias, “Consideraciones sobre la ley de unión concubinaria”, A.D.C.U., tomo XXXVIII, 2007, ps. 834-836.

26 Mabel Rivero y Beatriz Ramos, Unión concubinaria. Análisis de la ley 18.246, F.C.U., 2008, ps. 127-134

El régimen patrimonial de bienes previsto por la ley rige en forma supletoria, en caso de que nada se haya establecido. Ante la poca especificación o información legal sobre el régimen común o supletorio, ellas suponen que los convenios serán los más frecuentes por un tema de seguridad jurídica. Al no tener establecidos los límites de estas convenciones, podemos tomar los previstos en las capitulaciones matrimoniales. En algunas hipótesis estos límites no son aplicables, por ejemplo en el Art. 188 del Código Civil que establece la prohibición de la renuncia o reserva del divorcio. Tampoco serán permitidas las situaciones en que un concubino queda con todos los bienes, o por ejemplo que renuncia a la posible disolución de la unión concubinaria.²⁷

Al no establecer solemnidad alguna respecto a la forma en la que deben ser otorgadas, podría ser tanto en documento público como privado. Se podría hasta pedir la agregación al expediente judicial donde se estableció el reconocimiento. El momento de presentación debe ser antes o durante el proceso de reconocimiento²⁸.

Los convenios son posibles tanto en las uniones concubinarias, como en el matrimonio, siempre y cuando no sean abusivos o atenten contra los derechos del otro concubino, lo cual es lógico y se prevé prácticamente en todas las figuras jurídicas.

Ema Carozzi comparte la posición que permite que los concubinos hagan una separación de bienes. Se cuestiona si es posible optar luego del reconocimiento, una vez que la sentencia ya está inscrita, por un régimen de separación judicial de bienes.

En el régimen matrimonial, la separación de bienes es un derecho potestativo y la facultad de poder demandarlo es irrenunciable. Debe ser presentado ante el Juez e informado a los interesados²⁹.

Entiendo conveniente que si luego del reconocimiento de la unión concubinaria, los concubinos deciden no optar más por el régimen patrimonial establecido legalmente, sino por ejemplo una separación absoluta de bienes, éstos tienen el derecho de hacerlo. Sin embargo, siempre podría darse si es presentada ante el Juez y no tiene ningún carácter abusivo ni contrario al derecho. No comprendería los casos en que, por ejemplo, uno solo de los concubinos se quedara con todos los bienes o con bienes del otro.

Se busca evitar el uso de esta figura como una forma de evadir a los acreedores. Por eso deben ser informados todos los interesados y debe ser publicado ya que éstos deben tener el conocimiento para poder presentarse y alegar el perjuicio que les causa o la maniobra utilizada para evitar pagos de deudas. Por eso entiendo que el tema del registro y la publicidad del régimen patrimonial aplicable, siempre es imprescindible, ya que esta puede afectar seriamente a terceros de buena fe.

Por su lado, Hector Medero Pinto establece que en caso de que se optare por alguna solución convencional, ésta debería ser incluida en el oficio judicial para inscribirse en el registro, ya que no está prevista expresamente en ley su registración. Luego expresa que tendría que ser posible una separación de bienes, ya que se menciona como referente a la sociedad conyugal y en ésta está prevista³⁰.

6- A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LIBERTAD DE OPCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL APLICABLE

Como mencioné anteriormente, es imprescindible tener en cuenta que la unión concubinaria es una unión dotada de mayor libertad que la del matrimonio. Por dicha razón sería ilógico que se rija por un derecho más exigente e inflexible que la figura del matrimonio. Sin dejar de lado que es claro que el reconocimiento judicial tiene como principal efecto crear la sociedad de bienes entre los concubinos.

En el Art. 5 se entiende claramente que los concubinos pueden optar por otro régimen patrimonial, que no sea el previsto en la ley, el cual actúa de forma supletoria. Asimismo, Existe una tendencia universal a aumentar la libertad de los cónyuges ante los convenios que se pueden pactar, sin descartar el caso de los concubinos³¹.

Se pueden pactar convenios, ya que éstos también están previstos para el caso del matrimonio. En éstos se pueden pactar un régimen diferente al previsto en la ley, o por ejemplo se pueden establecer disposiciones con respecto a la administración de los bienes.

Por eso en el momento de interpretar el Art. 5 la palabra “administración” debe ser tomada en sentido amplio, ya que ésta es además la interpretación generalmente aceptada en estos casos.

27 Mabel Rivero y Beatriz Ramos, op.cit.

28 Mabel Rivero y Beatriz Ramos, op.cit.

29 Ema Carozzi “Ley de unión concubinaria Reforma en el derecho de familia y sucesorio”, FCU, 2008 , ps. 78-81

30 Héctor Medero Pinto Técnica Notarial IV. Contratos Civiles, A.E.U., Sexta edición, 2009, ps. 86-87

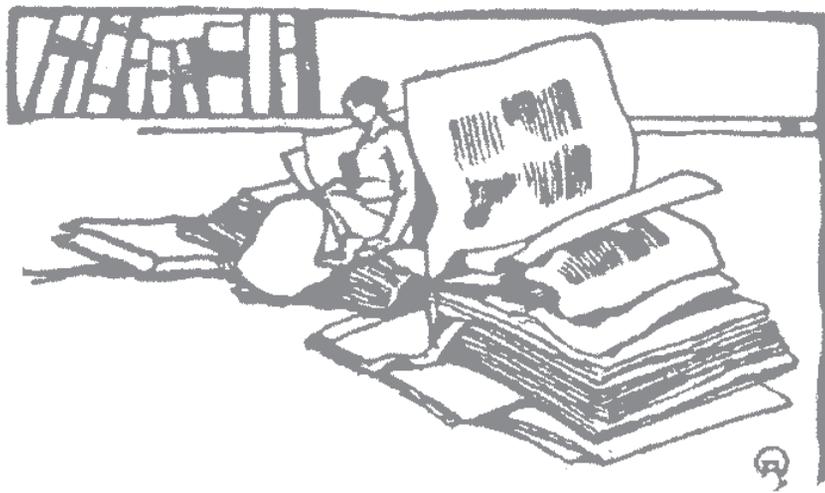
31 Arturo Yglesias, op. cit., p. 835.

Todo tipo de convenio que se pacte debe ser presentado de común acuerdo por ambos concubinos, y puede ser al momento de que se pide el reconocimiento judicial. El Art. 13 regula la inscripción de este reconocimiento de la unión concubinaria, pero también se prevé el registro de la sociedad de bienes. En caso de que al momento del reconocimiento se hubiera pactado un convenio, éste podría incluirse en la solicitud de declaratoria, ya que no se registraría por la sociedad de bienes común u ordinaria prevista en la ley, sino por las condiciones pactadas en el convenio. Por protección a los derechos de terceros interesados como pueden serlos los acreedores de los concubinos, éstos deben tener medios para saber que tipo de régimen es el establecido.

Por otro lado se plantea la posibilidad de que luego del reconocimiento se pueda pedir la separación de bienes. En el caso del matrimonio, se entiende que es una potestad de los cónyuges y que es un derecho irrenunciable. En el caso de los concubinos debe llegarse a la misma conclusión.

Actualmente se otorgan inscripciones de separación de bienes en caso de los cónyuges, tanto en forma de convenios como de capitulaciones matrimoniales. El registro no impide su inscripción.

En caso de que el reconocimiento sea solicitado y que el convenio o separación de bienes afectara ilegítimamente el interés de un tercero, éste podría presentarse alegando su perjuicio con la prueba suficiente. De esta forma se evitaría el uso de estas figuras para evadir el pago de deudas. Por eso es tan importante la difusión o publicidad del régimen patrimonial que rige al concubinato.



NOTAS DE LIBROS Y REVISTAS

“Derecho Administrativo General”, Volumen 1, De Carlos E. Delpiazzo por Felipe Rotondo Tornaría

“Equidad, Derecho Administrativo y Administración pública en España”, De Enrique Rivero Ysern y Marcos Fernando Pablo por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL VOLUMEN 1

CARLOS E. DELPIAZZO
EDITORIAL Y LIBRERÍA JURÍDICA
AMALIO M. FERNÁNDEZ,
MONTEVIDEO JUNIO 2011, 559
PÁGINAS.

Luego de haber culminado su Derecho Administrativo Especial, en dos volúmenes, el Catedrático Dr. Delpiazzo encara la llamada Parte General de la asignatura y, por cierto, lo hace con la solvencia que caracteriza sus múltiples trabajos en el área jurídica.

Esto es así ya que, luego de la lectura de la obra comentada, claramente puede concluirse que el autor ha logrado el objetivo que indica en el Capítulo 1- introductorio: superar la distancia del análisis dogmático, correspondiente a esa Parte General, brindando “respuestas adecuadas” en relación a la realidad fenomenológica de los cometidos cumplidos por la Administración y a la estructuración de ésta, propios de la Parte Especial.

En dicha Introducción anota que el propósito es el de “constituir tan sólo una herramienta para el mejor conocimiento y estudio de esta ciencia jurídica”; en ese sentido es una excelente herramienta, pero dada la profundización que irradia la sistematización realizada, tiene un valor científico mayor.

A continuación se indicará el contenido de la obra comentada.

*En la primera parte trata las *Bases del Derecho Administrativo*, con Capítulos relativos a:

a) *Estado y Derecho*, que incluye los pilares y la evolución del Estado de Derecho;

b) *Funciones del Estado y Administración*, donde señala con razón que si bien nuestro régimen sigue al respecto un criterio orgánico formal, “la Constitución utiliza también la distinción de funciones como principio de distribución de competencias y para interpretar las normas respectivas”, por lo cual “es preciso acudir al criterio material”.

Refiere a las dimensiones jurídica, operativa y ética de la función administrativa; también a la dimensión tecnológica de la Administración, tanto en su faz organizativa como en la atinente a la actividad. Esta perspectiva aparece con adecuada precisión en todos

CARLOS E. DELPIAZZO

DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

Volumen 1

AMF

EDITORIAL Y LIBRERÍA JURÍDICA

AMALIO M. FERNÁNDEZ

los temas de la obra, lo que deriva naturalmente de quien es, asimismo, Profesor de Informática Jurídica y autor de libros y numerosos artículos en esta especialidad, que también lo tiene como referente; cabe señalar que el Dr. Delpiazzo fue el primer Director del Instituto de esta materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, calidad que mantuvo durante varios años y hasta fecha reciente.

c) *Derecho Administrativo*.

Al estudiar sus características, en lugar de dedicarse a analizar las relaciones con otras disciplinas jurídicas, el autor considera “el impacto de algunos fenómenos contemporáneos” de real interés: las “fugas regulatorias” y “organizativas” hacia el Derecho privado por parte de Administraciones Públicas, sobre lo cual afirma con énfasis y fundamento que se impone ‘el retorno al Derecho Administrativo’, además de reivindicar que “en cualquier caso, la actuación administrativa, tanto directa como indirecta, encuentra límites infranqueables en el respeto a los derechos fundamentales y a los principios generales de legalidad, prohibición de la arbitrariedad, objetividad y neutralidad, los cuales tienen un alcance global (...)”. Considera, además, la relación con la gobernanza, la ética y la globalización, que –sin duda– están interrelacionadas entre sí y con el Derecho Administrativo.

Delpiazzo culmina este Capítulo con una “*reafirmación esencial*”, cuyo destaque se comparte, “*el de la centralidad de la persona como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la Administración le brinda*”.

Evoco, por lo mismo, la frase final del reciente libro del Profesor español José Luis Meilán Gil, “*Una aproximación al Derecho Administrativo Global*” (Global Law Press. Ed. Derecho Global, Sevilla 2011), “*En definitiva, aunque existan normas, el Derecho Administrativo global tiene una naturaleza primordialmente principal: derechos fundamentales y principios derivados constituyen su base. Es un Derecho in fieri y no sólo para los juristas*”.

*En la segunda parte, *Fuentes del Derecho Administrativo*, incluye sendos Capítulos concernientes a: a) Teoría de las Fuentes. b) Principios generales de Derecho, respecto a los cuales enfatiza esta pertenencia al Derecho y analiza su reconocimiento a través de normas positivas de diverso valor y fuerza, sean genéricas o específicas; c) Constitución, con mención de las bases constitucionales del Derecho Administrativo y el señalamiento de que el “*bloque de los derechos humanos*” “*es superior a la Constitución y, por ende, tiene fuerza para resistir hasta las propias normas constitucionales*”, el que –anota – “*no es ya meramente Derecho interno o internacional sino universal*”, con sustento interno en el art. 72 de la Constitución, recogido en normas como la ley 18.572 de 13-IX-2009; d) Actos Legislativos; d) Reglamentos; e) Fuentes del Derecho de la Integración, donde el autor realiza un desarrollo y actualización de lo que había escrito al respecto en publicación de varios autores sobre ese Derecho (Universidad de Montevideo, 1999); f) Otras fuentes, entre las cuales comprende a los contratos y a los convenios colectivos de la Administración, cuya jerarquía analiza.

*En la tercera parte, sobre *Organización administrativa*, los Capítulos son: a) *Teoría de la organización*, que expresa se nutre de dos corrientes doctrinarias, la del Derecho público y la que aparece en el siglo XX en el ámbito de la vida industrial, la cual –como dice Méndez – “*se desborda luego en el más amplio de la Economía y, finalmente, afinando su técnica en los dominios del Derecho público*”, integrando “*en definitiva la Ciencia de la Organización*”.

Abarca un ítem sobre “*Desafío permanente: la reforma administrativa*”, sus supuestos teóricos y técnicas, en cuestión que el autor ya había tenido oportunidad de tratar (Cap. III de la obra compartida con el Dr. Mariano R. Brito, “*Derecho Administrativo de la Regulación Económica*”, Universidad de Montevideo, 1998), y ahora amplía y actualiza, entre otros aspectos, con la Incidencia de las nuevas tecnologías.

b) Teoría del Órgano. c) Teoría de los Sistemas orgánicos.

*En la Cuarta parte, atinente a *Actividad administrativa*, la obra incluye Capítulos sobre:

a) Teoría de la actividad, en la que se analiza la diversidad de su contenido y su relación con la evolución del Estado de Derecho; b) Actos administrativos; c) Procedimientos administrativos, d) Principales actos administrativos; e) Contratos de la Administración, cuya consideración se inicia con la evolución, en la cual se destaca la llamada “*contratación pública*”, en la cual inciden la diversificación de actores, la convergencia tecnológica y los procesos de integración y globalización. El autor destaca que no se trata sólo una cuestión de nombre, “*sino que traduce los esfuerzos realizados desde el ámbito internacional y desde muchos países para ubicar la diferencia específica en un criterio funcional (y ya no orgánico) signado siempre por el fin público (aspecto teleológico) (...)*”; f) Procedimientos de contratación; g) Principales contratos de la Administración, temas estos en los que el autor ya había escritos libros de insoslayable examen.

Por el contenido, tanto conceptual como de referencias doctrinarias, jurisprudenciales y derecho positivo así por la forma de la exposición, nos hallamos ante una valiosa obra, que se completará con el segundo volumen ya anunciado..

Cabe señalar, finalmente, que el libro comentado es una alta expresión intelectual del Dr. Delpiazzo, con raíces en una base humana vinculada a su familia, a la cual lo dedica.

Dr. Felipe Rotondo Tornaría

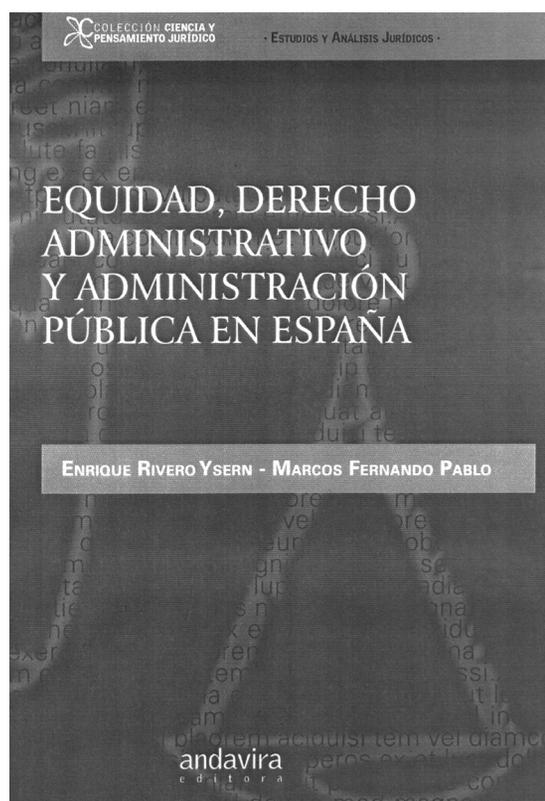
EQUIDAD, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.

ENRIQUE RIVERO YSERN Y MARCOS FERNANDO PABLO
ANDAVIRA, SANTIAGO DE COMPOSTELA, 2011

1. Tras el clásico estudio de Recaredo Fernández de Velasco en el número 18 de la Revista de Derecho Público, faltaba en la doctrina e una monografía rigurosa y profunda sobre la equidad en el Derecho Administrativo español. Afortunadamente, los profesores Enrique Rivero y Marcos Fernando se han atrevido a tratar tan relevante cuestión y a partir de ahora disponemos de más argumentos y razonamientos para comprender la importancia que la equidad tiene en el Derecho Administrativo. La lectura de la monografía, concienzuda y meticulosa como pocas, nos ayuda sobremedida a comprender que la equidad, la justicia del caso concreto, no es que sea un elemento central de la aplicación y de la interpretación de la norma, sino que, sobre todo, está en la base del origen y fundamento del Derecho Administrativo.

2. El libro viene precedido de un prólogo magistral del profesor Manuel Francisco Clavero Arévalo en el que, tras reconocer la trascendencia de la monografía a que nos referimos en el Derecho Administrativo español, afirma que estamos en presencia de una sólida investigación, con bibliografía extranjera y española, con jurisprudencia española y extranjera, en la que se demuestra que el Derecho Administrativo y la equidad tienen mucho que ver.

3. Tanto tienen que ver que, como comentan los profesores Rivero y Fernando, autores tan importantes como Hauriou o Colmeiro señalaron en su momento que la equidad está en la base del nacimiento del Derecho Administrativo francés –Hauriou- o que la actividad administrativa reside esencialmente en aplicar la ley y medir con equidad todos los intereses –Colmeiro-. Estas lapidarias sentencias, propias de la sabiduría y de la experiencia, nos ayudan a comprender mejor tres elementos centrales del Derecho Administrativo. Primero, el Derecho Administrativo, por su inserción en el Estado de Derecho, es un Derecho sometido, como dice la letra del artículo 103 de nuestra Constitución, a la



Ley y al Derecho. En un Estado de justicia, como dice Klein parafraseando el artículo correspondiente de la Ley Fundamental de Bonn, es lógico que la actuación de los poderes del Estado esté impregnada de justicia en lo concreto. Segunda, y derivada de la anterior, el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado, materializado, proyectado en la cotidianidad. Si la equidad es la justicia del caso concreto, la moderación o atemperación del rigor de la norma para que ésta tenga su sentido y funcionalidad en el marco del Estado de Derecho, ahora tendríamos que escribir en el Estado social y democrático de Derecho, resulta que ontológicamente la vinculación del Derecho Administración a la proyección concreta de los principios y parámetros constitucionales exige y reclama necesariamente que tal aplicación de la Constitución se realice con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, o, lo que es lo mismo, a la Ley y a la justicia. En tercer lugar, la forma en que la Administración pública trabaja sobre los intereses, especialmente sobre el interés general, que es el que debe primar como consecuencia del principio de supremacía del interés general sobre el particular, según la feliz terminología de Colmeiro, debe estar presidida por la equidad. Medir los intereses dice el maestro gallego: he aquí una magnífica expresión para referir la tarea de búsqueda del interés general a que debe responder

la entera actuación de la Administración. Interés general que tiene una dimensión amplia incardinada en los grandes principios y parámetros del Estado social y democrático de Derecho, y una expresión concreta, proyectada sobre la aplicación, en las normas y, sobre todo en los actos, y que hace referencia a los diferentes sectores del quehacer administrativo.

4. Si el Derecho Administrativo, como decía Giannini, es un instrumento de civilidad y trae consigo, como escribió García de Enterría, la lucha frente a las inmunidades del poder, es lógico que esa pretensión del positivismo de excluir la equidad del mundo del Derecho, también del Derecho Administrativo, deba descartarse por quienes aspiramos a construir un Derecho Administrativo más humano y más comprometido con los derechos de los ciudadanos. Hoy, en un tiempo el que la tecnoestructura aspira a reinar bajo el imperio de la racionalidad técnica y la dictadura de las formas, es saludable, animante y estimulante que la doctrina se ocupe precisamente de los fundamentos, de los pilares de nuestra asignatura.

5. El marco constitucional español, por otra parte, además del artículo 103, nos proporciona dos preceptos fundamentales. Por una parte, el artículo 31.2, hoy de palpitante y rabiosa actualidad a causa de la reforma constitucional relativa al déficit público, dispone que junto a la eficacia y a la economía, el gasto público habrá de asignarse equitativamente. Y, por otra el artículo 40.2 encomienda a los poderes públicos que realicen una distribución de la renta, regional y personal más equitativa. La forma concreta en que el Legislador y la Administración apliquen estos mandatos habrá de estar presidida por la justicia del caso concreto

6. En el Derecho Comunitario Europeo tenemos a día de hoy, en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, en concreto en el artículo 40.1, el derecho fundamental a la buena Administración pública. En tal precepto se dice que este nuevo derecho fundamental consiste en que los asuntos de la Unión Europea se traten de forma equitativa, imparcial y en plazos razonables. Por si no estuviéramos convencidos de la relevancia de la equidad para el Derecho Administrativo, resulta que la primera característica con que el Derecho Público Europeo bautiza a la acción administrativa de la Unión Europea es precisamente la equidad.

7. El libro que estamos comentando tiene otra gran virtud. Analiza muchas sentencias y glosa, de manera magistral, la proyección del artículo 3.2 del Código Civil en el ámbito del Derecho Administrativo. En la jurisprudencia seleccionada, que es abundante, nos encontramos con una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 en la que, en materia de dominio público, en evitación de

un enriquecimiento injusto, admite la existencia del principio de equidad, principio que cita entre los más importantes que deben presidir la actuación de la Administración pública: principios de equidad y justicia, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y eficacia. Es decir, la equidad es también un principio de Derecho puesto que es la proyección misma del Derecho, de la Justicia al caso concreto.

8. En este sentido, la magnífica monografía que tengo el honor de comentar sugiere, desde la equidad, una razonable lectura del artículo 9.2 de la Constitución. Desde este punto de vista, el mandato que la Constitución da a los poderes públicos para que creen las condiciones que hagan posible la igualdad y la libertad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran removiendo los obstáculos que impidan su realización efectiva, exige que las normas se apliquen buscando la justicia en el caso concreto, es decir, de forma equitativa.

9. Por lo tanto, Derecho Administrativo y equidad, como demuestran los autores de esta esclarecedora investigación tienen, como afirma el profesor Clavero Arévalo, mucho que ver. Tanto que el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho que proclama la Constitución en su artículo 103.1 implica que la equidad presida, como ahora señala el capital artículo 40.1 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, la buena Administración pública.

10. La lectura de este documentado y riguroso estudio, imprescindible a partir de hoy para entender la función constitucional de la Administración pública, pone en valor el denominado Derecho Constitucional y proporciona datos y argumentos relevantes para nuevas investigaciones sobre la materia. Muchas gracias, pues, a los profesores Rivero Ysern y Fernando Pablo por compartir con los estudiosos del Derecho Administrativo ese nuevo pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que desde la historia, el Derecho Comparado y el razonamiento jurídico, engrandecen la tarea que tiene entre manos el Derecho del poder público para las libertades ciudadanas, como atinadamente define el profesor González Navarro la esencia de nuestra disciplina.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Coruña.

